

2. MERCANTIL

CONFLICTO ENTRE PREFERENCIAS CONCURSALES Y SINGULARES. CRÉDITO SALARIAL VERSUS HIPOTECA.

por

ABEL B. VEIGA COPO

*Profesor Propio de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

Tanto en los procedimientos de ejecución colectiva o universal como en los de ejecución individual es frecuente que se produzcan concurrencias de créditos y por mejor decir, de acreedores privilegiados cuyas causas de preferencia especiales convencionales, pero también legales, recaen o afectan a un mismo bien o derecho, o lo que es lo mismo, que este bien o derecho sirva o se encuentre afecto a más de un crédito con privilegio especial, o pueda estarlo en caso de ejecución singular. En cierto modo la existencia de un privilegio especial sobre un bien no tiene por qué ser ni exclusivo ni excluyente. Piénsese en la coexistencia concurrente de distintas garantías reales sobre un mismo bien inmueble, como sucede con créditos hipotecarios de todo tipo y clase, convencional, legal, incluso tácita a favor de la administración tributaria, o los privilegios sobre bienes muebles en los que puede recaer una garantía pignoraticia como al mismo tiempo el privilegio refaccionario laboral. Pero quizá el supuesto estrella y, sin duda, más peliagudo es cuando concurren preferencias negociales con legales sobre un patrimonio deficitario y escaso en activos, sirviendo un mismo bien para satisfacer tanto una pretensión garantoria cual la hipotecaria, como las pretensiones que dimanen de créditos salariales. Y a ello ha de unirse el dictado del artículo 32.1 ET respecto de los créditos salariales por los últimos treinta días cuando asevera: «...gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado con prenda o hipoteca». Dejamos al margen las teorías contrapuestas que versaban sobre si esta preferencia sobre cualquier otro crédito se refería únicamente a los derechos de crédito o también afectaba a los derechos reales. Piénsese en el supuesto objeto de la presente Resolución, a saber, una ejecución singular de la que es objeto un determinado bien inmueble del deudor, procedimiento que es abierto por el acreedor salarial y ante el que se plantea una tercería de mejor derecho esgrimida por el acreedor hipotecario. Y la pregunta es obvia, ¿cuál ha de primar aún sabiendo que el privilegio especial se anuda a un bien concreto, y el general «legal» al resto del patrimonio en teoría libre de vínculos? ¿es en todo caso preferente el crédito salarial del ET cuya causa preferencial es sociohumanitaria o por el contrario ha de preferenciarse a un hipotecario más seguro y en teoría más profesional y conocedor del riesgo ante tamaña asimetría? ¿dónde ha de situarse el núcleo del conflicto? ¿cuáles son las consecuencias que han de derivar del juego preferencia? No ignoramos las posturas ciertamente antitéticas, al menos parcialmente, que hasta el presente han mantenido el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros y Notariado, al menos para aquellas hipotecas inscritas con anterioridad no sólo a la propia existencia del crédito salarial, sino incluso a la anotación del

embargo practicado para garantizar los resultados del juicio ejecutivo. Sea cual fuere el resultado en ningún caso de procederse a una ejecución a través de subasta, ni adjudicatario tercer adquirente, o en su caso, el acreedor salarial podrán enervar la hipoteca sobre dicho bien. A lo largo de este artículo trataremos de dar solución no sólo a este conflicto sino también a los conflictos entre concurrencias de preferencias también en el ámbito concursal, tanto entre privilegios especiales como en el resto de causas de preferencia. A nuestro juicio la Resolución presente es acertada en sus planteamientos, dado que frente a una hipoteca inscrita con anterioridad no es procedente la cancelación pretendida al amparo del mandamiento dictado en una ejecución singular, aunque lo fuere por créditos salariales del 32.1 del ET.

II. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA RDGRN DE 28 DE JUNIO DE 2005

Aunque, en principio, la Resolución de 28 de junio de 2005 constituye sólo un pronunciamiento más entre otros en las que se ha abordado la cuestión conflictual y ciertamente ambigua de la tutela del crédito cuando los privilegios entran en conflicto, los hechos que motivaron este nuevo pronunciamiento jurisprudencial contienen ciertas particularidades que la hacen sumamente atractiva, y máxime cuando el conflicto es entre un crédito salarial y la sacrosanta hipoteca de nuestro ordenamiento.

En los hechos que motivan el pronunciamiento se debe partir de que en el recurso se ordena la cancelación de varias cargas —hipotecas y anotaciones preventivas de embargo afectantes a varias fincas— anteriores a la anotación preventiva de embargo por créditos salariales a que se refiere el artículo 32 del ET, como consecuencia de las adjudicaciones habidas en ese procedimiento. La cancelación se ordena expresamente en el mandamiento judicial, denegándose la misma por el Registrador al considerar éste que el procedimiento ejecutivo no es cauce adecuado para la cancelación de cargas registradas con anterioridad al embargo que ha provocado la ejecución. Se presenta después mandamiento del Juzgado en el que consta que se dictó resolución judicial declarando la absoluta preferencia del crédito por los treinta últimos días de salario garantizado por el artículo 32.1 del ET que fue notificado a las partes litigantes y a los titulares de las inscripciones y anotaciones anteriores a la que causó la ejecución, añadiéndose que dicha Resolución es firme, ya que ni por las partes litigantes ni por ninguno de los titulares de las inscripciones y anotaciones.

El objeto de disputa se centra realmente en el alcance de la preferencia que el artículo 32.1 del ET concede a los créditos salariales de los treinta últimos días de trabajo, cuestión que debe resolverse no sólo en función del tenor del precepto citado sino que, en congruencia con la unidad y plenitud del Ordenamiento Jurídico (cfr. art. 1 del Código Civil), dicho precepto debe ser valorado en conexión con el resto de las normas jurídicas con los que se halla en íntima relación, al objeto de hallar unas soluciones armónicas y coherentes con el sistema jurídico en el que aquella norma se inserta. Ciertamente y en el ámbito de las ejecuciones singulares, para que se produzca la concurrencia de acreedores que permita desenvolver la virtualidad de la denominada preferencia, es preciso que el acreedor pretendidamente preferente acceda por vía de tercera de mejor derecho, a la ejecución ya instada por otro acreedor del ejecutado (cfr. art. 614 de la LEC) y que, tras una fase contradic-

toria entre el tercerista y el actor y ejecutado, recaiga sentencia declarando el orden de pago entre los acreedores concurrentes (cfr. arts. 613 a 620 de la LEC). Así pues, es el acreedor pretendidamente preferente el que debe acudir a una ejecución ya iniciada por otro acreedor del común deudor, si quiere hacer valer su pretendida preferencia respecto del actor, y si no lo hace, dicha preferencia devendrá inoperante, pues el precio de remate del bien ejecutado se destinará en primer lugar al pago íntegro del ejecutante (cfr. art. 672 de la LEC); por otra parte, resulta inequívoco que la actuación de una preferencia presupone un reconocimiento judicial de la misma en procedimiento contradictorio entre los dos acreedores concurrentes.

Esto explica que la mera yuxtaposición sobre un mismo bien de embargos acordados en procedimientos distintos, seguidos contra su propietario, no implica una concurrencia de créditos y por tanto, ninguna relevancia puede tener la eventual preferencia intrínseca de alguno de ellos; en tal caso, cuando sobre un bien del deudor se decretan dos embargos acordados en procedimientos distintos incoados por sendos acreedores de aquél, hay, ciertamente, dos acreedores que pretenden cobrarse con cargo al mismo bien deudor, pero no hay concurrencia entre ellos en sentido jurídico, de modo que ninguna relevancia juega la eventual relación de preferencia entre los créditos subyacentes; el acreedor que obtiene el segundo embargo no cuestiona con ello el derecho del primer embargante a que el bien se ejecute en el procedimiento por él instado y a cobrarse con el precio de remate en los términos previstos en el artículo 654 de la LEC; el segundo embargo en nada afecta al desenvolvimiento de la ejecución en que se acordó la primera traba, la cual se desarrolla como si aquél no existiese, de modo que una vez ultimada, el bien pasará al rematante libre del segundo embargo, conforme previene el artículo 674.2 de la LEC, y el acreedor que obtuvo esta segunda traba, ya no podrá cobrarse con cargo al bien ejecutado si no en la forma que previenen los artículos 610 y 613 del mismo cuerpo legal.

Alerta, certeramente la RDGRN que la colisión de embargos sobre un mismo bien del deudor no implica, pues, concurrencia entre los créditos que los determinan y, consiguientemente, no puede pretenderse que aquella colisión se resuelva por la relación de preferencia entre los créditos subyacentes. Siendo el embargo una afección real en virtud de la cual el bien trabado queda vinculado *erga omnes* al proceso en el que se decreta —y no al crédito que lo motiva—, al efecto de facilitar la actuación de la Justicia y la efectividad de la ejecución (independientemente de cual sea el crédito que en definitiva resulte satisfecho en ésta, ya el del actor, ya el de un tercerista triunfante), que atribuye al órgano jurisdiccional poderes inmediatos sobre el bien, trabajos que pueden ser actuados sin la mediación de su dueño, y que restringe las facultades dominicales en cuanto que sólo es posible la enajenación de ese bien respetando el embargo, resulta evidente que la colisión entre embargos debe resolverse por el criterio del *prior tempore*, que es el criterio de solución de conflictos que rige en el ámbito de los derechos reales, y que conduce, como antes se ha señalado, a que el juez que acordó la primera traba sea el que pueda desenvolver la ejecución del bien trabado sin ninguna interferencia derivada de nuevos embargos posteriores recayentes sobre ese mismo bien y acordados en otros procedimientos (art. 670 de la LEC).

No elude sin embargo la presente Resolución que la delimitación del alcance de la preferencia establecida en el artículo 32.1 del ET, exige su conexión con los preceptos legales que regulan la hipoteca y la prenda, figuras

éstas cuya esencia trasciende a la mera atribución de preferencia al crédito garantizado, pues aparecen configuradas con toda claridad como derechos reales en cuya virtud se sujeta *erga omnes* y de forma directa e inmediata un concreto bien (sea del propio deudor o de un tercero) a la garantía del pago de una deuda (cfr. arts. 1.863 y sigs. del Código Civil y 104 de la LH). La constitución de tales garantías implica un acto dispositivo (cfr. art. 1857.3 del Código Civil) por el cual se transmite al acreedor garantizado un derecho de realización separada del bien afecto, cualquiera que sea el poseedor, así como un derecho al cobro de su crédito —hasta el límite garantizado— con cargo al precio obtenido en esa realización.

Finalmente, estima la improcedencia de la cancelación pretendida al amparo del mandamiento dictado en una ejecución singular, aunque lo fuere por créditos salariales del 32.1 del ET, pues estableciendo este artículo una mera preferencia creditual en caso de concurrencia con cualquier otro crédito del ejecutado (en ningún caso puede verse en el art. 32 del ET, el establecimiento de una hipoteca legal, tácita, general y absolutamente prioritaria, pues, además de contradecir los principios básicos del sistema, cuales son los de publicidad y especialidad, tal hipoteca legal al implicar una restricción del contenido ordinario del derecho de dominio, no puede presumirse sino que reclamaría un establecimiento legal indubitado; adviértase, además, que los supuestos de hipoteca legal tácita —art. 9 LPH, 78 de la LGT, etc.— se establecen en garantía de obligaciones inherentes al derecho de propiedad, de origen legal o derivados de determinado régimen de propiedad que goza de publicidad registral previa, y, en todo caso, por una cuantía limitada y reducida en proporción al valor del bien gravado), ni se da la concurrencia de créditos en la que puede operar tal preferencia, ni ésta tiene vigor para diluir derechos reales constituidos sobre el bien ejecutado con anterioridad al embargo decretado en la ejecución seguida, que no pertenecen ya al patrimonio del ejecutado.

III. CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS CONFLICTOS CREDITUALES TANTO EN PROCESOS DE EJECUCIÓN SINGULAR COMO COLECTIVA

La calificación de un crédito, entendida esta en función de su grado de oponibilidad y resistencia frente a terceros, es inescindible a la misma clasificación de los privilegios. Sin calificación difícilmente puede haber clasificación. Y para ambas es preciso determinar y deducir el orden de los pagos en caso de concurrencia horizontal de acreedores sobre un mismo bien. Dicho orden en un procedimiento concursal es o por lo menos debería ser fácilmente deducible a partir de la lista de acreedores y del inventario, todo lo demás se reduce a ir pagando a los concurrentes hasta extinguir el producto de la ejecución o de la enajenación. No basta que la Ley Concursal enumere y tipifique, que no gradúe y menos jerarquice, aquellos créditos que gozarán de privilegios especiales, tampoco es suficiente que señale o incluso nos recuerde las condiciones y formalidades que han de cumplir para que dichos privilegios sean reconocidos no sólo extraconcursalmente, sino lo que es más importante, que constate qué privilegios y con qué rango o categoría y orden registrarán en el propio concurso, sobre todo si llega a abrirse la fase de liquidación (1).

(1) Como acertadamente señala BELTRÁN SÁNCHEZ, «La liquidación», en *RPI*, número especial XVIII, 2004, pág. 409 y sigs., pág. 461, aunque aparezca regulado en sede de

El bien afecto a una garantía real y por ende, afecto a una causa de preferencia, es paralelamente referencia y límite, límite de valor máximo para la misma preferencia, por lo que si del producto líquido de la ejecución del bien o derecho resta un remanente, éste satisfará a otros acreedores, de igual o inferior rango. Y es que, como no podía ser de otro modo, los créditos privilegiados con causa de preferencia especial limitan su preferencia al producto de la ejecución de los bienes o derechos sobre los que recae la preferencia misma (2). Por tanto, la calificación de un privilegio especial viene de la mano de la misma y previa graduación o clasificación de esos créditos conforme a la categoría específica que ha diseñado o reconocido el legislador, en este caso, de la categoría de los privilegios especiales. Ambas perfilan de un modo unívoco la propia estructura de oponibilidad de los privilegios (3).

Ahora bien será hartó improbable que un acreedor privilegiado espere a ejecutar o realizar su bien, en realidad su garantía, al momento de la apertura del procedimiento concursal, salvo la estratagema o piqueta llevada a cabo por el legislador en los acuerdos de garantía financiera a raíz del Real Decreto-ley de 11 de marzo de 2005. Como también será difícil, que no imposible, que el deudor concursado solicite directamente la liquidación, todo lo más el convenio. La garantía demuestra todo su potencial en la fase dinámica, no en la estática, por lo que a raíz del incumplimiento de la obligación principal la misma activa su particular derecho de realización. Y ha de hacerlo también en procedimientos singulares que se entablen constante la garantía hipotecaria contra el bien que le sirve de objeto, como es el caso de una ejecución que dimana de un crédito salarial. Es cierto que la declaración del concurso paraliza y suspende la ejecución, salvo ese supuesto ya analizado de que iniciada la ejecución y no recayendo sobre bienes afectos ni necesarios a la viabilidad de la empresa, se permite la ejecución del acreedor, por lo que su privilegio le permite una ejecución extramuros del procedimiento concursal. Del mismo modo, y como reza el artículo 56 de la Ley Concursal, alcanzado un convenio al que no se adhieren los privilegiados especiales, o transcurrido en todo caso un año desde la declaración de concurso, quedan expeditos los caminos para iniciar o reanudar las ejecuciones previamente paralizadas pro el concurso. Por ello será difícil que llegada la fase de liquidación, que además supone una pérdida de ejecución separada para el acreedor privilegiado teniendo que pasar por una ejecución colectiva, haya acreedores con privilegio especial.

La oponibilidad, o por mejor decir, los requisitos de oponibilidad, son el expediente necesario no sólo para el reconocimiento de la gran mayoría de los privilegios especiales, sino y lo que es más importante, su cumplimiento permite priorizarlos, graduarlos y en cierta medida, jerarquizarlos, en el probable supuesto de que esos privilegios recaigan coetáneamente sobre un mismo bien u objeto. El problema viene cuando se comprueba que algunas garantías rea-

liquidación, el pago de los créditos con privilegio especial no siempre se producirá en esa fase del concurso, expresamente, artículo 155.3 y 4, porque sus titulares ocupan una posición especial que deriva del derecho real que acompaña normalmente al privilegio especial.

(2) En sentido análogo, GARRIDO, «Artículo 155», en *Comentarios de la Ley Concursal* [ROJO/BELTRÁN (Dirs.)], II, Madrid, 2004, pág. 2443. Véase nuestro trabajo, VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, 2.^a ed., Granada, 2006, 432 págs.

(3) Conforme GARRIDO, «Artículo 90», en *Comentarios de la Ley Concursal* [ROJO/BELTRÁN (Dirs.)], I, Madrid, 2004, pág. 1632.

les que son realmente las que gozarán de un privilegio especial, no exigen como requisitos constitutivos la oponibilidad a través de su publicidad registral. La prioridad es fácilmente rastreable y no tendría dificultades aplicativas si todas las garantías, y por tanto, si todos los privilegios tuvieran una base de constancia registral, pero la realidad es muy distinta amén de caprichosa, dado que algunos privilegios especiales como resultan las hipotecas legales tácitas, o los mismos créditos refaccionarios laborales, entre otros, no exigen una constancia registral ni para su validez ni para su efectividad, siempre que se hayan constituido conforme a su específica regulación de la que dimana su prioridad y preferencia. No es aventurado afirmar, siguiendo esta pauta, que una hipoteca legal tácita que se ha constituido merced a su propia y específica regulación goce de prioridad pese a su carencia registral respecto de otras preferencias especiales (véanse los arts. 194 LH y 73 de la LGT). Y análoga ha de ser también la solución para los créditos refaccionarios laborales, los cuáles se satisfarán inmediatamente después de una garantía real legal tácita y, en su defecto y en concurrencia con otras garantías reales, en primer lugar, por delante del resto de garantías convencionales.

Dejando ahora al margen la discusión sobre la naturaleza jurídica de la anticresis, si es o no una auténtica garantía real, hemos de dejar bien claro que los artículos 1.881 y siguientes del Código Civil en ningún momento exigen ni siquiera aluden al requisito de su inscripción y por tanto publicidad registral, simplemente será la desposesión el único indicio o requisito de oponibilidad frente a terceros, o lo que es lo mismo, la posesión como principio de apariencia. Sin embargo del dictado del artículo 90 de la Ley Concursal se deduce que la intención del legislador es exigir a efectos de reconocimiento del privilegio la inscripción de la anticresis en el Registro de la Propiedad.

En estos supuestos y de cara al pago de estos créditos garantizados o privilegiados es necesario tener claro cuál ha de ser el criterio a seguir en orden al pago de estos créditos, y éste no puede ser otro más que mantener la *prioridad* por el orden temporal de los créditos. Y esta prioridad también ha de respetarse escrupulosamente en el supuesto de ejecuciones singulares como el de la presente Resolución, pues la hipoteca antecede al devengo y propia reclamación del crédito salarial. Es fácil advertir la coexistencia paralela y recíproca de distintos acreedores con privilegio especial, privilegios que recaen sobre un bien o derecho concreto, limitado y de cuya ejecución han de satisfacerse todos los especiales. Es necesaria una distribución ordenada, graduada, correcta y racional en el pago de esos créditos con privilegios especiales y con la nota común de recaer sobre un mismo bien cuyo valor patrimonial no puede estirarse más. Pero esta prioridad será fácilmente discernible en unos casos, mas no en otros, dada la maraña cruzada de garantías o diferentes causas de preferencia negocial e incluso legal que pueden recaer sobre un mismo bien y, sobre todo, cuando la base registral simplemente no existe o de existir se halla notablemente diluida. Así, en el caso de garantías reales, la fecha de la prioridad se determina a partir del momento en que la misma ha quedado constituida —extraconcursalmente— con eficacia frente a terceros. El propio dictado del artículo 155.3 II de la Ley Concursal es tan elocuente como taxativo en este punto cuando asevera:

«Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento

de los requisitos y formalidades previstos en su *legislación específica* para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta».

La cuestión no es intrascendente, todo lo contrario, dado que partiendo del elenco de créditos privilegiados con carácter especial que establece el artículo 90 de la LC, sobre todo si tenemos en cuenta que este artículo, al menos en su párrafo uno, no deja de ser un auténtico cajón de sastre de todo el espectro de garantías reales, son muchos los posibles conflictos que se pueden suscitar y por tanto concurrir y chocar entre acreedores privilegiados. Téngase en cuenta que en este artículo 90.1 de la LC se dan cita y concurren la mayoría de las garantías reales que conoce nuestra práctica y que sobre todo se caracterizan por su carácter fungible. En efecto, no son pocos los activos mobiliarios e inmobiliarios que se asocian a la actividad de un empresario o incluso de cualquier persona física que precisa financiación, pero tampoco son pocos otros activos o bienes que sirven para constituir estas garantías reales, bienes propios o de terceros, de personas físicas o jurídicas, de empresarios o de consumidores. No podemos olvidar que la lista de bienes susceptibles de tales garantías no cubre ni con mucho otros activos empresariales y no empresariales que pudieran beneficiarse de la cobertura legal. Como resulta fácilmente imaginable, unas garantías gozan de una mayor aceptación o si se prefiere de un mayor predicamento mientras otras son cada vez más residuales y preteridas. Hoy por ejemplo constituir una prenda manual o posesoria es prácticamente un reducto marginal al menos en el ámbito de las empresas o sociedades, lo cual no es óbice para contrarrestar o incluso negar su virtualidad y utilidad en cuanto garantía.

Cuestión distinta es la pignoración de unas acciones o participaciones sociales de una sociedad limitada por parte de una entidad de crédito, una garantía que se convierte en esencial en toda estructura de *Project finance*. Lo anormal, pero no por ello imposible, es la posibilidad que se hubieran pactado, por ejemplo, garantías de rango idéntico y en las que consecuentemente no habría necesidad de dirimir cuál es preferente o prioritaria a cual otra, sino que simplemente se procedería a un pago a prorrata de los créditos entre sí (4). Y es que no ha de perderse de vista que un acreedor garantizado, acreedor por tanto que goza de un privilegio especial por causa y voluntad negocial, cuando opta o se inclina por un tipo u otro de garantía parte de una serie de premisas a tener en cuenta: a saber, primero, conocer si su garantía real está reconocida, graduada y, por tanto, valorada en el concurso de acreedores, o por el contrario se encuentra minusvalorada o simplemente no se incluye en el elenco de figuras que se reconocen como privilegiadas; segundo, saber si con esa garantía real podrán proceder a la satisfacción de sus derechos al margen o extramuros del propio procedimiento concursal, lejos de ataduras y paralizaciones indeseables, por lo que el elegir como objeto de garantía un bien afecto o no, necesario o no a la actividad empresarial o profesional del deudor concursado tendrá una trascendencia especial; tercero, saber si el alcance de las decisiones colectivas que tomen el deudor, la admi-

(4) Sobre este particular, vid. CARRASCO/CORDERO/MARIN, *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, 2002, págs. 485 y 744; también CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pág. 284, nota 3.

nistración concursal y el resto de acreedores vinculan o no al acreedor garantizado si él expresamente no presta su consentimiento; cuarto, el alcance de la misma consistencia y fuerza de su derecho real de garantía, es decir, su grado de resistencia frente a los efectos retroactivos de las acciones revocatorias concursales, así como si su derecho se verá afectado o no por los créditos prededucibles; finalmente, y no sin agotar todas las circunstancias que sopesan los acreedores, tratará de conocer *ex ante* si el concurso creará o no distinciones en el trato de los acreedores garantizados, si se crearán correctivos o no a favor o en contra de unos acreedores en detrimento de otros, así como la prioridad al cobro en caso de conflicto concurrente de varios acreedores sobre un mismo bien o bienes.

Imaginemos, únicamente a título meramente ejemplificativo y enunciativo, tan sólo una serie de posibles conflictos, no todos, y que han sido planteados, de un modo u otro, también por diferentes autores. Así, el supuesto de concurrencia entre un acreedor hipotecario y un acreedor refaccionario, o un pignoraticio y un refaccionario que tienen afecto un mismo bien inmueble o en su caso mueble. El caso de un acreedor anticrético que concurre con un acreedor hipotecario inmobiliario que además tiene pactado la extensión a frutos (art. 111.2.º de la Ley Hipotecaria). O un caso más extremo, una hipoteca naval que recae sobre un bien que está sujeto al mismo tiempo a una reserva de dominio. El supuesto de un acreedor hipotecario del artículo 55.II de la LHM y por tanto hipoteca no desplazada que concurre con un ulterior acreedor pignoraticio que sí ostenta la posesión del bien. Incluso la posible concurrencia simultánea de una hipoteca inmobiliaria, un arrendamiento financiero y una condición resolutoria expresa, que para más inri todos ellos pueden además concurrir con un acreedor anticrético (5).

No obstante el conflicto se diluye y acaba por desaparecer, bien por imposibilidad del mismo, bien por la propia dinamicidad constitutiva de la garantía. Así, es inviable la concurrencia de un acreedor con reserva de dominio sobre un bien que posteriormente se viese afecto a una prenda sin desplazamiento o una hipoteca mobiliaria. Pues ¿acaso es posible que la inscripción de una reserva de dominio que garantice el precio de la compraventa si ese mismo precio se halla garantizado con prenda sin desplazamiento? (véase al respecto el dictado ciertamente ambiguo del art. 5.3 de la Ley 28/1998). Tampoco pueden concurrir entre sí acreedores con prenda sin desplazamiento y acreedores con hipoteca mobiliaria sobre un mismo bien o cosa, o acreedores con prenda posesoria e hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento ulterior (véase el art. 2 LHM). No me imagino tampoco la posibilidad de que concorra una prenda de créditos con cualquier otro tipo de garantía, salvo quizá con otra prenda de créditos de rango inferior. Por su parte el que concurren dos acreedores con prenda posesoria entre sí no tiene mayor con-

(5) Como bien señala CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., pág. 285, salvo en algunos tipos de bienes, en los que la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento no son intercambiables, todas las garantías registrales mobiliarias pueden concurrir entre sí (hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento, arrendamientos financieros, reservas de dominio), pero si el precio de la cosa no está pagado (con o sin reserva de dominio), las garantías registrales de la LHM son ineficaces. Éste sería el caso, siquiera atípico, en que un acreedor «ordinario» anterior triunfa sobre un acreedor con garantía posterior. La nulidad del artículo 2 LHM actúa igualmente en el concurso.

flictividad, dado que la publicidad es idéntica en ambos acreedores pignoratícios (art. 1.863 y sobre todo el 1.865 del Código Civil). Lo mismo sucede en el supuesto de concurrencia de garantías del mismo carácter que son registrables y registradas, pues la fecha de la inscripción desactiva cualquier atisbo de conflicto.

Ahora bien, respecto a lo que es registrable o no y su oponibilidad frente a terceros, no todo es tan sencillo y reconducible al simple expediente de la prioridad temporal. Es decir, el interrogante que tratamos de introducir no es otro que el de cuestionarnos si basta que un crédito privilegiado que hubiera sido oponible a terceros mediante su inscripción registral, sea inmobiliaria sea mobiliaria, a efectos de conflicto y concurrencia con otros privilegiados, ¿es suficiente la prioridad que dimana de la fecha de válida constitución de la garantía a efectos concursales o por el contrario esta prioridad ha de basarse en otros extremos? Es decir, y aunque la pregunta es un tanto burda, ¿quién ha de tener la prioridad, ¿el crédito o la garantía sobre la que recae el privilegio? En cierto modo la prioridad no queda determinada concursalmente por la fecha de la constitución de la garantía, sino que la fecha relevante es la del acto final por el que el crédito adquiere heteroeficacia (6). Pensemos en las cuotas de un arrendamiento financiero, las mismas son créditos privilegiados y prioritarios en función de la fecha del título arrendaticio. Para dar una vuelta de tuerca más al potencial conflicto hemos de tener presente que el arrendamiento financiero no requiere en puridad que se halle inscrito en el correspondiente Registro, Mobiliario o Inmobiliario, dado que simple y llanamente el contrato de arrendamiento financiero o *leasing* es un contrato oponible a terceros, un contrato con heteroeficacia instantánea. La paradoja se produce cuando comprobamos que un acreedor hipotecario que inscribe su derecho, pero esta inscripción es posterior a la constitución del arrendamiento financiero que no está inscrito, no sería preferente frente al crédito del arrendador financiero. Si no hay otros acreedores privilegiados concurrentes con el arrendador financiero prioritario temporalmente, su privilegio no es preferente al del arrendador, quien goza de un privilegio sobre los cánones financieros frente a terceros temporalmente posteriores a él aunque no esté inscrito en registro alguno. Insistimos en lo de la paradoja, una paradoja a primera vista aparente, eso sí, aunque parezca que perturba, pero en modo alguno es así.

Pero, ¿qué sucede, por ejemplo, con los créditos refaccionarios no inscritos ni tampoco anotados de trabajadores si concurren con otros créditos concursales que gozan de privilegio especial? Pues que semejante crédito *a priori* y con la Ley Concursal en la mano, es preferente a otros créditos que gocen de garantía real de fecha posterior y que además estén inscritos. Recordemos que la Ley Concursal ha señalado dos privilegios refaccionarios que poco tienen en común, de un lado el privilegio refaccionario de la legislación común y el privilegio refaccionario de los trabajadores. Sólo el primero, el refaccionario común sobre todo inmobiliario necesita inscripción a efectos de su reconocimiento concursal. Para que el privilegio sea oponible es necesario que se practique una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad antes de la conclusión de las obras (arts. 42-8.º y 59 de la LH). Lo mismo es predicable de los créditos refaccionarios especiales que estatuye la legislación agraria que igualmente han de ser anotados.

(6) Cfr. CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., pág. 289.

Pensemos en el crédito refaccionario de los trabajadores en los que Ley exime del incumplimiento de los requisitos de publicidad registral a los que sí está sometido en cambio el privilegio refaccionario general. La Ley Concursal no exige en ningún momento que el crédito refaccionario, incluso el inmobiliario, esté inscrito para que la prioridad por razón de fecha entre en juego. Ahora bien, el que la Ley Concursal no lo exija, no significa ni debe significar en modo alguno que puedan llevarse las cosas a un extremo inaceptable, y salvo el privilegio de los refaccionarios salariales sería del todo inaceptable que un crédito refaccionario ni inscrito ni anotado gozase de prioridad frente a un acreedor hipotecario posteriormente inscrito. No existen ni argumentos ni racionalidad concursal alguna que justifique tamaño «privilegio», pues si así fuese, flaco sería el favor que se acarrearía sin ir más lejos a la hipoteca, la cual quedaría privada de todo valor. Su valor y funcionalidad como instrumento garantorio simplemente no existiría. Y con ello se dañaría además toda la credibilidad y eficacia del mismo sistema registral, dado ¿qué seguridad tendría entonces cualquier tercero amparado en la buena fe y a título oneroso que adquiere *secundum tabulas*? No se olvide que un crédito refaccionario inmobiliario ni inscrito ni tampoco anotado es un simple privilegio, no una garantía real. Como bien se ha señalado ante la ausencia de una norma expresa que establezca la supremacía de este privilegio sobre las garantías reales inscritas, cabría deducir que el privilegio refaccionario de los trabajadores debería quedar pospuesto a los demás privilegios inscritos (7). Ahora bien, teniendo en cuenta la normativa laboral, significativamente el artículo 32.2 del Estatuto y la similitud que otorga la Ley Concursal entre este privilegio y el de la hipoteca legal tácita no sería muy equitativo atribuirle efectos o consecuencias dispares, por lo que lo más razonable sería que tuvieran el mismo régimen que el de las hipotecas legales tácitas recogidas en la Ley Hipotecaria.

Además y en tanto esté en vigor el artículo 1927.2.º del Código Civil para que sea plenamente oponible frente a terceros, el crédito refaccionario inmobiliario necesita su inscripción o anotación. No obstante, del dictado del artículo 90.2 de la LC se deduce que basta que el refaccionario privilegiado esté constituido de tal forma que pueda ser oponible a tercero, mas no que tenga que ser preferente frente a todos los terceros. Así las cosas, un crédito refaccionario no inscrito sería preferente frente al resto de los acreedores comunes, recte, ordinarios. Su oponibilidad, o lo que es lo mismo, su heteroeficacia que no su prioridad absoluta, va ínsita a la esencia y existencia del propio crédito refaccionario (8). De lo contrario aún a riesgo de convulsionar todo el sistema hipotecario inmobiliario estaríamos permitiendo que todo acreedor que extraconcursalmente sería preferido a un acreedor anterior cuyo crédito le es inoponible, lo será también concursalmente, aunque el crédito anterior resultara en términos generales eficaz frente al resto de los terceros que no pudieran utilizar en su favor una regla de inoponibilidad de lo no inscrito (9). Difícilmente cabe admitir que lo no inscrito y por tanto no conocido o difícilmente

(7) Conforme GARRIDO, «Artículo 90», en *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pág. 1634.

(8) En parecidos términos, CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., pág. 287.

(9) Estos son los argumentos precisamente de CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., pág. 289, pero para mantener precisamente la postura contraria a la que nosotros tratamos ahora de formular.

conocido tenga una preferencia a lo registrado. Pues, ¿qué seguridad tendría el adquirente o cualquier acreedor real de obtener un bien libre de gravámenes o con privilegios de rango concursal preferente?

Pensemos también en el posible conflicto que se puede suscitar entre una hipoteca inmobiliaria con extensión *omnibus* y convencional a los frutos que genere el inmueble, garantía nada extraordinaria y que se prolonga sobre todo el *ius fruendi* que sea capaz de generar el bien gravado y la existencia de una anticresis. O la más novedosa hipoteca condicionada que empieza a gozar de carta de naturaleza en la praxis y en la que ya contamos con dos Resoluciones de la Dirección General de Registros (véanse los BOE de 19 y 20 de octubre de 2005) (10). Como ya sabemos, el privilegio que estatuye el artículo 90.1.2.º de la Ley Concursal respecto a la anticresis no lo es frente al inmueble sino que lo auténticamente privilegiado son los frutos que genere el inmueble. Indudablemente el acreedor anticrético es titular del *ius fruendi* de cuya actualización, pero no de la titularidad de la finca, depende la adquisición de los frutos. Sin duda una anticresis no inscrita, y recordemos que no tiene por qué estarlo (arts. 1.881 y sigs. del Código Civil) pese a la decidida voluntad del legislador concursal de querer someter la anticresis a inscripción registral, en modo alguno resulta oponible a una hipoteca inscrita con extensión o prolongación de la garantía a los frutos, como tampoco lo es ante una prenda sin desplazamiento sobre frutos o intereses futuros (11). Ni tampoco en el supuesto más raro de que el constituyente de la anticresis hubiere, a su vez, cedido a un tercero los frutos que generase ese inmueble si luego en un momento ulterior constituyó la anticresis, una anticresis vacía de contenido.

Ciertamente en los sistemas modernos de garantías reales la oponibilidad de las mismas requiere el cumplimiento de unos mínimos requisitos de publicidad registral, si bien no hay que negar que esta publicidad en algunos supuestos es más formal que material, amén de efectuarse en registros privados que no públicos, como sucede en el supuesto de una pignoración de valores anotados en cuenta coticen o no en los mercados. Unos requisitos de oponibilidad que cumplidos facilitan toda graduación prioritaria en caso de concurrencia de distintos privilegios especiales sobre un mismo objeto o bien (*prior tempore, potior iure*). Requisitos que además son imprescindibles tanto para la válida constitución de la garantía real como para el reconocimiento de la mayoría de los privilegios especiales, y sobre todo, y lo que es más importante, los gradúa y ordena prioritariamente en caso de concurrencia o conflicto entre ellos. Así, de entre las garantías reales han de someterse a estos requisitos la hipoteca inmobiliaria, las hipotecas legales, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de la posesión. Respecto de otros privilegios especiales, pero que no son garantías reales, ésta también parece ser la filosofía que ha querido imponer el legislador concursal, en efecto, pensemos en el privilegio refaccionario común, los créditos derivados de los contratos de arrendamiento financiero y también de ventas a plazo.

La confusión estriba sin embargo del dictado que establece el párrafo segundo del propio artículo 90 de la Ley Concursal cuando asevera y exige que

(10) Sobre este particular, vid. el reciente estudio realizado por AZOFRA/REDONDO, «La “hipoteca condicionada” como instrumento de garantía en financiaciones complejas», en *RDBB*, 2005, núm. 100, págs. 177 y sigs.

(11) En parecidos términos, GARRIDO, «Artículo 90», en *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., pág. 1633.

para el reconocimiento como privilegios especiales de los créditos mencionados en los numerales 1.º a 5.º del artículo 90.1, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores. La racionalidad de este párrafo es de ambigua y complicada comprensión, pues si bien se exigen esos requisitos de oponibilidad a efectos de terceros, el propio legislador no tiene en cuenta que los privilegios especiales que reconoce y enumera tienen por su parte diferentes y diversos requisitos de oponibilidad a la hora de constituirse. Así, si bien es cierto que algunos créditos con privilegio especial requieren a efectos de oponibilidad medidas de publicidad registral, esto es, su inscripción en Registros Inmobiliarios o Mobiliarios; sin embargo otros privilegios especiales no necesitan ni requieren como requisitos de constitución ni formal ni materialmente su inscripción en Registro alguno, como sucede con una garantía mobiliaria sobre anotaciones en cuenta o con la propia anticresis, de la que ahora no discutimos si su naturaleza responde a los parámetros de un derecho real de garantía o no. Si la garantía debe cumplir ajustarse a sus requisitos de oponibilidad según su legislación específica y estos no exigen la inscripción registral tampoco puede hacerlo el legislador concursal.

No obstante sí elude la Ley Concursal el cumplimiento de tales requisitos de oponibilidad en los supuestos de hipotecas legales tácitas y en el caso del privilegio refaccionario de los trabajadores. Tal situación no responde a un capricho o a una mera excepción del legislador, sino que tales privilegios tienen un origen legal, responden a una causa legal de privilegio por lo que estos privilegios existen desde el momento en que surgen los créditos mismos. De este modo la prioridad para el pago de créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de su regulación extraconcursal de este tipo de garantía y esta regulación no requiere inscripción registral para su válida constitución. Así la preferencia del crédito hipotecario legal público, la del artículo 78 de la Ley General Tributaria, es absoluta frente a cualesquiera otros acreedores y sin respetar orden temporal alguno. De este modo y en caso de colisión de privilegios sobre un mismo bien y dada la inexistencia de un mecanismo de publicidad registral, la hipoteca legal tácita no queda sujeta a ningún en-corsetamiento temporal y su prioridad viene determinada por la específica regulación de la hipoteca legal tácita. Así las cosas, el grado de resistencia o, si se prefiere, el grado de blindamiento de la que goza una hipoteca legal tácita, llega al extremo de anteponerse a una hipoteca inscrita, incluso en el supuesto de que esta hipoteca hubiese nacido con anterioridad al nacimiento del crédito tutelado por la hipoteca legal tácita (véase art. 194 de la Ley Hipotecaria).

Si creemos oportuno dedicar unas líneas al posible y tan anunciado conflicto o posible colisión entre el crédito laboral superprivilegiado, que como ya sabemos pasa a ser un crédito contra la masa, por muy artificial que sea esta solución en la Ley Concursal, y el crédito garantizado con hipoteca tanto en caso de concurso como en caso de ejecución singular, supuestos de la presente Resolución. Es cierto que la solución se trastoca en la norma concursal pues al final, un tanto artificiosamente, se reubicaron estos créditos salariales en sede de deudas de la masa o créditos contra la masa. Solución incomprensible pero que a efectos prácticos brinda una mejor y más segura tutela para estos acreedores salariales. Donde no ha sido claro el legislador, como tampoco la jurisprudencia, es en la concurrencia entre este crédito superprivilegiado sa-

larial y el hipotecario o pignoraticio en sede de ejecuciones singulares. Y no se ha sido claro por la eterna confusión entre la sustancia y la circunstancia, pues se olvida a la ligera el carácter y propia esencia de lo que una preferencia añade a un crédito. Además no cabe parapetarse en la pretendida superioridad de lo legal e imperativo a lo convencional y autónomo. Pues el argumento de la debilidad del carácter dispositivo de una hipoteca o prenda respecto de la protección legal que brinda el artículo 32.1 del ET frente a toda otra preferencia no puede primar sobre un derecho real constituido con *anterioridad* al mismo. Y ahí radica la clave o núcleo de la cuestión, pues si ni siquiera existe anotación preventiva ni ejecución que anteceda a la inscripción registral de la hipoteca, el crédito salarial no prima ni pasa por delante del hipotecario por mucho que la acción real de éste no se hubiere esgrimido. De lo contrario se trivializaría toda garantía devaluándose su función y su causa, la cual no es otra que asegurar el cumplimiento o en su caso la falta de cumplimiento de un crédito, y sin garantía no hay crédito, y si éste se viese vulnerado ante todo hipotético crédito salarial, ¿de qué serviría una garantía real? No parece ser otra la solución que se produce si se coteja en sede de ejecución singular el artículo 1924.3 del Código Civil, cuando preferencia entre aquellos créditos que no gocen de privilegio especial a los que primero consten en escritura pública y, segundo, los que consten por sentencia firme si hubiesen sido objeto de litigio como sucede generalmente con los créditos salariales. Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias. Así las cosas, incluso un crédito hipotecario otorgado en escritura pública y aún no inscrito en el Registro pero antes de que se dictase sentencia o acta de conciliación en que consta el reconocimiento de un crédito salarial, sería el que por virtud de su tercería de mejor derecho se le reconociese su cobro preferente respecto al salarial, así como lo obtenido en caso de realización del bien embargado. De otra parte y ante la probable colisión entre una anotación de embargo y una inscripción registral de hipoteca, o lo que es lo mismo ante un choque normativo entre el artículo 1.927 y 1923.4 del Código Civil, primará la anotación de embargo del crédito salarial respecto de los créditos contra el mismo deudor cuyo nacimiento se haya verificado con posterioridad a aquélla. Por tanto, si el crédito hipotecario se ha constituido con posterioridad a la anotación del embargo por mucho que se negociase o pactase el préstamo con anterioridad no será preferente al salarial. El derecho real de hipoteca que garantiza el crédito y que es el que se hace valer en tercería de mejor derecho ha sido inscrito detrás de la anotación.

Nosotros partimos de una total imposibilidad en la colisión o confrontación concurrencial entre ambos créditos, el hipotecario y el superprivilegiado, frente a las tradicionales posturas que unos y otros han mantenido hasta el momento presente (12). Y es que en este punto y si se tiene presente la norma concursal, en caso de ejecución colectiva, no deja ningún resquicio abierto a la ambigüedad. En efecto, el dictado del artículo 154.3 de la Ley Concursal no

(12) Véase el reciente trabajo de LINARES NOCI, *Sobre el conflicto de preferencia para el cobro entre crédito salarial y crédito hipotecario*, Granada, 2005, sobre todo pág. 80 y sigs., en el que se hace un sucinto análisis de variables civiles, laborales, procesales y registrales entre ambas causas de preferencia, así como los distintos enfoques doctrinales que han primado hasta el presente. El autor propone una serie de argumentos que busquen la armonización y no subordinación entre estos dos acreedores concurrentes.

puede ser más claro cuando asevera que las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de los créditos con privilegio especial. En caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos. De este modo y por mucho que el crédito laboral por los últimos treinta días nos merezca la mayor atención, consideración e incluso protección no puede rasgar con la esencia, la fuerza y la virtualidad de una garantía real como es la hipoteca, la cual se banalizaría si la misma se viere superada o conculcada por una deuda «ordinaria» ulterior, por muy loables que sean los intereses que se protejan o traten de proteger por la fuerza de la ley y el dictado del legislador (13).

La cuestión cambia en el supuesto de que el hipotecario no se viere totalmente satisfecho con los resultados del precio de remate obtenido en la subasta judicial del inmueble. En este caso la garantía real no fue bien elegida o su margen de flotación fue demasiado pequeño por lo que de su ejecución no se obtuvo una liquidez suficiente para cubrir capital y amortización de intereses amén de gastos y costas, por lo que en este caso sobre el crédito otrora hipotecario sí pasará por delante el superprivilegiado del artículo 84, pero en puridad no es que prime o su rango supere al hipotecario, pues éste realmente ya ha dejado de ser hipotecario o privilegiado pasando a ser en lo que resta para una completa e íntegra satisfacción un crédito ordinario, por lo que se comprende fácilmente que el crédito contra la masa prime y se cobre con preferencia entre los bienes de la masa que el meramente ordinario. El viejo crédito superprivilegiado laboral, ahora en la Ley Concursal, crédito contra la masa, en modo alguno puede reconducirse como un supuesto de hipoteca legal tácita. La jurisprudencia que se pronuncia a favor de esta consideración olvida por el camino que si algún sentido tiene hoy mantener la vigencia de las hipotecas tácitas, si es que realmente tiene alguno, es el de estribar en una afección real, vinculando una obligación o crédito con un bien o derecho, pero en modo alguno el vínculo es personal como sí lo es en caso de mantener un crédito superprivilegiado laboral (14).

(13) Acertadamente señala GÓMEZ GÁLLIGO, «La colisión entre el crédito laboral superprivilegiado y el crédito garantizado con hipoteca en caso de concurso del deudor», en *ADCo*, 2004, núm. 3, págs. 187-202, pág. 200 como se produce la paradoja de que, mientras en la ejecución individual el crédito salarial superprivilegiado va a vencer al crédito hipotecario cuando concurren sobre un precio de remate, en la ejecución colectiva derivada del concurso no va a ser así, por la sencilla razón de que la preferencia de los créditos salariales nunca va a poderse hacer efectiva sobre los bienes hipotecados.

(14) No tienen desperdicio las viejas sentencias del Supremo de 27 de octubre de 1983 (*RJ* 1983, 5345) y de 16 de octubre de 1987, que equiparaba nítidamente el crédito salarial superprivilegiado con la de las hipotecas legales tácitas. Reza esta última sentencia: «el superprivilegio goza como en el caso previsto en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria y como los créditos contra la Hacienda del artículo 73 de la Ley General Tributaria (*hoy derogada por la de 2003*), de un derecho de preferente con igual dinámica que las denominadas hipotecas legales tácitas, que no pueden verse afectadas por ningún tipo de crédito». El problema es que esta jurisprudencia olvida que un derecho real, cual una hipoteca sobre un inmueble, pasa por encima de todo derecho o crédito personal por mucha preferencia legal que el legislador haya querido irrogarle. Alguna jurisprudencia ulterior tanto de nuestros tribunales como de la Dirección General de Registros y Notarios todavía trataron de llegar más lejos al avalar la cancelación de una hipoteca anteriormente inscrita a favor de este crédito salarial.

IV. LA IMPOSIBLE UNIFICACIÓN DE CAUSAS DE PREFERENCIA, ¿MITO O REALIDAD? PRIVILEGIOS CONCURSALES, EXTRACONCURSALES Y REFORMAS RECIENTES

Pese a la gran reforma concursal llevada a cabo, sin duda y a priori, al menos en el ámbito de las causas de preferencia o privilegios, todavía hubiera sido deseable y más acertado una unificación, de una vez por todas, de toda causa de preferencia en un solo cuerpo legal, a fin de huir, entre otros supuestos, de ciertos y anodinos comportamientos estratégicos de algunos acreedores que buscarán blindar y priorizar sus privilegios a extramuros de la Ley Concursal en una auténtica y desenfrenada carrera por cobrar a toda costa, a través o por medio de compensaciones contractuales, garantías financieras o prendas *omnibus*; sólo es cuestión de tiempo para que se inicie una denodada lucha por reajustar los privilegios y si no, al tiempo; de hecho, aunque de lejos, por ahí han ido los tiros del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, sobre reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, que, entre otros extremos, introduce una serie de reformas importantes en materia de compensación contractual y garantías financieras a favor de las entidades de crédito y demás financieras en caso de apertura de un procedimiento concursal o liquidación administrativa sobre los acuerdos de compensación y las garantías financieras, por lo que en cierto sentido, este Real Decreto viene a establecer un régimen alternativo especial a la Ley Concursal en materia de créditos y obligaciones financieras, puesto que en lo que a nosotros ahora atañe en sede de privilegios, se busca un reajuste o afinamiento en el ámbito de los créditos con privilegios especiales de aquellos créditos que gozan de *garantía financiera* —sobre todo de prendas (art. 90.1.6.º) que dulcifican sus requisitos formales—, configurándolos como un tipo específico de créditos privilegiados que siguen los parámetros de forma y ejecución diseñados por este Real Decreto y, por consiguiente, a espaldas de la nueva y moderna legislación concursal. El juego de los artículos 6, 7 y 9 de este Real Decreto permite prácticamente cualquier fórmula de pignoración. Y este reajuste lo que viene a significar entre otros extremos, es que podrán ejecutarse las garantías con independencia del procedimiento concursal, algunas incluso apropiarse, con la debida valoración, aunque no se diga quién habrá de hacer tal valoración, cuando de valores negociables se trate, por mucho que la Ley Concursal establezca unas reglas muy claras en sede de ejecución (arts. 55 y 56). Y no sólo se podrán ejecutar esas garantías, o proceder a las oportunas compensaciones contractuales, sino que además las entidades financieras cobrarán en esa ejecución o en esa compensación la totalidad de lo que se les deba, es decir, tanto el principal como intereses remuneratorios y no remuneratorios, además de recargos y comisiones, por lo que la subordinación de estos últimos créditos será además hurtada por la puerta de atrás. Recordemos que estos créditos por intereses, sanciones, recargos, etc., son esencialmente subordinados con independencia de quién sea el titular, esté o no esté especialmente relacionado con el concursado. Así las cosas, se subvierte deliberadamente la calificación legal y automática de dichos créditos que se cobijan dentro del privilegiado y no entre los subordinados como realmente les correspondería. Por tanto, este Real Decreto-ley lo que viene a hacer es blindar las garantías financieras, advirtiendo que no cabe el ejercicio de las acciones del artículo 71 y siguientes de la norma concursal y que tienen la posibilidad de ejecutarse de modo separado sin interferencia alguna del proceso concursal (véanse los arts. 15 y 16.1 de este RD Ley).

La resistencia e inmunización de las garantías financieras a verse arrastradas a un procedimiento concursal es total, pero lo paradójico es que también ha sido consentida meses después de entrar en vigor la Ley Concursal, y lo peor, se ha llevado a cabo a través de una auténtica chapuza jurídica. La práctica bancaria conoce desde antiguo la inclusión de cláusulas *omnibus* y de cláusulas de garantía o compensación en sus contratos de financiación, mecanismos todos extraconcursales, cláusulas que se establecen para supuestos de incumplimiento, impago y, sobre todo, de insolvencia, un tratamiento unitario y unificado de los saldos de todas las cuentas abiertas, así como de todos los productos financieros que el deudor tuviere con la financiera o con el grupo (15). Es cierto que el Real Decreto se basa en que los créditos a compensar estén vencidos y por tanto sean compensables, baste una mera lectura del artículo 16, que viene a inmunizar el acuerdo o imposición de compensación contractual de la apertura de un procedimiento concursal o liquidación administrativa. Y ya se sabe, las entidades financieras no estaban dispuestas a renunciar a tamaña prebenda, así que lo que ha salido por la puerta de la Ley Concursal entra ahora por la ventana (16). Es cierto que este Real Decreto-ley es fruto de la transposición de la Directiva sobre garantías financieras de 2002, y es incomprensible que la Ley Concursal, cuyo trasiego legislativo y no legislativo ha durado años y años, no haya tenido en cuenta las directrices de aquella directiva, pero lo más escarecedor es que, aprovechando la transposición de la misma a través de este Real Decreto-ley, toda la filosofía que inspiró la graduación y ya falsa poda de privilegios, pues es lo que realmente ha sucedido y como ha de calificarse, salte ahora por los aires a la primera de cambio (17). Y lo que es peor, no será este el único ataque a la línea de flotación de la ley concursal, cual es, los privilegios. El tiempo nos dará o nos quitará la razón. No ha estado en cambio tan diligente el legislador, el Gobierno, o ciertos lobbies en proteger a quienes menos tutela tienen, los acreedores ordinarios, esos mismos que no pueden proveer de garantías,

(15) No nos vendría mal a todos leer el pequeño pero agudo estudio de Díez PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid, 2005.

(16) Es cierto que la Ley Concursal no ha tenido en cuenta las exigencias de la Directiva 2002/47 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. No le falta razón a DE CASTRO ARAGONÉS/FERNÁNDEZ SEIJO, «Los créditos de entidades financieras en la Ley Concursal: reformas, contrarreformas y chapuzas legislativas (A propósito del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, sobre reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública)», en *RCP*, 2005, núm. 3, pág. 25 y sigs., cuando señalan que la Ley Concursal ha actuado como una «norma fantasma», dado que recogía para deudas financieras y crediticias a un régimen distinto e incluso contradictorio al previsto en la directiva no traspuesta. En cierta medida, la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2005 no hace sino corregir los errores o despistes del legislador concursal.

(17) Críticos y acertados se muestran DE CASTRO ARAGONÉS/FERNÁNDEZ SEIJO, *Los créditos de entidades financieras en la Ley Concursal: reformas, contrarreformas y chapuzas legislativas*, cit., pág. 35, cuando aseveran que la Ley Concursal, al no recoger expresamente el régimen previsto por la Directiva, se convierte así en una bienintencionada chapuza, y el Real Decreto-ley, al no poder modificar formalmente la Ley Concursal, se convierte también en otra chapuza no tan bien intencionada pero de efectos incuestionables. Unas líneas más abajo señalan: «tal vez este Real Decreto-ley no es sino el aperitivo de un reajuste sector por sector que obligará a rastrear Boletines Oficiales en busca de normas residuales en las que puedan cobijarse nuevas alteraciones de la estructura concursal».

ni tampoco analizar realmente el nivel de riesgo del futuro concursado, quien sigue trampeando con una empresa deficitaria y que conduce al abismo pero que poco le importa o bien engañar a todos, cuando no así mismo, bien en huir hacia delante (18).

Lo cierto es que el legislador ha optado por residenciar los privilegios de derecho patrimonial en dos bloques bien distintos: el concursal y el extraconcursal o singular (19). Había otras opciones, otras posibilidades todavía inexploradas pero, en definitiva, ésta fue la opción que prosperó. Es cierto que en la Ley Concursal en su artículo 89.1 establece que no se admitirá ningún privilegio o causa de preferencia que no esté reconocido en la norma concursal. Pero no hay que negar la realidad y menos constreñir las fuentes legales de procedencia de los privilegios de cara al comportamiento futuro del legislador. Y no ha tardado mucho el legislador, como ya hemos señalado, en desnaturalizar y reajustar el sector financiero a la normativa concursal, haciendo que determinadas operaciones y determinadas garantías financieras se blinden frente a un proceso concursal y se puedan ejecutar con toda independencia del mismo, por lo que ni le afecta la posibilidad de una solución convenida ni tampoco la solución liquidativa sufre merma alguna, pues ya ha habido o habrá ejecución, a más tardar el mismo día del auto declaratorio del concurso, compensación o incluso apropiación, eso sí, con la debida valoración, que no oportuna, del bien objeto de garantía. Por ello, poco o nulo sentido tiene ya la dicción del artículo 89 de la Ley Concursal cuando establece que cualquier nueva disposición o norma que contenga o irroque privilegios crediticios habrá de ser interpretada y armonizada en el sentido más favorable a la eficacia de este mismo artículo, eso sí, siempre que rijan en un procedimiento concursal (20). Pero el legislador,

(18) No tiene desperdicio la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona (Asunto: 172/2005C1, vinculado al concurso 36/2004), de 13 de mayo de 2005. En esta sentencia se dirime exactamente el impacto del Real Decreto-ley con los privilegios especiales que diseña la Ley Concursal, impacto que se produce entre otros extremos entre los requisitos de forma de una prenda financiera conforme al Real Decreto-ley y los que establece el artículo 90.1.6.º de la LC. El problema surge por que amparado en este Real Decreto, cierto acreedor trata de hacer valer una prenda de créditos que no consta en documento público y cuya fehaciencia resultaba débilmente acreditada. Como señala la citada sentencia: «en esta situación jurídica lo que sí se ha de advertir es que el artículo 91.1.6.º de la Ley Concursal no recoge en toda su extensión los efectos y circunstancias de garantías, privilegios y compensaciones financieros. También debe advertirse que estas fórmulas comunitarias de garantía del sistema financiero tal vez deberían haber llevado a reflejar en la Ley Concursal estos mecanismos, no ya de privilegio sino de ejecución separada, mecanismos que difícilmente encajan en el artículo 154 y 155».

(19) Vid. ROJO, «La reforma del Derecho concursal español», en *La reforma de la legislación concursal* [ROJO (Dir.)], Madrid, 2003, págs. 87-130, pág. 127; GARRIDO, «La graduación de créditos», en *La reforma de la legislación concursal* [ROJO (Dir.)], cit., pág. 243; PANTALEÓN, «De la clasificación de créditos», en *Comentarios a la Ley Concursal* [FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ (Coords.)], Madrid, 2004, pág. 501 y sigs., pág. 519; ALONSO LEDESMA, «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* [GARCÍA VILLAVARDE y cols. (Dirs.)], Madrid, 2003, págs. 357-408, pág. 360.

(20) En el mismo sentido, CORDERO LOBATO, «Comentario al artículo 89», en *Comentarios a la Ley Concursal* [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.)], I, Madrid, 2004, pág. 1047.

y más que el legislador, el Gobierno, con el Real Decreto-ley, de 11 de marzo de 2005, miró hacia otro lugar como tantas veces.

Desechada ya la unificación en un solo cuerpo legal del elenco de privilegios patrimoniales, los concursales se recogerán en definitiva en la nueva Ley Concursal, quien tasa exclusiva y excluyentemente los privilegios eficaces ante una ejecución universal en una única sede normativa, y, por otra parte y en pro del mandato que ha establecido la Disposición Final trigésimo tercera que señaló que en el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, el Gobierno debe remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares (21). Remisión que ya ha llevado a cabo si bien a través de una

(21) De hecho, el Gobierno ya ha remitido una propuesta de anteproyecto de ley de modificación de los capítulos II y III del Título XVII del libro IV del Código Civil. Vid. Boletín del Ministerio de Justicia, 2005, núm. 1988, pág. 124 y sigs. El Gobierno —como reza en la *Exposición de Motivos*— ante la novedad, la complejidad y el carácter global de la reciente regulación del fenómeno concursal que han determinado al legislador, ha optado por la «elaboración de un texto aplicable exclusivamente a las situaciones de concurrencia extraconcursal de acreedores, lo que no sólo puede acontecer en el marco de una ejecución individual en caso de interposición de una tercería de mejor derecho, sino también en determinadas hipótesis de liquidación de patrimonios, como herencias, sociedades de gananciales o sociedades». Es verdad que la propuesta sigue la línea distintiva entre preferencias o privilegios especiales y preferencias generales, si bien en cuanto a aquéllas, abandona la sistemática del vigente Código Civil, y las formula en un único artículo, con independencia del carácter mueble o inmueble del bien sobre el que se proyectan. En la selección final de los privilegios se ha seguido muy de cerca el tenor de la Ley Concursal, moralizándola en unos casos, ajustándola más en otros con pequeñas variaciones. En algunos casos se ha sustituido la fórmula sintética de la norma concursal por una numeración más detallada y jerarquizada de los múltiples créditos que pueden ocasionar. Sirva como botón de muestra la comparación entre el artículo 90.1 de la LC y el artículo 1.922 en sus números 1.º, 2.º, 3.º y 11.º Se mantienen determinadas preferencias como la establecida a favor de la indemnización de los daños causados por la aeronave y los gastos de su auxilio y salvamento; la correspondiente a los gastos necesarios para la obtención de frutos, en razón al principio civil según el cual, el que percibe éstos, debe abonar aquéllos; la del acreedor que haya obtenido —y anotado— el embargo de un bien de su deudor, por la indudable necesidad de protección de la eficacia del embargo debidamente publicado, frente a la actuación posterior del embargado. En las preferencias generales la similitud con la Ley Concursal es, si cabe, más acusada. Sí hay pequeñas variaciones como son la no menos importante aclaración de la rúbrica «créditos por trabajo personal no dependiente», sustituyéndola por una formulación más ajustada a la razón de ser, o negando preferencia tanto a las indemnizaciones por daños morales como a los créditos por responsabilidad civil extracontractual, al no considerarlas merecedoras de trato privilegiado frente a otros acreedores, sobre todo si se tiene en cuenta la permeabilidad de la frontera entre la responsabilidad contractual y la aquiliana; se formula además la preferencia del derecho del autor, cualquiera que sea el tipo de propiedad que recaiga sobre su creación intelectual; se estima, además, que la indemnización por daños personales debe anteponerse al pago de las cantidades adeudadas por servicios prestados no sujetos a la legislación laboral. Sí merece destacarse que, aunque se respeta en lo esencial el denominado «superprivilegio salarial», en coherencia con la solución adoptada en la Ley Concursal y con evidentes exigencias de seguridad jurídica y respecto a los derechos adquiridos por terceros, se elimina su hasta ahora prevalencia frente a bienes o derechos que, son ya ajenos al deudor, están jurídicamente integrados en la esfera patrimonial de personas que nada tienen con él, y que pudieron haberlos adquirido en circunstancias que evidencian lo injusto de su subordinación al superprivilegio referido.

propuesta de anteproyecto. A nuestro juicio, esta opción, la de la dualización de los privilegios, es un craso error ya que casa mal, además, con la tendencia a la racionalización y unidad de los procedimientos y normas concursales. Esta doble regulación puede crear, a la larga, las mismas tensiones y los mismos efectos adversos e indeseables que hasta el momento había suscitado una encorsetada, fragmentada y dispersa legislación, siendo por lo demás previsible que, aunque la concurrencia y la prelación de créditos para el caso de ejecuciones singulares se inspire y reciba la impronta de la Ley Concursal, acaben generando innecesarias disfuncionalidades que obstaculicen un armónico y único elenco de preferencias aplicables tanto a situaciones concursales como extraconcursoales (22).

Es cierto que con la Ley Concursal gran cantidad de privilegios todavía vigentes en nuestra legislación civil y mercantil no tendrán cabida, pero el que no operen en el seno de un procedimiento concursal no significa que carezcan de valor y virtualidad alguna en los supuestos de ejecuciones singulares. Han de quedar claros, de una vez por todas, el deslinde y división irrestricta entre ejecución colectiva y ejecuciones individuales. Mientras no haya concurso y éste sólo lo habrá a partir del auto que declare el mismo, las preferencias vigentes serán las que se pergeñan de un modo u otro a lo largo y ancho de toda nuestra legislación civil, específicamente en el maremagnum de la legislación especial. La propuesta de anteproyecto de 2005 de modificación de los artículos 1.921 a 1.929 del Código Civil, señala en su artículo 1.925 una cláusula de cierre cuando establece que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier otra clase, o por cualquiera otro título, no comprendidos en los artículos anteriores.

Por tanto, la pregunta que hemos de hacernos no es otra más que aquélla de si la norma o Ley Concursal ha creado o no un elenco exclusivo y excluyente de causas de preferencia negocial y legal únicamente para regir en los supuestos de ejecuciones colectivas, con lo que en el seno de éstas, no regirán ninguno de los privilegios que se recogen en otros cuerpos legales, significativamente, Código Civil y de Comercio o, por el contrario, los privilegios concursales vendrían completados, que no complementados, con los que se regulan en el resto de nuestro ordenamiento. Es decir, ¿habrá dos listados de privilegios independientes pero conexos, o únicamente estos existirán en el supuesto de que diferenciamos lo que es una ejecución colectiva de lo que es una ejecución singular? Ambos estarán armonizados, al menos mínimamente, pero lo que sin duda será cierto es que el elenco de preferencias será diferente de una normativa a la otra. La propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal en su apartado XII no puede ser más concluyente:

«...Se pretende así armonizar el Derecho vigente con la reforma introducida por esta Ley y, al propio tiempo, limitar el ámbito de ésta a la materia concursal. Ello explica que las disposiciones contenidas en el título XVII del libro IV del Código Civil (“De la concurrencia y prelación de créditos”) se deroguen las relativas a los procedimientos colectivos de quita y espera y de concurso y se

(22) Conforme ALONSO LEDESMA, *Delimitación de la masa pasiva*, cit., págs. 360-361; en el mismo sentido, ROJO, *La reforma del Derecho concursal español*, cit., pág. 127, quien alerta de la enorme incoherencia que esta opción legislativa supone para un ordenamiento jurídico.

mantengan las de preferencia de créditos para los supuestos de ejecución singular. Del mismo modo, subsisten para estos supuestos los llamados “privilegios mercantiles”, aunque en el concurso no se admitan más que los expresamente reconocidos en esta Ley. Objeto de regulación específica son los privilegios sobre buques y aeronaves, a cuyos titulares se reconoce en el concurso derecho de separación para su ejecución extraconcursal».

A nuestro juicio, no se puede ir más allá de donde la Ley Concursal o bien no ha podido o bien no ha querido ir. La derogación expresa es excepcional y limitada para supuestos concretos y puntuales, por lo que en principio permanece en lo sustancial la regulación de los privilegios del crédito en las diversas leyes materiales civiles y especiales (23). Y esa va a ser la solución definitiva, existiendo un elenco de privilegios extraconcursales y otro de privilegios que regirán única y exclusivamente en los supuestos de concurso. Ambos elencos tendrán un hilo conductor próximo, si bien existirán las oportunas modalizaciones. No serán dos compartimentos estancos ni tampoco distantes.

Si tenemos en cuenta este hecho, la Ley Concursal divide el régimen de los privilegios en dos, atendiendo preferentemente a cuál sea su ámbito de aplicación: concursal o extraconcursal. Por esta vía se impide el traslado de privilegios creados en el tráfico y en el mercado y se favorece la aparición de fenómenos que, tratando de evitar la declaración del concurso, provoquen que el acreedor active cuanto antes la posibilidad de ejecuciones singulares para no verse arrastrado a una ejecución concursal ante el cual su privilegio no goza de reconocimiento en esta sede (24). El artículo 90 de la Ley Concursal está diseñado para los llamados privilegios especiales, esto es, en su mayoría diseñado para las garantías reales y ciertas titularidades dominicales que de un modo u otro tratan de buscar una cuasi asimilación a aquéllas, y que son causas de preferencia (negocional o legal) que recaen sobre bienes individualizados del concursado. Y el artículo 91 de la norma ha sido instaurado para los privilegios generales, es decir, cuando recae su satisfacción sobre la generalidad del patrimonio del concursado. El resto se supedita al ámbito extraconcursal y a la nueva y futura norma que debe reordenar la materia en el ámbito de las ejecuciones singulares. Mientras tanto, en principio, seguirá vigente lo dispuesto en materia de privilegios en el Código Civil y en las demás leyes especiales.

Hay que tener en cuenta además la reasignación e incluso trasvase que ya se ha hecho respecto a determinados créditos, como los privilegios por gastos de administración del concurso y alimentos del quebrado del artículo 1924.2.a) y g) del Código Civil y que pasan ahora a recalificarse no como privilegiados sino como créditos contra la masa (art. 84.2, 1-4 de la Ley Concursal), privilegio que, por otra parte, desaparece en la redacción dada en la propuesta de ante-

(23) Conforme ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito*, cit., pág. 164.

(24) Como ya señalaba HENCKEL, «Reform des Insolvenzrechts», en ZJP (97), 1984-4, pág. 369 y sigs., pág. 378, «Die Gewährung von Absonderungsrechten ist zwar eine geniale juristische Erfindung, weil sie im Gegensatz zu früheren Rechtsordnungen zur schnelleren Rechtsdurchsetzung führte als bei einer Beteiligung der Sicherungsnehmer am Konkursmäßigen Feststellungs- und Verteilungsverfahren».

proyecto de ley de modificación de los capítulos II y III del título XVII del libro IV del Código Civil. No obstante y, reconociendo a los privilegios especiales y generales como una excepción positiva en relación con los créditos ordinarios, la propia norma concursal crea una «nueva» categoría en nuestro Derecho —los *créditos subordinados*—, y que constituyen la *antítesis* del privilegio, eso sí, en perfecta sintonía con lo pergeñado en el resto de ordenamientos europeos (25). La subordinación contrariamente a las virtualidades que supone un privilegio implica una postergación o relegación en la tutela del crédito, subordinándose los acreedores subordinados frente al resto de los acreedores. En cierto sentido, esta postergación supone un castigo o sanción legal sobre unos acreedores específicos y ante unas circunstancias concretas. Son los llamados *hipocréditos*, creados por la voluntad caprichosa del legislador.

RESUMEN

CRÉDITO SALARIAL

A raíz de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado se pretende abordar el siempre complejo problema que se suscita entre causas de preferencia negocial y causas de preferencia legales, sea en sede de ejecución singular, sea en sede de ejecución colectiva. Problema que en el ámbito extraconcursal se agudiza y máxime si carecemos de un elenco de privilegios definitivos que rijan en el mismo y que finalmente diferirán, si bien no en lo sustancial, con el listado de privilegios *clausus* que alberga la Ley Concursal.

ABSTRACT

WAGE CREDITORS

Written after the Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, this paper seeks to address the always-complicated problem of the conflict between cases of preference due to business reasons and cases of preference due to legal reasons, be it in a singular enforcement proceeding or a collective enforcement proceeding. This problem becomes pricklier when dealt with outside a creditors' meeting, especially if there is no ranked list of definitive privileges governing the affair, because the outcome will eventually differ, albeit not in substance, from the closed list of privileges called for by the Act on Creditors' Meetings.

(25) Cfr. ALONSO LEDESMA, *Delimitación de la masa pasiva*, cit., pág. 361.