

Las causas de preferencia crediticia tras la Ley Concursal (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS CAUSAS DE PREFERENCIA: 1. LA IGUALDAD DE LOS ACREEDORES Y LA LEY DEL DIVIDENDO. 2. EL PRIVILEGIO. 3. LA CONFUSIÓN ENTRE PRIVILEGIO Y DERECHO REAL DE GARANTÍA.—III. ¿UN *tertium genus*?: LA PREFERENCIA CONCEDIDA A LOS CRÉDITOS POR CUOTAS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO O PLAZOS DE COMPRAVENTA Y AL FINANCIADOR.—IV. LA CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS EN LA LEY CONCURSAL Y SU PRELACIÓN: 1. Los SUPERPRIVILEGIOS. 2. CRÉDITOS CON PREFERENCIA SOBRE DETERMINADOS BIENES DEL DEUDOR. 3. PRIVILEGIOS GENERALES. 4. LOS CRÉDITOS ORDINARIOS. 5. CRÉDITOS SUBORDINADOS.—V. LA CONVIVENCIA ENTRE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE PREFERENCIA CREDITICIA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) ha introducido importantes cambios en el sistema de preferencias crediticias. Uno de los mayores logros de esta norma es la simplificación del concurso llevada a cabo, no sólo mediante la unificación de los diversos procedimientos existentes hasta ahora, sino también mediante haber conseguido que todas las causas de preferencia crediticia en el concurso deriven de un único texto, acabando así con la imagen de «laberinto» con que tan gráficamente ilustrara la prelación de créditos en el concurso SALGADO DE SOMOZA (1). Es de lamentar, sin embargo, que la LC no haya derogado todas las preferencias establecidas en las leyes anteriores, que seguirán aplicándose en la ejecución singular mediante el ejercicio de las tercerías de mejor derecho. La coexistencia de dos

(*) Este trabajo se corresponde con la comunicación presentada a las XXV JORNADAS DE ESTUDIO DE LA DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, *El nuevo sistema mercantil*.

(1) *Labyrinthus creditorum ad litem per debitorem comunem inter illos causatam*, Lugduni, 1757.

sistemas inarmónicos de causas de preferencia, el antiguo para la ejecución singular y el nuevo para el procedimiento concursal, no sólo pone de relieve la falta de justificación de ciertos privilegios, sino que impide, de momento, la pretendida «poda» de privilegios que con tanto énfasis propugna la LC.

Cabe elogiar al legislador, entre otras cosas, por la elección del término concurso que, acuñado por AMADOR RODRÍGUEZ (2) y recogido por otro español, SALGADO DE SOMOZA, se impuso también en gran parte de Europa gracias al éxito de la obra de este último tratadista en Europa central. El término concurso, además, ilustra como ningún otro la situación de concurrencia de varios acreedores en su derecho a cobrar con cargo a los bienes de un deudor común e insolvente.

Pues bien, dada la escasez en la doctrina española de estudios sobre privilegios, parece acertado abordar esta materia, siquiera sea para coadyuvar a la mejor comprensión de los profundos cambios que ha realizado la LC en el sistema de preferencias crediticias, eliminando privilegios antiguos, creando otros nuevos y, lo que es aún más innovador, introduciendo causas de subordinación o «despreferencia» que anulan los privilegios y los derechos reales de garantía, postergando a los acreedores que incurren en ellas.

II. LAS CAUSAS DE PREFERENCIA

1. *La igualdad de los acreedores y la Ley del dividendo.* Como afirma PAOLO GAETANO (3), la regla conforme a la cual todos los acreedores son iguales en su derecho a cobrar con cargo a los bienes del deudor común siempre ha sufrido excepciones, justificándose la desigualdad de trato por el reconocimiento, a favor de ciertos créditos, de una causa legal de preferencia. Son causas de preferencia aquellas cualidades del crédito que, recogidas por la ley, permiten a sus titulares anteponerse, para el cobro, a quienes carecen de ellas o las ostentan de inferior rango. Las causas de preferencia siempre son de creación estrictamente legal, no habiendo más número que las expresamente establecidas por la ley con tal función. Históricamente son únicamente dos las causas de preferencia reconocidas por la ley: los privilegios y los derechos reales de garantía. El *privilegium exigendi* otorga una acción personal que permite al acreedor que lo goza anteponerse a los demás, con el efecto de reforzar su derecho haciéndolo más seguro. De otro lado, los derechos reales de garantía permiten a su titular oponer su derecho frente a todos y cobrar con preferencia con cargo al valor de la cosa afectada. En total

(2) *Tractatus de concursu, et privilegiis creditorum in bonis debitoris*, Genova, 1665.

(3) *Privilegi*, Nuovo Digesto Italiano, Turín, 1940, págs. 508 a 511.

armonía con lo anterior se regulan las causas de preferencia en los artículos 1.922 a 1.924 del Código Civil (en adelante, CC), en los que, bajo el título de la clasificación de créditos, se otorga preferencia para el cobro con cargo a determinados bienes a los acreedores hipotecarios y pignoratícios, pero también a otros acreedores que carecen de derecho real de garantía y que son, por ello, simplemente privilegiados. Éstas son también, las causas de preferencia recogidas en los artículos 913 a 919 del Código de Comercio (en adelante, CdC) que quedarán derogados al entrar en vigor la LC. Por su parte, en los artículos 580 a 585 del CdC se recogen los privilegios marítimos, cuya complejidad puso de manifiesto ALONSO LEDESMA (4), y que, como las preferencias del Código Civil, se mantienen vigentes para la ejecución singular, mientras que la hipoteca naval se regula en la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval (en adelante, HN). Las demás preferencias crediticias, establecidas en leyes especiales, se ajustan siempre al modelo de una u otra causa de preferencia: El privilegio o el derecho real de garantía.

La LC, adoptando la terminología del Código Civil, dedica la sección 3.^a del capítulo III, Título IV a la clasificación de créditos, e introduce en los artículos 89 a 93 LC importantes novedades. Así, hay que considerar las causas de preferencia en ellos establecidas como verdaderas excepciones a la ley del dividendo. En efecto, al decir el apartado V de la Exposición de Motivos que: «*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*», no sólo se está enunciando por primera vez en nuestro ordenamiento la máxima de la *par conditio creditorum*, sino que se establece con carácter de regla general y en el sentido de que todos deben sufrir idéntico perjuicio, proporcional al montante de sus créditos y a la insolvencia del deudor. Esta regla, que parte de la doctrina quería encontrar en el artículo 1.911 del CC cuando enuncia el principio de responsabilidad patrimonial universal y ordena que «*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*», queda ya formulada y permite, ahora sí, considerar que las causas de preferencia son de interpretación estricta, sin que sea posible la integración analógica ni la interpretación extensiva de las mismas, al prohibirlo el artículo 4.2.º del Código Civil. Esta conclusión hay que extenderla a los créditos contra la masa, pues no hay mayor causa de preferencia que la resultante de calificar un crédito como no concursal, dado que conforme a lo dispuesto en el artículo 154.1.º LC: «*Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta*». Otra

(4) *Los privilegios marítimos*, Civitas, Madrid, 1995.

novedad, en esta materia, es que la LC elimina, ciertamente, alguno de los privilegios tradicionales, aunque crea a su vez otros nuevos que no se reducen a los que la citada norma denomina como tales, dado, por un lado, que los créditos contra la masa son verdaderos privilegios que ocupan el rango superior en la jerarquía de preferencias y, por otro, que la introducción de la categoría de créditos postergados convierte en privilegiados a todos los ordinarios. Parece un acierto la eliminación de la distinción entre muebles e inmuebles a los efectos de dotar de preferencia a determinados créditos que les afecten. Sin embargo, al enumerar el artículo 90 LC los créditos que gozan de privilegio especial, asalta la duda de si las causas de preferencia reconocidas por la citada norma siguen siendo el privilegio y el derecho real de garantía o si ha nacido un *tertium genus*.

2. *El privilegio*. Ninguna norma de nuestro ordenamiento define lo que sea un privilegio. La LC no acomete esta tarea y aunque, a diferencia del Código Civil, no rehuye la utilización del término privilegio, cabe reprocharle la incorrecta utilización del mismo porque ni son privilegios todos los que la ley denomina como tales, ni todos los privilegios que establece la ley reciben aquella denominación. En efecto, de un lado, se habla de privilegio como sinónimo de causa de preferencia satisfactiva, calificando así a las garantías reales de privilegios especiales y, de otro, no se incluyen en el término ciertos créditos a los que se concede una especial preferencia satisfactiva, como es el caso de los créditos contra la masa.

Siguiendo a GULLÓN (5) podemos definir el privilegio como un adjetivo, una cualidad que se predica del crédito para indicar que su titular podrá anteponerse a otros acreedores, si llega a concurrir con ellos en su derecho de ser satisfecho con cargo al valor de los bienes del deudor. Naturalmente, el privilegio sólo tiene sentido cuando el deudor es insolvente, dado que en caso contrario todos los acreedores cobrarán por completo cuanto se les deba. Su finalidad es reforzar la seguridad del crédito privilegiado mediante aumentar las posibilidades reales de satisfacción del mismo y su origen ha sido siempre estrictamente legal, por lo que no tiene más causa que la ley sin que, de modo alguno, pueda nacer del pacto entre un acreedor y su deudor. Desde el Derecho romano, el privilegio se ha justificado, como resalta POPLAWSKI, por razones de equidad, necesidad o utilidad social. Por ser un accesorio del crédito, el privilegio depende de éste y todas sus vicisitudes le afectan. Tradicionalmente, se distinguían dos tipos de privilegios, según se atendiera para su concesión a las especiales circunstancias de la persona del acreedor (privilegios personales) o, por el contrario, a la causa que origina el crédito (privilegios reales). Entre los privilegios personales se encuentran hoy, entre

(5) «Comentario al artículo 1.921 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid, 1993, pág. 2064.

otros, los créditos salariales de los números 1 y 3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), mientras que los privilegios reales se denominan así, no porque otorguen a su titular el poder de perseguir la cosa afectada por el derecho de preferencia, pues el privilegio se extingue cuando el objeto sobre el cual recae sale del patrimonio del deudor, sino porque debido a la especial vinculación del nacimiento del crédito con una cosa del deudor (como es el caso del privilegio del vendedor o del artesano del art. 1922.1.º del Código Civil) establecen una preferencia singular al afectar única y exclusivamente a ciertos bienes del deudor. Así, los privilegios personales se convierten en privilegios generales, que afectan a todos los bienes del deudor, ostentando el acreedor el derecho de preferencia sobre todos ellos; mientras que los privilegios reales dan lugar a los créditos con privilegio especial, sin que el acreedor pueda ejercitar su preferencia más allá del valor de realización del bien afectado por la misma.

Por su parte, los derechos reales de garantía coinciden con los privilegios en ser causas de preferencia. En efecto, estos derechos que la ley restringe a la prenda, la hipoteca y la anticresis son, precisamente, por ser causa de preferencia, *numerus clausus*, de modo que queda fuera de la autonomía privada la creación de cualquier otro tipo de derecho, con efectos reales o no, que lleve aparejado el derecho de preferencia satisfactiva. Sin embargo, a diferencia del privilegio, que es un accesorio puramente legal, cualquier acreedor puede reforzar su derecho pactando con su deudor prenda o hipoteca en garantía de su crédito. En esta línea, y tras hacer notar que no encuentra muchas razones para la distinción, indica ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (6) que la principal diferencia entre el privilegio y la hipoteca es «la eficacia de la hipoteca frente a los actos de enajenación o gravamen anteriores a la constitución de la misma, al respetarse el derecho del acreedor hipotecario frente a una adquisición anterior de un tercero, sin que este efecto se observe en los privilegios». Sin embargo, y disintiendo de este prestigioso autor, es de notar que aquel resultado es una simple consecuencia de la aplicación del artículo 32 del Decreto de 8 de febrero 1945, por el que se aprueba la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) conforme al cual: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». En efecto, el acreedor hipotecario adquiere su derecho real de quien aparece como dueño en el Registro y conforme al artículo 34 LH será respetado en su derecho. Por su parte, quien ostenta un privilegio sobre una cosa perteneciente a su deudor no lo inscribe, ni puede hacerlo, dado que no es un derecho

(6) *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Ed. Comares, Granada, 1995, págs. 138 y 139.

real, pero lo goza en la medida en que el bien afectado por el mismo siga perteneciendo a su deudor, de modo que si éste adquirió el objeto sobre el cual recae la preferencia y lo inscribió, aunque hubiera una adquisición anterior a la suya (art. 1.473 del CC), el privilegio existirá para el acreedor del adquirente de buena fe en la medida en que éste, su deudor, goce de la protección del artículo 34 LH, pero lo perderá si la adquisición del deudor cede ante otra anterior. Ello es así porque el privilegio no añade al crédito ordinario más que el derecho de preferencia sobre los bienes de un deudor común a varios acreedores.

A diferencia del privilegio, la hipoteca y la prenda no son simples derechos de crédito a los que la ley añade el derecho de preferencia para reforzar su seguridad, no se extinguen al salir del patrimonio del deudor, sino que por ser garantías reales el derecho de preferencia satisfactiva es consustancial a su naturaleza, también, cuando el objeto afectado pertenece a quien no es deudor. Además, los privilegios pueden ser generales y afectar a todos los bienes del deudor, mientras que los derechos reales sólo afectan a bienes concretos. El privilegio se otorga a ciertos acreedores en razón del interés social, equidad o necesidad de su crédito, mientras que la hipoteca y la prenda garantizan aquellos créditos cuyos titulares han sido más diligentes que los demás y han aprovechado las ventajas que, para todos, tiene pactar una garantía real. El privilegio tiene su límite en el poder de agresión sobre el patrimonio del deudor enunciado en el artículo 1.911 del CC conforme al cual: *«Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros»*, mientras que las garantías reales son, también, una excepción al enunciado principio al aumentar la garantía del acreedor mediante permitirle agredir un patrimonio distinto. Ambas instituciones tienen una finalidad de garantía que les es común, pero orígenes distintos y, lo que es más importante, funciones radicalmente diferentes. Así, los privilegios de distinto rango no concurren entre sí para el pago, sino que siguen el orden que les otorga la ley y que depende de la «calidad» del privilegio, pero concurriendo varios del mismo rango se les aplica la ley del dividendo. Las hipotecas, por el contrario, obtienen su rango de la antigüedad, de modo que la más antigua es preferida a la más moderna y no se produce jamás la concurrencia entre varias del mismo rango. La impropiedad terminológica no pasaría de la mera anécdota si no fuera por la posibilidad de que, al calificarse la prenda y la hipoteca de «privilegios» se acabe pensando que todos los créditos con privilegio especial son derechos reales o que todos los privilegios especiales tienen eficacia real. Como dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 29 de abril de 1988: *«la equiparación entre privilegios y derechos reales de garantía provocaría una desarmonía con los principios básicos de nuestro sistema hipotecario, cuales son los de publicidad y especialidad, que al consolidar la seguridad de las garantías reales han hecho posible el desarrollo del*

crédito y la mejora de sus condiciones, contribuyendo innegable y decisivamente al desarrollo de la economía nacional». Téngase en cuenta, además, que las hipotecas pueden ser privilegiadas, como ocurre cuando a ciertas hipotecas se une un privilegio con el resultado de derogarse la regla *prior tempore potior iure*, y cuyo ejemplo tenemos hoy, todavía, en la hipoteca del acreedor refaccionario anotado al amparo de lo dispuesto en el artículo 64 LH, que le confiere el derecho a ser pagado con anterioridad a otros acreedores hipotecarios más antiguos con el plus valor introducido por el refactor sobre la finca refaccionada.

La existencia de hipotecas que no precisan pactarse (hipotecas legales) y que históricamente han contribuido a reforzar los créditos de ciertas personas impedidas de exigir las suficientes garantías (pupilo, mujer casada), no resta valor a la distinción. Ello es así porque tales hipotecas precisan hoy inscribirse para quedar válidamente constituidas, a diferencia de los privilegios, que no precisan publicidad alguna, puesto que éstos no afectan a los bienes más allá del patrimonio del deudor, por lo que no perjudican a terceros adquirentes del mismo. Por el contrario, los derechos reales sólo tienen eficacia frente a terceros si se han publicado, precisamente porque es esencial a su naturaleza el ser oponibles *erga omnes*. Tan radicales diferencias entre privilegio y derecho real de garantía hacen que, aunque ambos sean causa de preferencia y otorguen, por tanto, a su titular el derecho de anteponerse a otros acreedores a la hora de cobrar, no todos los efectos del derecho de preferencia les sean comunes. Así, una de las consecuencias de ostentar un crédito privilegiado es la posibilidad de ejercitar la tercería de mejor derecho, paralizando la ejecución que un acreedor no privilegiado o con privilegio inferior lleve a cabo sobre los bienes del deudor común. La razón que lleva a un acreedor a actuar así no es otra que la de proteger su derecho impidiendo que los bienes (del deudor) afectados por su derecho de preferencia salgan de su patrimonio y hagan inútil el privilegio. Ahora bien, dado que los derechos reales de garantía permiten a su titular perseguir los bienes afectados, cualquiera que sea su poseedor o propietario, y seguir ejercitando sobre ellos no sólo el derecho de satisfacción, sino también el de preferencia, no tiene sentido que el acreedor hipotecario o pignoraticio ejercite la tercería de mejor derecho, dado que subastado el bien para pagar a otro acreedor, el tercero lo adquiere con la carga hipotecaria. Aún más, es, precisamente, la LC quien introduce una nueva diferencia entre privilegio e hipoteca, al permitir el artículo 56.4 que continúe la ejecución de la garantía hipotecaria, a pesar de haberse declarado el concurso, cuando el concursado no sea el deudor, sino un tercer adquirente de la finca hipotecada. Tampoco está de más recordar aquí que el privilegio es una garantía gratuita dispuesta por la ley para amparar a los más débiles, a los más necesitados o a quienes tienen méritos especiales mientras que, por el contrario, las garantías reales están al alcance de cualquiera que sea previsor y pueda pagarlas.

3. *La confusión entre privilegio y derecho real de garantía.* La LC, y éste es uno de los mayores reproches que cabe hacer a la nueva norma, utiliza incorrectamente el término privilegio, como se pone de manifiesto ya en la misma Exposición de Motivos, cuando en el apartado III dice: «*Naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial*». Esta confusión se mantiene a lo largo de todo el articulado, y de modo especial en el artículo 90 LC que, bajo el rótulo «*Créditos con privilegio especial*», se refiere a créditos hipotecarios, anticréticos y pignoratícios en los apartados 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º El Código Civil no incurrió en tal error, ya que al referirse a la clasificación de créditos en los artículos 1.922 y 1.923 (que seguirán por cierto vigentes también tras la entrada en vigor de la LC) alude siempre a «la preferencia» de que gozan los créditos que se enumeran con relación a determinados bienes del deudor, entre cuyos créditos coexisten los privilegiados con los derechos reales de garantía. Así, a pesar de que en el apartado 2 *in fine* del artículo 89 LC se dice que: «*No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley*», con lo que parece reconocerse que no todas las causas de preferencia son privilegios, pues de otro modo se trataría de un pleonismo, no parece que la distinción legal haga referencia al derecho real de garantía, sino a los créditos contra la masa que, pese a gozar del derecho de preferencia, la ley se resiste a llamar privilegiados, a pesar de serlo, como se verá más adelante.

En efecto, si analizamos los supuestos de créditos «*con privilegio especial*» recogidos en el primer apartado del artículo 90 LC, nos encontramos con que se otorga «privilegio» a todos los créditos hipotecarios, a los garantizados con prenda sin desplazamiento y a todos los créditos garantizados con anticresis. También reconoce «privilegio» a los créditos refaccionarios sobre los objetos refaccionados (art. 90.1.3.º), sin distinguir entre los créditos refaccionarios privilegiados y los que constituyen un derecho real de garantía. Ahora bien, como en el segundo apartado del mismo artículo 90 se exige, para que los créditos enumerados puedan ser clasificados con privilegio especial, que la respectiva garantía esté constituida «*con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores*», nos encontramos con que, aparte del privilegio de los créditos salariales refaccionarios, gozarán de preferencia los créditos refaccionarios anotados o inscritos del artículo 1923.3.º del CC que, como afirma MEZQUITA (7), son verdaderas hipotecas legales. Hay que incluir también la hipoteca legal y oculta de la comunidad de propietarios del artículo 9.e) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (en adelante, PH), que tiene

(7) *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 298 y sigs.

también naturaleza refaccionaria, dado que la LC exceptúa de inscripción a la hipoteca legal tácita. En efecto, como no hay en nuestro ordenamiento vigente hipotecas tácitas, sino que la hipoteca nace exclusivamente de la ley o del pacto expreso, no cabe duda de que la LC se refiere a la hipoteca legal oculta de la comunidad de propietarios por los gastos de conservación del piso o local, derecho que se ejercitará sobre el elemento privativo que recae sobre el mismo y que, por excepción, afecta a los sucesivos adquirentes a pesar de no estar inscrita. En cuanto a los créditos con garantía de valores que se recogen en el apartado 5.º como privilegiados, no son sino créditos pignoratícios, de modo que, probablemente, no era necesario distinguirlos de los del número 1.º, mientras que el número 6.º otorga preferencia a los créditos pignoratícios con desplazamiento de la posesión.

III. ¿UN *TERTIUMGENUS*? LA PREFERENCIA CONCEDIDA A LOS CRÉDITOS POR CUOTAS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO O PLAZOS DE COMPRAVENTA Y AL FINANCIADOR

Conforme a lo dispuesto en el artículo 90.1.4.º LC gozan de «privilegio» especial: *«Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago»*. En consecuencia, se clasifican como preferentes tres créditos distintos: primero, el crédito del arrendador financiero para el cobro de las cuotas periódicas a cargo del arrendatario, preferencia que se ejercitará sobre el valor del bien arrendado; segundo, el crédito del vendedor correspondiente al precio aplazado del objeto vendido, que se ejercitará, a su vez, sobre el referido objeto; y, tercero y último, el crédito del «financiador», caso de haberlo, de las anteriores operaciones. Se trata aquí de determinar cuáles sean los requisitos que la ley impone a los titulares de tales créditos para la obtención de esta preferencia, pero también de averiguar el alcance de la misma.

1. *El privilegio del arrendador financiero*. Una primera lectura del precepto causa una considerable dosis de perplejidad, pues carece de sentido que el arrendador financiero obtenga un privilegio sobre el bien arrendado, dada la obviedad de que no pierde el dominio hasta que se ha efectuado el pago completo de las cuotas del arrendamiento y ejercitado el derecho de opción de compra por el arrendatario mediante el pago del último plazo, además de que el arrendatario carece del poder de disposición sobre una cosa que es ajena. En estas condiciones, es evidente que el privilegio es imposible, sim-

plemente, porque la cosa sobre la cual se ejercita la preferencia no pertenece al deudor sino al mismo acreedor. La primera pregunta que, probablemente, cabe formularse, es la razón de que una ley que pretende podar privilegios haya querido introducir uno nuevo en favor, precisamente, de un acreedor (el arrendador financiero) que se eleja mucho de ser débil o estar necesitado de la protección extra que le haga merecedor de una garantía legal superior a los restantes acreedores (no debe olvidarse que el privilegio es «gratis»). Es cierto que el arrendador financiero mantiene, por razón de su crédito, una especial vinculación con la cosa sobre la cual recae la preferencia, pero tal relación no genera en el patrimonio del deudor un incremento que justifique el privilegio, dado que el arrendatario sólo puede adquirir la propiedad tras haber extinguido su deuda con el arrendador mediante el pago de todas las cuotas del arrendamiento y otra última correspondiente al ejercicio del derecho de opción de compra. Por esta razón, no parece que la inclusión de este privilegio se deba a presiones por parte de los grupos interesados, dado que no se entiende el interés que para éstos pueda tener gozar de un privilegio cuando tienen la propiedad. La razón debe, por tanto, ser otra. Así, cabe pensar que lo pretendido por el legislador fuera evitar que el impago provocara la consolidación definitiva del dominio en el arrendador financiero, lo que no parece desdeñable en el caso del «leasing» inmobiliario. Sin embargo, esta razón tampoco parece plausible, habida cuenta de que *«La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa»* (art. 61.2 LC) y el artículo 84.2.6.º LC contempla, entre los créditos contra la masa, *«los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso»*. En consecuencia, si el arrendamiento continúa vigente, y continuará siempre que a la administración concursal le interese la adquisición del objeto cedido en leasing, el arrendador cobrará con cargo a la masa. Si, por el contrario, la administración concursal (o el propio concursado) instara la resolución del contrato, el arrendador mantiene la propiedad y cobra las cuotas vencidas con posterioridad a la declaración del concurso con cargo a la masa, de modo que sólo es concursal el crédito del arrendador, tras la resolución del contrato, por las cuotas vencidas con anterioridad a la declaración del concurso (art. 62.4 LC).

Ahora bien, como el incumplimiento contractual anterior a la declaración del concurso no parece facultar para pedir la resolución una vez se haya declarado éste, sino sólo el pago como acreedor concursal, es posible que se tratara de proteger al arrendatario financiero que se encuentre en esta situación. Sin embargo, es de notar que, en tal caso, la resolución contractual no

opera la vuelta del dominio al arrendador, sino sólo el retorno de la posesión, de modo que el privilegio que dispone la LC para el arrendador financiero en el artículo 90.1.2.º es un despropósito completo, puesto que los privilegios recaen siempre y por definición sobre un patrimonio ajeno, el del deudor, por lo que es imposible ostentar un privilegio sobre una cosa propia del acreedor. El despropósito consiste, por tanto, en que para ostentar la preferencia dispuesta en el citado precepto, el arrendador financiero debería transmitir, previamente, la propiedad del objeto del leasing al arrendatario concursado. Sea como fuere, la LC dispone en el apartado 2 del mismo artículo 90 que: «*Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º 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 que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores*», lo que implica la necesidad de inscribir el contrato de leasing inmobiliario en el Registro de la Propiedad, inscripción que habitualmente se practica bajo la denominación de arrendamiento con opción de compra. Por cuanto se refiere al arrendamiento financiero mobiliario será precisa su inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, RVPBM). En efecto, en la citada ley, el vendedor a plazos puede elegir entre ejercitar la reserva de dominio o reclamar el precio, en este caso con privilegio y en esta misma línea, parece encontrarse la razón del equívoco. En efecto, ya bajola anterior LVBMP denunció BERCOVITZ (8) la precaria situación en que se encontraba el comprador a plazos con reserva de dominio si se producía la quiebra o concurso del vendedor, propugnando que se entendiera la reserva de dominio como una suerte de prenda sin desplazamiento, de modo que los acreedores del vendedor concursado no pudieran realizar el valor del objeto vendido a plazos si el comprador cumplía con su obligación de pago. Ahora bien, una cosa es que la reserva de dominio se contemple como una condición, que sólo opera si se incumple con la obligación de pago, y otra muy distinta pretender que es posible reservarse el dominio del objeto vendido y, además, cobrar con preferencia sobre su valor. Nótese, a estos efectos, que ninguna preferencia otorga la LC al arrendatario financiero, caso de que el concursado sea el arrendador, porque al no afectar el concurso a la continuidad del contrato, las cuotas se integrarán en la masa activa, pero no el objeto arrendado mientras el arrendatario cumpla su parte en el contrato.

2. *El privilegio del vendedor a plazos.* El referido artículo 90.1.4.º LC establece también un privilegio en favor del vendedor para el cobro del precio aplazado adeudado. Parece absolutamente justo que un sistema que consagra

(8) «Comentario a la STS de 11 de julio de 1983», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 3, septiembre-diciembre 1983, pág. 876.

la consumación de la compraventa y, por tanto, la transmisión de la propiedad del objeto vendido al comprador, por la entrega y sin necesidad de pagar el precio, reconozca en favor del vendedor un privilegio especial sobre el valor de la cosa vendida. Es más, al indicarse expresamente que se confiere tanto al vendedor de cosa mueble como al de inmueble, se deshace un error histórico que privó de privilegio al vendedor de inmueble, aunque el artículo 1922.1.º del CC lo haya seguido manteniendo para el vendedor de mueble.

El derecho histórico español reconoció siempre unas especiales garantías al vendedor. Así, el vendedor que no hubiera aplazado el pago no perdía el dominio de la cosa, aunque la entregara, hasta que se le pagara el precio por completo, pero tal reserva de dominio operaba, en la práctica, a modo de condición resolutoria, de modo que el vendedor podía elegir reclamar sólo el precio, pero con la preferencia que le otorgaba ser titular de una hipoteca legal que sólo se perdió tras la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero 1861. Como es sabido, la finalidad de nuestra primera Ley Hipotecaria era aumentar la seguridad del tráfico jurídico y fomentar el crédito territorial, dando plena seguridad a los adquirentes de derechos reales inmobiliarios, compradores y financiadores, y para tal menester era necesario acabar con las hipotecas generales que afectaban a todos los bienes, incluso futuros, del deudor, y también con las hipotecas ocultas (dispensadas de inscripción). Dado que todas las hipotecas legales eran, hasta entonces, ocultas, se acomete la labor de eliminar cuantas no sean absolutamente necesarias para la defensa de los intereses que se consideran más débiles, además de imponer la obligatoriedad de la inscripción de toda hipoteca, ya sea legal o convencional. Tal es la razón de que el artículo 353 dispusiera la posibilidad de que los vendedores, que gozaban de una hipoteca legal que la Ley Hipotecaria elimina al no recogerla entre las subsistentes, pudieran exigir su inscripción, respetando así los derechos adquiridos con anterioridad. Al efecto, el artículo 347 establecía que: *«Los que a la publicación de esta Ley tengan a su favor alguna hipoteca legal de las no exceptuadas en el artículo 354, podrán exigir en el término de un año, que la persona obligada por dicha hipoteca constituya e inscriba en su lugar una especial suficiente para responder del importe de la obligación asegurada por la primera»*. Por su parte, el artículo 353.9.º reconoce el derecho a exigir la inscripción de una hipoteca legal: *«En favor de los vendedores sobre la cosa vendida por el precio de la misma cuyo pago no haya sido aplazado»*. El vendedor a plazos, por su parte, no estaba desasistido, puesto que si pactaba hipoteca ésta era privilegiada (se antepone a las demás, incluso más antiguas) y, en todo caso, podía ejercitar la automática resolución de la venta con efectos frente a terceros, incluso no habiendo pactado condición resolutoria expresa, siendo ésta la razón de que se impusiera la obligatoriedad de hacer constar el aplazamiento de pago en la inscripción registral. De este modo, conforme a lo dispuesto en el artículo 10

de la citada LH: «En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará mención del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago», y el artículo 11 volvía a exigir que «Si la inscripción fuere de traslación de dominio, expresará si ésta se ha verificado pagando al contado o a plazo: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio o parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago».

2.1. Requisitos legales para ostentar el privilegio del vendedor. Justificado, no sólo históricamente sino también por la cualidad del crédito, el privilegio establecido por la LC a favor del vendedor, resta todavía analizar cuáles sean los requisitos que se le imponen para gozar de dicha preferencia. Las consideraciones que se realicen serán aplicables al arrendador financiero que haya transmitido la propiedad del objeto al arrendatario, dado que, en otro caso, tal como vimos en líneas anteriores, es imposible que ostente privilegio. La perplejidad producida por la redacción de la primera parte de este artículo 90 LC se acrecienta con la segunda parte de la norma, en la que extiende el privilegio del arrendador y del vendedor a los financiadores «sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago». Lo primero que cabe plantearse es si la exigencia de pactar reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria se refiere sólo al financiador, o debe entenderse que se aplica también al arrendador financiero y al vendedor. El segundo interrogante es más complejo, porque cuestiona la posibilidad de pactar la reserva de dominio y la prohibición de disponer en un arrendamiento cuando, por definición, por este contrato no se transmite el dominio y sólo el dueño goza del poder de disposición sobre una cosa. Puede pensarse que el legislador ha cometido una errata y que quería decir «vendidos» y no «arrendados», de modo que la obligación de pactar estas garantías se refiera únicamente al vendedor, pero esta interpretación también plantea problemas, porque el vendedor de inmueble difícilmente podrá pactar una prohibición de disponer e inscribirla en el Registro de la Propiedad, habida cuenta de que conforme a lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la LH no tienen acceso al Registro las prohibiciones de disponer establecidas en contratos onerosos. Es posible que, simplemente, se quisiera decir «bienes arrendados o vendidos» y que las discordancias apuntadas se deban a un intento de enumerar supuestos de garantía que no deben ser aplicados a todos los casos. Sea como fuere, lo que es seguro es que no puede referirse sólo al arrendamiento financiero, por la razón de que, en tal caso, el financiador es el propio arrendador. En efecto, dado que se trata de que los financiadores obtengan igual privilegio que los arrendadores y vendedores sobre los bienes objeto del contrato, es evidente que la norma no puede referirse a los bienes arrendados, pues el arrendador financiero ya ostenta el privilegio (siquiera sea imposible en la

práctica por las razones anteriormente expuestas). La interpretación, en consecuencia, debe ser que la preferencia se ejercita únicamente, como corresponde a ser el privilegio especial, sobre los bienes arrendados «o vendidos», y que falta una coma y añadir «siempre que se hubiere garantizado la compraventa» antes del final de la oración «*con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago*». Es decir, que, en definitiva, el precepto debió decir: «Son créditos con privilegio especial: 4.º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos, siempre que se hubiere garantizado la compraventa con reserva de dominio, prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago».

En cuanto a la prohibición de disponer como garantía en la compraventa, por la imposibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad, se aplicará sólo en las ventas de muebles a plazos, cuya ley, por cierto, parece darnos la pista del origen del error. En efecto, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, LVPBM) dispone en su artículo 7 el contenido mínimo del contrato, imponiendo que consten las circunstancias siguientes: «10. La cláusula de reserva de dominio, si así se pactara, así como el derecho de cesión de la misma o cualquier otra garantía de las previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico. 11. La prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del financiador». Pues bien, dada la similar finalidad económica perseguida con la venta a plazos y el arrendamiento financiero, y dado también que en la Disposición Adicional primera de la misma LVPBM se regulan ciertos aspectos del contrato de arrendamiento financiero, parece posible que el propio legislador cayera en el error de no diferenciar suficientemente aquellos contratos entre sí.

Si tal como se viene afirmando en este trabajo, carece de sentido dotar de un privilegio especial al arrendador financiero, dado que se ejercita la preferencia sobre los bienes arrendados y éstos pertenecen al mismo titular del crédito, también parece absurdo que se exija al vendedor la reserva de dominio como garantía para el ejercicio de la tan traída preferencia. Así, el requisito de pactar reserva de dominio no puede imponerse en modo alguno al vendedor, porque en tal caso pierde el privilegio al ser propietario. La exigencia de pactar reserva de dominio sólo tiene algún sentido en el caso de que un tercero financie la compraventa, de modo que, ya pagado el vendedor se subroge el prestamista en sus acciones. De otro lado, la posibilidad de pactar prohibición de disponer como presupuesto para la obtención del privilegio por el vendedor queda reducida a las venta a plazos de bienes muebles, dado

que no son inscribibles las ventas de inmuebles con tal limitación (arts. 26 y 27 LH). En consecuencia, el elenco de garantías de que puede disponer el vendedor a plazos de un inmueble, si desea gozar de privilegio, queda reducido a uno sólo: la condición resolutoria. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo 90.2 LC, es también necesario que tal garantía haya sido «*constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros*», de modo que deberá pactarse expresamente en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, tal como exige la vigente Ley Hipotecaria en su artículo 11.

Sin embargo, todavía cabe otra interpretación del precepto, pudiéndose entender que el requisito de pactar garantías para la compraventa se impone, sólo, para que el financiador de la venta pueda ostentar el mismo privilegio que el vendedor, pero no para la calificación del crédito del vendedor como privilegiado. Nótese que el artículo 7.11 de la propia LVPBM exige el pacto expreso de la prohibición de enajenar en el contrato como requisito para la aplicación de los beneficios de la ley al contrato de venta de bienes muebles a plazos, por lo que no es necesario reiterar en el artículo 90.1.4.º tal exigencia, al remitirse a ella el mismo artículo 90.2 LC. La última postura interpretativa, si bien no permite conciliar completamente el precepto con la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero y la concesión de un privilegio al arrendador, sí evita la doble incongruencia de exigir reserva de dominio al que ya lo tiene (el arrendador), o a quien de pactarlo le supone perder el privilegio (el vendedor). De aceptarse que los requisitos impuestos *in fin* por el precepto se aplican sólo al financiador, el vendedor de inmueble cumpliría con los requisitos de publicidad al constar en la inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 LH, la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago, sin que sea óbice lo establecido en el artículo 11 LH cuando afirma que: «*la expresión del aplazamiento de pago, conforme a lo establecido en el artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita*». En efecto, una cosa es que para ejercitar la acción resolutoria con efectos frente a terceros sea necesario pacto expreso e inscripción de la condición resolutoria en el Registro de la Propiedad, y otra, muy distinta, que el aplazamiento de pago que consta en el Registro pueda ser ignorado por el acreedor a quien se pretende oponer un simple privilegio pues, en este caso, el vendedor no reclamará que retorne a su patrimonio el dominio de un bien que ha adquirido un tercero a su deudor, sino simplemente, el pago preferente. En efecto, las consecuencias del privilegio se reducen a que se le pague con preferencia respecto de otros acreedores de su comprador, con el valor del inmueble vendido, teniendo en cuenta que su derecho de crédito consta inscrito en el Registro de la Propiedad por imperativo del artículo 10 LH. Otra cosa sería pretender que, como consecuencia de constar inscrita la condición resolutoria o la reserva de domi-

nio pueda el vendedor ejercitar su preferencia crediticia frente a terceros, lo que dotaría al crédito de eficacia real y sólo podría acontecer con las mismas garantías y publicidad que exige la LC al financiador. Desde esta perspectiva, el vendedor a plazos que no hubiera instado la resolución por incumplimiento con anterioridad a la declaración del concurso gozaría de un crédito con privilegio especial para el cobro con cargo al valor del objeto vendido, pero, además, este crédito tendría eficacia real y, por tanto, podría ejercitarse frente a terceros adquirentes de la finca vendida con condición resolutoria inscrita, de modo que dejaría de ser un simple privilegio y se acercaría mucho a una verdadera garantía real.

2.2. La preferencia del financiador. Si, como afirma el artículo 90 LC, el financiador de la compraventa a plazos goza de un privilegio especial sobre los bienes vendidos (no sobre los arrendados, ya que en el contrato de leasing arrendador y financiador son la misma persona), es preciso averiguar la naturaleza de tal preferencia, que la ley califica de privilegio y condiciona a que el vendedor pactara condición resolutoria, se reservara el dominio o impusiera al comprador prohibición de enajenar. Otra vez cabe reprochar a la nueva ley la falta de técnica en este punto. En efecto, salvo el caso del prestamista para la compra de un bien mueble, que tendrá privilegio si vendedor y comprador pactaron la prohibición de disponer, en los demás supuestos que la ley contempla no cabe hablar propiamente de privilegio, por la razón ya repetida de que el privilegio sólo puede ejercitarse sobre bienes del deudor, y es evidente que si el vendedor pactó reserva de dominio es él, y no el deudor, quien ostenta la propiedad del objeto vendido sobre el cual recaería la preferencia, de forma que no quedaría dentro del patrimonio del comprador concursado. En tales condiciones, si el objeto vendido tiene algún valor, lo que interesa a la administración concursal es mantener la vigencia del contrato y, en tal caso, no hay lugar para privilegio especial dado que el financiador cobrará con cargo a la masa. Distinto es el caso si se pactó condición resolutoria, dado que en tanto no se ejercite la propiedad continuará siendo del comprador concursado y, que según parece deducirse del artículo 62.1 LC, tras la declaración de concurso, no puede instarse la resolución por incumplimiento anterior a tal declaración salvo en los contratos de tracto sucesivo.

Lo que sí es posible y razonable es que el prestamista financiador se subrogue en las acciones que competen al vendedor, ya que su mera existencia evidencia que el crédito de este último ha sido satisfecho por un tercero y que, por tanto, no se ha extinguido sino que, simplemente, se ha producido una novación modificativa en la persona del acreedor, adquiriendo el financiador el crédito con todos sus accesorios, incluso el privilegio. Ahora bien, ¿por qué se hace depender la existencia del privilegio del pacto de resolución en garantía del precio, prohibición de disponer o reserva de dominio? De un lado, no cabe entender que el financiador se subroga también en tales dere-

chos, puesto que ni la condición resolutoria es un derecho real o un accesorio del crédito que pueda transmitirse con el mismo, ni se puede transmitir el dominio mediante la simple cesión de la reserva realizada por el vendedor. Lo que, probablemente, pretende la norma es hacer depender el privilegio de la existencia de cualquiera de las garantías referidas con la idea de impedir la transmisión del objeto sobre el cual recae la preferencia, a un tercero de buena fe, vinculando así el privilegio a la efectiva constitución de aquellas garantías, de modo que la publicidad registral garantice el ejercicio del derecho de preferencia frente a terceros. En definitiva, que si el comprador vende a un tercero, habiéndose pactado prohibición de enajenar, condición resolutoria o reserva de dominio, podrá ejercitar el financiador las acciones del vendedor por efecto de la subrogación, pero también su derecho de preferencia contra cualquier adquirente del objeto financiado. De este modo, se vendría a configurar una nueva causa de preferencia, distinta del privilegio y de la hipoteca, mediante vincular el derecho de preferencia a la existencia de unos pactos que, sin constituir derechos reales de garantía, ni tampoco verdaderos derechos reales, aparecerían como un *tertium genus* al ser innegable que cumplen una función de garantía de tipo fiduciario y que, debido a la publicidad registral, gozan de eficacia frente a terceros. Parece confirmar la naturaleza híbrida de esta garantía lo dispuesto en el artículo 155.3 LC para el pago de los créditos con privilegio especial, por cuanto afirma que: «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», de modo que no se sigue la regla propia de los privilegios, que es el pago por razón de la calidad de su crédito, sino la específica de las hipotecas, *prior tempore potior iure*, que dota de preferencia a la más antigua. Sea como fuere, para que el financiador de la compraventa a plazos pueda obtener el privilegio que le concede el artículo 90.1.4.º LC es preciso que el contrato objeto de inscripción, la compraventa, refleje no sólo el pacto de alguna de las garantías descritas en el citado precepto, sino también el préstamo concertado con todos los datos necesarios para su oponibilidad a terceros.

En conclusión, parece que puede reproducirse en nuestro sistema la polémica habida en otros países de nuestro entorno, sobre la naturaleza personal o real de ciertos privilegios especiales. En Francia, la mejor doctrina clásica en la materia, encarnada por TROPLONG (9) y POPLAWSKI (10), ha de-

(9) *Des privilèges et hypothèques*, T. I, Melines, Cans et Compagnie, Bruselas, 1844-1848, pág. 64.

(10) *La notion de privilège en droit romain et en droit civil française*, Burdeos, 1913, pág. 24.

fendido la eficacia real de los privilegios especiales, e incluso de otros privilegios, postura propiciada por la dicción del artículo 2.095 del Code al establecer que la preferencia derivada del privilegio se ejercita, incluso, frente a los acreedores hipotecarios (*«le privilège est un droit que la qualité de la créance donne á un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires»*). Nótese, cómo los privilegios especiales de la ley concursal se gradúan conforme a su antigüedad, rompiendo la vieja regla conforme a la cual las hipotecas son preferidas a los privilegios. También en Italia se produjo la polémica en torno a si los privilegios son o no auténticos derechos reales, decantándose la mayoría de la doctrina, de la que son exponente GERMANI (11), RUISSI (12), GAETANO (13) y CHIRONI (14), a favor de considerar simple cualidad del crédito a los privilegios generales y auténticos derechos reales a los privilegios especiales, mientras que RUGGIERO (15) mantiene que los privilegios, aunque sean especiales, no van más allá de una afección puramente personal. Sea como fuere, la obligatoriedad de inscribir las garantías impuestas por el apartado 2 del artículo 90 LC parece apuntar a la afección real. Téngase en cuenta al efecto que, en los países a los que se ha hecho referencia, los privilegios especiales sobre inmuebles se inscriben en el Registro de la Propiedad.

IV. LA CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS EN LA LEY CONCURSAL Y SU PRELACIÓN

La LC titula la sección 3.^a del capítulo III del título IV *«De la clasificación de los créditos»* y ordena, en el artículo 89.1 que *«Los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados»*. Parecería, por tanto, que no hay más créditos privilegiados que aquellos calificados como tales por la ley en los artículos 90 (créditos con privilegio especial) y 91 (créditos con privilegio general), dada la dicción del último apartado del artículo 89, al afirmar que: *«Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados»*. Ahora bien, el propio artículo 90.2 LC, al negar cualquier tipo de *«privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley»* nos pone sobre

(11) «Sulla natura giuridica dei privilegi», en *Rivista di Diritto Agrario*, núm. 4, ottobre-dicembre, 1934, pág. 577.

(12) *1 privilegi*, UTET, Turín, 1980, págs. 20 a 25.

(13) *Privilegi*, Nuovo Digesto Italiano, Turín, 1940, págs. 508 a 511.

(14) *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Bocea editori Milán-Turín-Roma, 1917, págs. 140 y sigs.

(15) *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, Reus, Madrid, 1994.

la pista de que hay, a lo largo del articulado, otras preferencias que no se han calificado de privilegios, y que encontramos en el artículo 84-2 LC cuando, al enumerar los créditos contra la masa, ordena que sean satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154.1 LC, el cual, a su vez, ordena que los créditos contra la masa se pagarán antes de proceder a la satisfacción de los créditos concursales. Aquellos créditos, que no forman parte de la masa pasiva, reciben un trato absolutamente preferencial por lo que, aunque no se les califique de privilegiados, podríamos decir que constituyen verdaderos superprivilegios, ya que se anteponen a todos los créditos concursales, incluso a los privilegiados, si bien para su pago se realizarán únicamente bienes no afectos a privilegio especial (art. 154.3 LC). Tras los créditos contra la masa vienen, en orden jerárquico, los calificados en los artículos 90 y 91 LC como privilegiados, aunque la preferencia de los créditos sobre la masa únicamente afecta, por lo que supone de reducción patrimonial, a los créditos con privilegio general, a los ordinarios y a los postergados. En pos de los privilegiados siguen los que se califican de ordinarios. Ahora bien, dado que tras los créditos ordinarios aparece una nueva clase de acreedores, los postergados, que el artículo 92 LC denomina «créditos subordinados», que sólo cobrarán con cargo a lo que quede, si queda, tras pagar a todos los anteriores, puede afirmarse que también los créditos ordinarios son privilegiados, puesto que gozan del derecho de preferencia respecto de los subordinados.

1. *Los superprivilegios.* Confirma cuanto se afirmaba líneas arriba en torno a la calificación como privilegiados de los créditos contra la masa, lo dispuesto en el artículo 154.1 LC al ordenar que, antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deduzca de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta. Es, precisamente, esta cualidad de anteponerse para el cobro a cualquier otro crédito, lo que los convierte en privilegiados. No obstante, y a pesar de que se les haya bautizado en este escrito como «superprivilegiados» hay que realizar ciertas matizaciones. De un lado, y aunque la propia ley les concede más beneficios, como el de ser satisfechos a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso (art. 154.2 LC) no son privilegios por tal razón sino, exclusivamente, por gozar del derecho de preferencia sin afectar bienes concretos del deudor y sin gozar del poder de persecución sobre los mismos. En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 154.3: «*Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial*» o, lo que es lo mismo, se ejercita la preferencia para el cobro, en general, sobre todos los bienes del deudor, dejando a salvo los bienes concretos afectos a privilegio especial o garantía real. El de los créditos contra la masa es, por tanto, un superprivilegio relativo, dado que se antepone a cualquier otro privilegio general, pero no a los créditos con preferencia especial

sobre ciertos bienes, sean créditos hipotecarios, pignoratícios, simples privilegios o ese *tertium genus* al que se hace referencia líneas arriba. Con esta disposición se consagra la regla conforme a la cual los créditos con preferencia especial sobre ciertos bienes se anteponen siempre a los que gozan de privilegio general, cuya única excepción en nuestro ordenamiento, es el privilegio salarial del artículo 32.1 ET. Cabe señalar, al respecto, que aún cuando se mantiene la vigencia de dicho precepto, a partir de la entrada en vigor de la LC, la regla últimamente expresada dejará de tener excepciones, dado que en la ejecución singular el acreedor hipotecario no goza de preferencia, al no serle útil la tercería de mejor derecho y consagrarse esta preferencia salarial como un crédito contra la masa.

Por cuanto se refiere a la prelación de los créditos no concursales entre sí, caso de resultar insuficientes las deducciones realizadas de la masa activa para el pago de los créditos no concursales, dispone el artículo 54.3 LC que: «*lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos*», de modo que la regla de *lapar conditio creditorum* torna a sufrir una excepción al no aplicarse la ley del dividendo, puesto que los acreedores cuyos créditos venzan antes serán pagados con prioridad a los de vencimiento posterior. Nótese cómo la vieja regla del artículo 1.924 del CC (derogada por la LC) conforme a la cual los créditos obrantes en documento público gozan de preferencia entre sí conforme a su antigüedad, de modo que el más antiguo se antepone al más moderno, ha sido sustituida por la regla de la prioridad en el vencimiento (16). Cabe preguntarse si, en la hipótesis de que varios créditos contra la masa venzan, al mismo tiempo debe acudir al reparto proporcional, como parecería lo sensato. Aunque tampoco se indica, parece que agotado el patrimonio del concursado que no esté afecto a preferencia singular, y existiendo sobrante tras el pago de los créditos con privilegio especial, dicho sobrante quedará afecto al pago de los créditos contra la masa antes de proceder al pago de los créditos con privilegio general. De cualquier modo, el orden de enumeración de los créditos contra la masa que se contiene en el artículo 84.2 LC no hace referencia a la prelación.

Conforme a lo dispuesto en el último precepto citado, son créditos contra la masa, o, como aquí se ha dado en llamarlos, superprivilegiados, los siguientes:

1.1. Los créditos por salarios de los últimos treinta días, anteriores a la declaración del concurso, y siempre que su cuantía no supere el doble del salario mínimo interprofesional. Como se ve, se corresponden con los del

(16) Ver la crítica de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ a esta supresión en *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Granada, 2004, págs. 268 a 270.

artículo 32.1 ET, si bien el privilegio pierde cierta potencia puesto que ya no goza de la preferencia que ostentaba sobre los créditos hipotecarios, al realizarse a costa del valor de los bienes no afectos a privilegio especial, a prenda o a hipoteca.

1.2. Los créditos por costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y declaración de concurso, así como los ocasionados por la asistencia y representación del deudor, que vienen recogidos en el artículo 84.2.º y 3.º LC, y que se acomodan, a grandes rasgos, a los recogidos en el artículo 1924.2.º-A del CC como «*gastos de justicia y de administración del concurso*».

1.3. Los créditos por alimentos del deudor y de las personas a quienes éste estuviera legalmente obligado a prestarlos, tal como se recoge en el artículo 84.4 LC, que vienen a coincidir con el privilegio general otorgado en el artículo 1924.2.º F y G, de modo que estos créditos ganan en rango.

1.4. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso, tal como aparece tipificado en el artículo 84.5.º LC. Este privilegio parece muy conveniente en cuanto permita la continuidad de la empresa del concursado. Se incluyen los créditos salariales del artículo 32.3 ET, abarcando también a las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo. Con parecido sentido, los créditos correspondientes a obligaciones contraídas por la administración concursal o por el concursado autorizado y sometido a intervención (art. 84.9 LC).

1.5. Los que deriven de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el concursado, que continúen en vigor tras la declaración de concurso, tal como se describen en el artículo 84.6.º LC. Es de resaltar que no pierde su vigencia el contrato por el mero hecho de haberse declarado el concurso, sino que las obligaciones pendientes a cargo del concursado se realizarán con cargo a la masa (arts. 61.1 y 2 LC). No obstante, la administración concursal o el propio concursado podrán solicitar la resolución en interés del concurso y, en tal caso, sólo serán pagadas con cargo a la masa las obligaciones vencidas con posterioridad a la declaración del concurso (art. 62.4 LC).

1.6. Los créditos de los acreedores con preferencia singular que el artículo 90 LC califica de especialmente privilegiados cuando se pagaren sin enajenar los bienes especialmente afectos, y los demás previstos en el artículo 84.7.º LC.

1.7. Los créditos correspondientes a la devolución de contraprestaciones recibidas por el deudor como consecuencia de la rescisión concursal de actos realizados por éste (art. 84.8.º LC).

1.8. Los créditos derivados de obligaciones legales. Cabe resaltar que, por cuanto se refiere a los alimentos legales, la obligación de prestar alimentos impuesta al concursado en un procedimiento judicial de capacidad, filia-

ción, matrimonial o menores, sólo se satisfará con cargo a la masa activa, tal como establece el artículo 47.2 y 3 LC, si los alimentistas «*no pudieran percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos*» y previa autorización del juez del concurso que resolverá sobre su procedencia y cuantía. De otro lado, no deben contarse entre ellas las derivadas del pago de impuestos y contribuciones a la Seguridad Social, por cuanto vienen garantizadas con privilegio general en el artículo 91.2.º y 4.º

Gozan de idéntica preferencia los derivados de la responsabilidad civil extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso. Resulta difícil comprender la razón de que el crédito correspondiente a la indemnización de un daño causado por el concursado sea *superprivilegiado* si el daño se produce después de la declaración del concurso y sólo ostente privilegio general si se produce antes de tal declaración (art. 84.10.º LC) (17). Este privilegio es, también, de nueva acuñación, sin que tuviera parangón en la legislación anterior.

1.9. Finalmente, se deja la puerta abierta en el artículo 84.11.º LC a «*Cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración*». Entre ellas, cabe reseñar la preferencia establecida en el artículo 34.1 LC al disponer que: «*Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa*», así como la que corresponde al acreedor que haya ejercitado, en interés de la masa, la acción de responsabilidad por daños y perjuicios contra los administradores concursales, preferencia que se ostentará sobre el valor de la indemnización recibida para el reembolso de los gastos necesarios soportados por el titular del privilegio.

2. *Créditos con preferencia sobre determinados bienes del deudor.* Son los que el artículo 90 LC denomina, incorrectamente, «*Créditos con privilegio especial*» y que gozan de la máxima prelación entre los créditos concursales, aunque conforme a lo dispuesto en el artículo 155.2 LC, la administración concursal podrá optar por atender a su pago con cargo a la masa, sin realización de los bienes o derechos afectos. La preferencia se ejercita única y exclusivamente sobre el objeto afectado por la misma, de modo que si no resultare satisfecho por completo el pago, el acreedor concurrirá por el resto con los ordinarios. Si concurrieren varios créditos para ser pagados con cargo a un mismo bien, se aplicará la regla *prior tempore potior iure*, propia de los créditos hipotecarios, de modo que los más antiguos cobrarán cuanto se les deba, excluyendo a los posteriores que cobrarán con cargo a lo que quede, si queda, y así sucesivamente. Ahora bien, téngase en cuenta que no todos los créditos con preferencia singular son hipotecarios, cuya antigüedad

(17) En idéntico sentido opina ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ en *El Registro de la Propiedad...*, cit., Granada, 2004, pág. 237.

viene determinada sin posibilidad de error por la inscripción registral constitutiva. En efecto, de un lado, nos encontramos con los créditos salariales refaccionarios del artículo 32.2 ET que se ven ahora recogidos en el artículo 90.3.º LC y que, como es obvio, ni siquiera constan por escrito, por lo que caso de concurrir con otros créditos privilegiados, les será difícil probar su prioridad. De otro, surge el problema de determinar cuál sea la fecha por la que se mida la prioridad de los créditos reseñados en el artículo 90.4 LC, que establece un privilegio a favor de los arrendadores financieros, vendedores a plazos y, en su caso, del prestamista o financiador. En efecto, estos créditos se originan como consecuencia de un simple contrato y el hecho de que se exijan ciertas garantías (condición resolutoria, prohibición de disponer) no los convierte en derechos reales. La inscripción registral no es requisito constitutivo de tales garantías, sino mero presupuesto de su oponibilidad a terceros y de su derecho de preferencia, por lo que cabe preguntarse si debe prevalecer la fecha de otorgamiento del contrato, o la de su inscripción. Sin embargo, parece necesario para mantener la seguridad en el tráfico, que la fecha a tener en cuenta sea la de la inscripción registral, evitando así, por ejemplo, que un crédito hipotecario pueda verse pospuesto a un crédito privilegiado anterior, pero inscrito con posterioridad.

Como novedad reseñable respecto de la legislación anterior, cabe indicar que la garantía hipotecaria, como cualquier otra causa de preferencia, desaparecerá si se produce alguna de las causas de postergación que califican a un crédito de subordinado, conforme a lo dispuesto en los artículos 92.5.º y 93 LC, por estar el acreedor especialmente relacionado con el deudor.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 90 LC, gozan de preferencia singular:

2.1. Los créditos hipotecarios. Se refiere la norma tanto a la hipoteca inmobiliaria como a la mobiliaria (art. 90.1.1.º LC), ya sea convencional o legal, incluida la hipoteca legal oculta de la comunidad de propietarios por los gastos de conservación del inmueble del artículo 9 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (en adelante, LPH) y el crédito refaccionario anotado o inscrito.

2.2. Los créditos pignoraticios. Gozan de preferencia los créditos garantizados con prenda sin desplazamiento (art. 90.1.1.º LC), los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta (art. 90.1.5.º LC) y, por supuesto, los créditos garantizados con prenda con desplazamiento de la posesión (art. 90.1.5.º LC). Cabe resaltar que, a efectos de la prelación de estos créditos, si llegan a concurrir con otros créditos con preferencia singular sobre el mismo bien, los que basan su garantía en valores representados mediante anotaciones en cuenta carecen de un título con fecha fehaciente, mientras que sí gozan de éste los que se garanticen con prenda con o sin desplazamiento de posesión. Gozan también de preferencia singular los créditos garan-

tizados con anticresis (art. 90.1.3 LC), especie de prenda en la que el acreedor recibe los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses del crédito garantizado y, después, al capital.

2.3. El crédito del vendedor a plazos, y el del financiador en su caso, con las garantías descritas en el artículo 90.1.4.º LC, y el del arrendador financiero, caso de que haya transmitido la propiedad. (Acúdase al epígrafe III de este comentario para evitar reiteraciones.)

2.4. Los créditos refaccionarios (art. 90.1.3.º LC) «sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado». Carece nuestro Derecho positivo de una definición de crédito refaccionario y, aunque olvidado por la doctrina durante muchos años, últimamente este tema ha recobrado cierto interés. En la actualidad, la jurisprudencia acepta sin fisuras la definición de DE ÁNGEL (18), conforme a la cual «es refaccionario todo crédito nacido de cualquier forma contractual que directamente haya contribuido a la producción del resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble». De esta definición se sigue que es refaccionario el crédito del constructor y, en general, de los partícipes en una obra inmobiliaria, desde el arquitecto al peón albañil. Basándose en la causa misma del privilegio, que se justifica porque el acreedor refaccionario introduce en el patrimonio del deudor un bien con el que aumenta el valor de aquel, MEZQUITA (19) mantiene que es refaccionario «todo crédito que se haya generado como consecuencia del adelanto de una prestación, con la consecuencia de haber incrementado el patrimonio del deudor en una cosa concreta o de la realización de una labor de construcción de mejora útil en cosa ajena». Según esta última postura, el crédito refaccionario puede nacer tanto de una labor de conservación, reparación o construcción de una cosa del deudor, como de la venta de un objeto sin percibir el correspondiente precio, siendo irrelevante, al efecto, la naturaleza mueble o inmueble del objeto. La postura de la jurisprudencia en este tema se resume en un par de sentencias, relativamente recientes. La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), de 21 de mayo de 1987 [Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (en adelante, RJ) 1987/4432] afirma que «el crédito refaccionario no nace sólo del contrato de préstamo, sino también de toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario». Con el privilegio refaccionario no sólo se protege al que presta dinero para la construcción de una obra, sino a cualquier financiador de la cons-

(18) *Los créditos derivados del contrato de obra*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 201.

(19) *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 273 y sigs. Ver también, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El Registro de la Propiedad...*, cit., Granada, 2004, págs. 189 a 213.

trucción, por que «*el que adelanta su prestación concede crédito*», continúa afirmando la STS citada al decir que «*un contrato de obra con suministro de materiales, que se va pagando mediante certificaciones mensuales de lo realizado, abonándose entonces un 50 por 100 mediante la entrega de letras a 90 días implica, al menos durante ese plazo, la concesión de crédito*». Cabe también reseñar la STS de 26 de febrero de 1966 (RJ 1966/856), en la que se reconoce la cualidad refaccionaria de un crédito causado por el impago del material eléctrico vendido y empleado en una edificación.

Ahora bien, para que el crédito refaccionario obtenga el privilegio especial la LC exige (art. 90.2) que «*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*». En consecuencia, todos los créditos refaccionarios no anotados al amparo de lo dispuesto en el artículo 42-8.º LH pierden, en el concurso, el privilegio de que gozaban conforme al artículo 1.923-5.º del CC, mientras que se mantiene, únicamente, el privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2 ET que permite a los obreros cobrar con preferencia con el valor de los objetos fabricados para el empresario concursado, siempre que aún sean propiedad de éste o se encuentren bajo su posesión. De este modo, el constructor, refactor, prestamista para una obra, y cualesquiera otros acreedores refaccionarios que pretendan obtener el privilegio deben acudir, necesariamente, a la anotación del crédito que, como dispone el artículo 59 LH, puede realizarse sin necesidad de otorgar documento público y sin el consentimiento del deudor, dado que tal anotación preventiva constituye una verdadera hipoteca legal.

Por cuanto se refiere a los créditos refaccionarios mobiliarios del artesano constructor, reparador o conservador, protegidos hasta ahora en el artículo 1.922-1.º del CC, parece que deben desaparecer, salvo que se entienda que la posesión de tales bienes por el acreedor es suficiente para su oponibilidad a terceros.

3. *Privilegios generales.* Los créditos con privilegio general recaen sobre todos los bienes del deudor, sean muebles o inmuebles, y gozan de preferencia sobre los créditos ordinarios y los subordinados. Podríamos decir que ocupan el tercer escalón en el podium de la jerarquía de preferencias, ya que antes de proceder a su pago deben satisfacerse los créditos contra la masa o superprivilegiados, y a los créditos con preferencia singular, de modo que ejercitarán su privilegio sobre los bienes no afectos a prenda, hipoteca o privilegio especial y sobre el remanente de éstos, si lo hubiera. Así, dice el artículo 156 LC que: «*Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez*

pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número». En consecuencia, el artículo 91 no sólo enumera los privilegios generales sino que, además, establece su prelación, de modo que cada uno de aquéllos se antepone al siguiente y así sucesivamente conforme a su numeración. Sólo en el caso de que concurrieran varios de igual rango se aplicaría la regla del dividendo o pago a prorrata. Son privilegios generales:

3.1. Los créditos por salarios. El artículo 91.1.º LC otorga privilegio a los créditos salariales no refaccionarios recogidos en el artículo 32.3 ET. Se protegen así los salarios que quedan fuera del alcance del «superprivilegio salarial» del artículo 84.2.1.º LC, y también del privilegio refaccionario del artículo 90.1.3.º, manteniendo el límite del triple del salario mínimo multiplicado por los días pendientes de pago. Igual que ya hiciera el ET, se asimilan al salario los créditos derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional que se extiende ahora a *«los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso»*. Este privilegio se somete a plazo, de modo que la preferencia de los asalariados sólo puede invocarse durante el año siguiente a contar desde el día en que debió percibirse el salario. Se trata de un plazo de prescripción, no de caducidad, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final decimocuarta de la LC.

3.2. Los créditos por retenciones tributarias y de seguridad social, correspondientes a cantidades *«debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal»* (art. 91.2.º LC).

3.3. Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso. Vienen recogidos en el artículo 91.3.º LC, que contemplan dos tipos de privilegios a los que se iguala en rango: por un lado, un privilegio nuevo a favor de los trabajadores autónomos y, en general, de todos los profesionales liberales ligados con el concursado mediante un arrendamiento de servicios; de otro, se recoge el antiguo privilegio del artículo 54 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI) conforme al cual: *«los créditos en dinero por la cesión de derechos de explotación tienen la misma consideración que la de los devengados por salarios o sueldos en los procedimientos concursales de los cesionarios, con el límite de dos anualidades»*, precepto que quedará derogado a partir de septiembre de 2004. El privilegio que corresponde al cedente de una propiedad intelectual por los derechos de explotación de la misma se reduce, en la nueva ley, en la medida en que se limita a los derechos devengados en los últimos seis meses.

3.4. Los créditos tributarios y demás de Derecho público, y los de la seguridad social que no gocen de otro privilegio. Se limita la cuantía de la preferencia al 50 por 100 del valor de los créditos (art. 91.4.º LC).

3.5. Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. Son los correspondientes a daños producidos antes del concurso, dado que los posteriores a tal declaración no son créditos concursales, sino contra la masa (art. 84.2.10.º LC). No se limita a la indemnización debida por el concursado a la víctima, como parecería sensato, sino que tendrá idéntica preferencia el asegurador que haya pagado a la víctima como consecuencia del ejercicio por ésta de la acción directa y ostente un crédito contra el concursado. Se dota de prelación, sin embargo, a las indemnizaciones por daños personales no asegurados, que gozan de la misma prelación que los créditos tributarios (un grado más). No se acierta a comprender por qué estos créditos son simples privilegios generales de cuarto o quinto orden, mientras que si se produce el daño después de la declaración de concurso pasan a ostentar la calidad de créditos contra la masa.

3.6. Los créditos de quien hubiere solicitado la declaración de concurso salvo que fueren subordinados (art. 91.6.º LC). Básicamente, convierte en privilegiado a cualquier crédito ordinario, de modo que la razón del privilegio parece radicar en un supuesto interés social en la declaración de concurso. Parece bastante discutible y habrá que esperar para determinar, en la práctica, si la rapidez en la declaración del concurso favorece la conservación de la empresa y el pago al conjunto de los acreedores, o si, por el contrario, la impaciencia del acreedor aquí privilegiado conduce a un resultado poco deseable. Sea como fuere, la preferencia se limita a la cuarta parte del valor de sus créditos.

4. *Los créditos ordinarios.* Son todos aquellos créditos concursales que no gozan de preferencia alguna, ni especial ni general. Tales créditos se pagarán con el remanente que quede, si queda, tras pagar a todos los acreedores anteriores. Sin embargo, estos créditos no ostentan el último lugar en el escalafón jerárquico de la preferencia satisfactiva, sino que se anteponen a todos los créditos subordinados. Esta es la razón de que se afirmara en líneas anteriores que son también privilegiados, puesto que habiendo créditos postergados, aquéllos gozan de preferencia sobre éstos y, por tanto, se convierten en los privilegiados de menor rango, a pesar de su denominación de «ordinarios». Téngase en cuenta, además, que cualquiera de estos acreedores puede convertirse en privilegiado mediante instar la declaración de concurso.

5. *Créditos subordinados.* Si, como se decía en el epígrafe segundo de este escrito, las causas de preferencia califican los créditos que las ostentan permitiendo a su titular anteponerse a otros acreedores a la hora de ser satisfechos con cargo a un deudor común, podría completarse ahora aquella defini-

ción agregando que lo anterior sólo es así de momento, que y tras la entrada en vigor de la LC, sólo lo será fuera del concurso, porque tras la declaración de éste, siempre que el crédito hipotecario, pignoraticio o privilegiado se califique de subordinado, perderá la preferencia. En efecto, la LC ha venido a consignar una serie de causas de postergación del crédito que se enumeran en los artículos 92 y 93 y que califican, a su vez, el crédito de subordinado. Estas causas de postergación son más potentes que las de preferencia, en la medida en que anulan esta última de tal modo que el acreedor que la ostentara no sólo la pierde, sino que queda relegado para el pago, incluso, respecto de los acreedores ordinarios, de modo que coloca a cuantos la poseen en idéntica situación de «desprivilegio», con independencia de la cualidad anterior de su crédito. De otro lado, y a diferencia de las causas de preferencia, su origen no es estrictamente legal sino que puede nacer del pacto entre acreedor y deudor (art. 92.2.º). Como excepciones a la igualdad de los acreedores y para no vulnerar lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, son de interpretación más que estricta, restrictiva, sin que puedan ampliarse, en ningún caso, a supuestos no contemplados expresamente en la norma ni interpretarse de forma extensiva. Si la subordinación del crédito fuera consecuencia de un pacto, la interpretación del mismo, en caso de duda, deberá ser favorable a la no existencia de la misma, por aplicación de las normas generales de interpretación de los contratos al constituir una renuncia de derechos, sin que quepa, a mi entender, el pacto de subordinación sobre créditos futuros.

Las causas de subordinación legal, como las de preferencia, se establecen teniendo en cuenta la propia calidad del crédito y los méritos (en este caso negativos) del acreedor, que son la culpa o dolo de éste, o la especial relación de su titular con el deudor. En atención a lo expuesto, son créditos subordinados por la ley:

5.1. En atención a la culpa o dolo del acreedor. Son subordinados por causa de negligencia los créditos comunicados tardíamente, con las salvedades previstas en el artículo 92.1.º LC; también son postergados, pero por dolo del acreedor, los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado. Se contempla, en este último caso, el crédito del cómplice del fraude contra el transmitente de los bienes tras el ejercicio por los acreedores de la acción de rescisoria, por lo que parece absolutamente justificada la postergación (20).

5.2. En atención a la calidad del crédito. Se subordinan por esta causa los créditos por intereses de cualquier tipo, incluidos los moratorios,

(20) Opina ÁLVAREZ CAPEROCHIPI que la causa de subordinación de unos créditos es la necesidad de determinar un momento preciso de concurrencia de los créditos. *El Registro de la Propiedad...*, cit., pág. 242, Granada, 2004.

salvo los garantizados con prenda o hipoteca hasta donde alcance su garantía (art. 92.3.º LC), y los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias (art. 92.4.º LC).

5.3. Por razón de la especial vinculación del deudor con el acreedor. Conforme a lo dispuesto en el artículo 92.5.º LC son subordinados: «*Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número 1.º del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural*». El artículo 92.1 considera especialmente relacionado con el deudor persona física al cónyuge o pareja estable, y a quien lo hubiera sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso; a los ascendientes, descendientes o hermanos del concursado y a sus cónyuges (son los abuelos, padres, hijos y hermanos del concursado, pero también los padrastros y madrastras, cuñados, yernos y nueras del mismo); y, finalmente, a los ascendientes, descendientes o hermanos del cónyuge o pareja del concursado (suegros del concursado, hijos de su pareja o consorte y cuñados). De otro lado, conforme al artículo 92.2 LC resultan postergados, por tener especial relación con la persona jurídica concursada: los socios que respondan personal e ilimitadamente de las deudas sociales y los que sean titulares de un 10 por 100 del capital social, o sólo un 5 por 100 en los casos previstos por el artículo 93.2.1.º LC; los administradores, liquidadores y apoderados de la sociedad, y las sociedades que formen parte del mismo grupo que la entidad concursada y sus socios.

La causa de esta postergación no es otra que la presunción de fraude (21), pues el legislador sospecha que no hay un verdadero crédito a favor de las personas que considera especialmente relacionadas con el deudor. Ahora bien, a diferencia de la subordinación contemplada en el artículo 93.3 para los adjudicatarios o cesionarios de créditos postergados, la presunción de fraude es *iuris et de iure*, por lo que no cabe probar la real existencia del crédito. Son comprensibles las sospechas del legislador, pero debiera haberse dejado como una presunción *iuris tantum*, como mínimo, en lo referente a la postergación de los créditos de los familiares del concursado persona natural. Téngase en cuenta que la garantía de un crédito hipotecario, por ejemplo, se extingue y relega al acreedor al último puesto, si el deudor hipotecario se convierte en la pareja de hecho de la hermana (o hermano) del acreedor hipotecario, sin que éste pueda evitarlo. Hasta ahora, la hipoteca era la garantía más segura que un acreedor diligente podía pactar para la seguridad de su crédito, lo que por sí solo justificaba su carestía. Cabe pensar, que en un

(21) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El Registro de la Propiedad...*, cit., Granada, 2004, pág. 245. Este autor entiende que esta presunción debe ser impugnabile ante los Tribunales por el perjudicado para no atentar contra la tutela jurisdiccional y no convertir la subordinación del crédito en una expropiación sin indemnización.

futuro, todos los créditos hipotecarios concertados por acreedor persona natural inserten una cláusula conforme a la cual se produzca el vencimiento inmediato de la obligación garantizada si se produjera, por un acto ajeno al acreedor, cualquier causa de postergación, sin desdeñar que la eliminación de la citada garantía pueda constituir uno de los supuestos legales de pérdida del derecho a plazo, susceptible de ser incluido, concretamente, en el artículo 1129.3.º del CC al disponer que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo «*Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras*».

De otro lado, y por lo que respecta a los créditos hipotecarios que, por definición, pueden realizarse con cargo a bienes que no pertenecen al deudor, cabe preguntarse si la especial relación que supone la subordinación del crédito se extiende al concursado no deudor. En efecto, conforme al artículo 93 LC existe causa de postergación cuando acreedor y concursado estén «especialmente relacionados», pero ¿*quid* si el acreedor hipotecario está especialmente relacionado con el deudor, pero no con el concursado que sea tercer poseedor de la cosa hipotecada? o, incluso ¿qué ocurre si está especialmente relacionado con el tercer poseedor de la finca hipotecada, pero no lo estuvo nunca con el deudor? Como se dijo con anterioridad, las causas de postergación deben ser objeto de una interpretación más que estricta, restrictiva, en la medida en que rompen el principio de igualdad. Por ello, en el primer caso, dado que no hay relación entre el concursado y el acreedor, debe descartarse la posibilidad de postergación, mientras que en el segundo caso, falla la razón misma de la subordinación que es la presunción de fraude, puesto que acreedor y deudor no tenían relación alguna. Repárese, además, en las considerables desventajas que tal interpretación acarrearía para la seguridad del crédito, ya que, después de pactar una hipoteca con todas las garantías legales, el acreedor quedaría a expensas de su deudor, que podría deshacer su garantía a voluntad enajenando la finca hipotecada a cualquiera que estuviera en la lista de personas especialmente relacionadas con él.

V. LA CONVIVENCIA ENTRE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE PREFERENCIA CREDITICIA

Como es sabido, la LC ha mantenido la vigencia de los artículos 1.922 y siguientes del CC en los que se establecen las causas de preferencia del viejo sistema y, aunque ha eliminado gran parte de los preceptos del Código de Comercio que se refieren a los privilegios mercantiles como consecuencia de haberse derogado el libro cuarto de este cuerpo legal, ha mantenido muchas de las normas especiales que establecen privilegios. Sin embargo, la vi-

gencia de los privilegios no contemplados en la LC no afecta al concurso, de modo que sólo pueden ejercitarse en la ejecución singular. Así, en el lapso de tiempo que medie entre la entrada en vigor de la LC y hasta que se lleve a cabo la recomendada reforma de los Códigos Civil y de Comercio, coexistirán dos sistemas de preferencia crediticia que, si no son incompatibles, sí son radicalmente distintos e inarmónicos. Sin entrar a analizar el tema en profundidad, por no ser éste el lugar apropiado, sí conviene apuntar alguna observación. Así, por ejemplo, desaparece la distinción entre privilegios mercantiles y civiles en las tercerías de mejor derecho, dada la derogación de los artículos 908 a 919 del CC, de modo que aquellos acreedores que ostentaran un privilegio conforme a los citados preceptos deberán comprobar si ostentan algún tipo de preferencia conforme a las normas del CC o a las normas especiales que continúan vigentes y establecen privilegios. Asimismo, podrá darse el caso de que, instada una tercería de mejor derecho por un acreedor privilegiado se declare el concurso y, en consecuencia, se suspenda la ejecución, de modo que el acreedor que gozaba de preferencia en la tercería la pierda al aplicarse la LC. Este efecto podría motivar a los acreedores ejecutantes a los que se oponga un crédito preferente en la ejecución singular, para instar la declaración de concurso, habida cuenta de que no sólo obtienen un privilegio en tal caso, sino que, además, pueden lograr que la preferencia que se les opone desaparezca en el concurso. Cabe también reseñar la posibilidad de que el acreedor hipotecario encuentre una razón para ejercer su preferencia en la ejecución singular. En efecto, dado que las causas de postergación operan sólo en el concurso, parece perfectamente posible que, detectada por el acreedor hipotecario la posibilidad de perder su garantía como consecuencia de que alguno de sus familiares mantenga relaciones de pareja con su deudor, ejercitara una tercería de mejor derecho para salvar su derecho de preferencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, C.: *Los privilegios marítimos*, Civitas, Madrid, 1995.
- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Ed. Comares, Granada, 1995, págs. 138 y 139.
- *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso (especial estudio de la nueva Ley Concursal)*, Comares, Granada, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a la LTS de 11 de julio de 1983», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 3, septiembre-diciembre 1983, pág. 876.
- CHIRONI, G. P.: *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Bocea editori Milán-Turín-Roma, 1917, págs. 140 y sigs.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Los créditos derivados del contrato de obra*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 201.

- GAETANO, P.: *Privilegi*, Nuovo Digesto Italiano, Turín, 1940, págs. 508 a 511.
- GERMANI, P.: «Sulla natura giuridica dei privilegi», en *Rivista di Diritto Agrario*, núm. 4, ottobre-dicembre, 1934, pág. 577.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 1.921 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid, 1993, pág. 2064.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.^a D.: *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- POPLAWSKI, R.: *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, Burdeos, 1913, pág. 24.
- RODRÍGUEZ, A.: *Tractatus de concursu, et privilegiis creditorum in bonis debitoris*, Genova, 1665.
- RUGGIERO DE, R.: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, Reus, Madrid, 1994.
- RUSSI, G.; PALERMO, A., y PALERMO, C.: *I privilegi*, UTET, Turín, 1980, págs. 20 a 25.
- SALGADO DE SOMOZA, F.: *Labyrinthus creditorum ad litem per debitorem comunem inter illos causatam*, Lugduni, 1757.
- TROPLONG, *Des privieges et hypotheques*, T. I., Melines, Cans et Compagnie, Bruselas, 1844-1848, pág. 64.

M.^a DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO
Profesora Doctora de Derecho Civil
de la Universidad Pública de Navarra