



## CAPÍTULO 13

# PARIDAD Y PRIVILEGIO: ¿QUÉ SENTIDO TIENEN EN UNA MODERNA LEGISLACIÓN CONCURSAL? REPENSAR LA PARIDAD, CUESTIONAR EL PRIVILEGIO

ABEL B. VEIGA COPO

*Profesor Ordinario de Derecho Mercantil.  
Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PREFERENCIA NEGOCIAL VERSUS PRIVILEGIO LEGAL. III. LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS EN LA LEY CONCURSAL. IV. LA REDUCCIÓN DE CRÉDITOS PRIVILEGIADOS. ¿DEBERÍA ELIMINARSE EL PRIVILEGIO PÚBLICO? V. LAS CLASES DE CRÉDITOS. VI. LOS CRÉDITOS ORDINARIOS. VII. PRIVILEGIOS ESPECIALES.

### I. INTRODUCCIÓN

Si en 2003 cuando se promulgó la norma concursal cabía hablar y enjuiciar también, la verdadera dimensión y valor del paradigma de la distribución del concurso, es decir, trata de situar en una horquilla equidistante la *par condicio* bien, como una mera declaración de principios, al distar lo suficiente como para ser catalogada como un principio absoluto, al quedar ahogada por la existencia de causas de preferencia o privilegios o, bien, por el contrario, como último exponente viable una distribución justa y equitativa de los residuos patrimoniales del deudor concursado, hoy en 2020 y ante un texto refundido que en esto no se ha apartado un ápice salvo el consagrar también preferencias nuevas sobre todo para los refinanciadores, la situación no ha mutado en absoluto<sup>1</sup>. Al igual que se ha hecho

(1) Como bien señala MCCORMACK, “The Priority of Secured Credit: an Anglo-American Perspective”, *JBL*, 2003, July, pp. 389 y ss., p. 393, el principio básico del derecho de insolvencia es el de “equality of misery” o igualdad de tratamiento de los acreedores, esto es el *pari passu* de la distribución disponible del patrimonio del deudor. Ahora bien, este principio *hallowed*—sagrado—, es en realidad sin embargo un principio hueco o vacío. Sobre la vigencia real de tal principio, sus límites y su oportunidad frente a otros principios adoptables, véase la aportación de PEINADO GRACIA, “La distribución del riesgo de insolvencia”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, I, Madrid, 2005, pp. 427 y



en el ámbito de la prededucción de algunos créditos contra la masa, igualmente vinculados a acuerdos de refinanciación. Prededucción y privilegio juegan intereses divergentes en un escenario no precisamente idéntico<sup>2</sup>. Ahora bien, ¿estamos yendo hacia una concepción de la paridad única y exclusivamente intramuros de los acreedores de una misma clase, pero no ya en un sentido holístico donde cabe y está dotada de naturaleza la divergencia más radical y a la vez atrabiliaria? Nos tememos que éste es ahora el sentido que se quiere dar a una *par condicio* en la que nunca salvo en un plano meramente ideal nunca se ha creído en ella. Definitivamente ha quedado enterrado el viejo solidarismo contractual que un día atenazó al privilegio y las causas de preferencia<sup>3</sup>.

Incluso hay quién ha incidido únicamente como corolario lógico explicativo de la *par condicio* el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor<sup>4</sup>. Como bien se ha señalado, el paradigma redistributivo

ss., p. 429. Como bien señala el autor, la insolvencia es un riesgo que el ordenamiento distribuye, imputa o hace soportar a diferentes acreedores del concursado con diversos criterios, uno de los cuales es la igualdad de trato entre todos los afectados, mutualizándose así su riesgo. Sobre la evolución conceptual de esta igualdad, véase la aportación de NEMEDEU, “Le principe d’égalité des créanciers: vers une double mutation conceptuelle”, *RTDC*, 2008, n.º 2, pp. 241 y ss.; recordaba SATTÀ, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Buenos Aires, 1951, p. 5 como la concursabilidad de un procedimiento implica que la consecuencia de la crisis económica de la empresa, la insatisfacción de los acreedores en suma, sea reparada mediante una regulación igual para todas las relaciones (*par condicio creditorum*), salvo naturalmente las causas legítimas de prelación. Más detenidamente en SCHILDBACH, “Sicherheiten *versus* *par condicio creditorum*”, *BB*, 1983, n.º 34, pp. 2129 y ss., especialmente p. 2135 en donde establece una serie de propuestas entre la *par condicio creditorum* y las garantías en las relaciones entre acreedor y deudor. Sobre los acreedores sin garantía y bajo el gráfico título de “¿Queda algo para los acreedores sin garantía?”, reflexiona BRIGHTON, “Is there Anything left for Unsecured Creditors?” 1 Part II, *ABIJ*, 2009, n.º 27, pp. 4 y ss.; y, del mismo autor, BRIGHTON, “What’s left for Unsecured Creditors? Q part I”, *ABIJ*, 2008, n.º 27, p. 2 y ss. Alerta por su parte GOLDENBERG SERRANO, *La subordinación voluntaria de créditos*, Cizur Menor, 2011, p. 131, como la *par condicio creditorum*, como principio y como una de las finalidades más relevantes del derecho concursal, se presenta casi a modo de un dogma de fe. Señala como es fácil seguir la huella hasta hacer de la “igualdad de trato” el pilar fundamental sobre el cual descansa todo el sistema concursal.

(2) Sobre la dualidad diferente prededucción versus privilegio, vid., PAPAGNI, “Il credito è prededucibile in caso di procedure minori consecutive?”, *Diritto & Giustizia*, 2019, vol. 107, pp. 9 y ss., p. 12 cuando advierte: “L’istituto della prededuzione si differenzia radicalmente dal privilegio. L’essenza della prededuzione è tradizionalmente definita in dottrina come il diritto dei creditori della massa di essere soddisfatti nei limiti della capienza dell’attivo realizzato con precedenza assoluta rispetto ai creditori concorrenti e prima del riparto. Il privilegio, invece, è una prelazione accordata in considerazione della causa del credito, ex artt. 2741, comma 2, e 2745 c.c., e consiste in una qualità del credito che, in caso di concorso con altri creditori nell’esecuzione forzata, consente una soddisfazione prioritaria”.

(3) En este sentido capital el trabajo en este mismo libro de PACCHI, “Acreedores y marcos de refinanciación”, cuando asevera: “En concreto esto puede significar saber coger y valorizar la posible deshomogeneidad en el ámbito de posiciones jurídicamente iguales y traducirlas en desigualdades de tratamiento: por ley o por iniciativa del empresario en crisis, en el ámbito de una propuesta de reorganización económica y financiera, que encuentre el consenso de la mayoría de los acreedores interesados”.

(4) Vid. RESTUCCIA, “Grado de privilegi e transazione fiscale”, *Dir. Fall.*, 2009, n.º 1, II, pp. 66 y ss., quién liga la aplicación concreta de tales normas y principios a la

del concurso parte de un análisis retrospectivo de la realidad de los créditos<sup>5</sup>. Pero no podemos obviar además el poder del principio de la autonomía de la voluntad, tanto en su dimensión positiva como también negativa<sup>6</sup>.

Hoy como ayer seguimos hablando y parapetando la norma concursal en una igualdad o paridad irreal, pero incluso también absolutamente irrelevante, en contra, lejos de desquebrajarse el privilegio o la preferencia, éste se ha ido robusteciendo, tanto en el ámbito de la causa de preferencia de origen negocial, significativamente las garantías reales, y los institutos pseudoasimilados a éstos en función, causa y finalidad, en la que el legislador no ha tenido empacho ni escrúpulo en hacerlo, además de las sucesivas reformas en torno a la prenda de créditos presentes y futuros que han jalonado cierto disparate jurídico argumentativo durante estos años<sup>7</sup>; como en las causas de preferencia de origen legal, genuino privilegio por voluntad del legislador y en donde el privilegio público tampoco se ha resentido y donde quizás deberíamos interrogarnos por la viabilidad, existencia y racionalidad misma de estos últimos privilegios, por qué otorgar un privilegio a créditos públicos cuando los organismos titulares de estos créditos atesoran sin duda un hecho taumatúrgico sin parangón, esto es, la fuerza que propende la asimetría informativa a su favor y con ellos los presupuestos objetivos del concurso que le habilitan antes que a ningún otro acreedor del conocimiento, la capacidad y la posibilidad de instar el concurso.

Hace años decíamos que el mito de la *par condicio creditorum* no era un mito nuevo. Tampoco siquiera una realidad, tal vez sólo lo que siempre ha sido, una mera utopía. Una idea, si acaso, una idea valor. Frente a ella, el privilegio, el ardid perfecto para unirse y simbolizar y ser una cualidad del crédito unido a una suerte de simbiosis cuasiperfecta, pero que no impide que el mismo tenga una vida propia y, hasta cierto punto, autónoma. Y concluíamos, el privilegio en tanto *Prioritätsprinzip* repercute no sólo en

fase de realización coactiva del crédito, particularmente en caso de falta de solvencia en el patrimonio del deudor. Así las cosas, el principio de igual de la *par condicio* está mitigado por la existencia de causas legítimas de prelación, ligadas, en algunos casos, a la incidencia de la autonomía de la voluntad, en otros, a la exigencia de parte del ordenamiento que reserva un tratamiento diferenciado y privilegiado para algunas particulares situaciones crediticias.

(5) Seguimos en este punto a BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, p. 72, quién a su vez se basa en el análisis que PAZ-ARES lleva a cabo sobre la noción de comprensión retrospectiva de los problemas, por contraposición a una comprensión prospectiva de los mismos.

(6) Sobre ambas, magistral, D'ATTORRE, "La maior pars non sempre è la sanior pars: i creditori in conflitto d'interessi non possono votare sulla proposta di concordato", *Giur. Comm.*, 2019, vol. 2, pp. 312 y ss., p. 314 y ss., quién asevera: "Declinata in positivo, l'autonomia privata indica il potere per i privati di porre in essere atti negoziali con i quali perseguire i propri interessi; in negativo, autonomia privata significa, invece, che nessuno può essere obbligato se non dalla propria volontà (art. 1372 c.c.)".

(7) Sobre estos vaivenes con la prenda de créditos presentes y futuros, véase nuestro análisis crítico en VEIGA, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, 3.ª ed., Cizur Menor, 2017.

el volumen del crédito y en el contenido del propio contrato, sino también en la propia conducta del acreedor ante la insolvencia<sup>8</sup>.

Hemos visto además como en los últimos años se han producido reorientaciones, ampliaciones de criterio, de privilegio incluso, de nuevos supuestos. Se ha reescrito la contingencia de los créditos, se ha beneficiado incluso la labor de inspección y comprobación de los acreedores públicos sin que del resultado, en algunos supuestos, siga la subordinación creditual por comunicación extemporánea. Se ha calibrado el crédito fiscal, el Supremo tuvo que poner fin a la disputa enconada y pertinaz sobre calificación de ciertos créditos tributarios, los recargos, etc., o sentencias como la del Supremo como de 10 de enero de 2012 (RJ 2012, 1779) de la Sala de lo Civil, en la que consecuente y coherente, pero también categóricamente, se cierra de una vez la controversia en torno al devengo y la clasificación<sup>9</sup>.

La evolución, –constante evolución y adaptación–, la búsqueda de mecanismos garantorios más perfectos, más moldeables y resistentes o inmunizados para las necesidades de los operadores financieros no cesa. Y con ellos el ansia del privilegio, de la ruptura de todo atisbo de paridad tanto endo– como extraconcursalmente. Inmunizarse y resistir frente a cualquier eventualidad a la hora de realizar la garantía se convierte en el epicentro axial de la misma, sobre todo, en la fase de perfección de la garantía, en el contenido redactado de la póliza. La renovación se abre paso, la anchura de sus requisitos, elementos esenciales, posesión o desposesión en caso de bienes muebles, publicidad registral o no, así como la multiplicidad de objetos, corporales o no, presente y futuros, meros proyectos y flujos de caja, etc., es cada vez mayor. La búsqueda de un óptimo equilibrio entre los costes de transacción e información y el robustecimiento de eficientes garantías que privilegien e inmunicen la posición creditual frente al resto de acreedores, y no tanto frente al deudor, se han convertido en el epicentro de toda garantía. Se exige, se requiere, se sobreasegura y se imponen incluso garantías negativas<sup>10</sup>.

(8) Así, VEIGA, “Par condicio: privilegio, proproporcionalidad e igualdad”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Liber Amicorum, II, Valencia, 2015, p. 1662.

(9) Sobre el devengo, véase entre otros, FALCÓN Y TELLA, “Devengo y determinación de la norma aplicable en la nueva LGT”, *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, [ARRIETA/COLLADO/ZORNOZA (Dirs.)], I, Cizur Menor, 2010, pp. 637 y ss.; FUSTER GÓMEZ, “¿Exigibilidad vs. devengo? Un necesario debate terminológico a la luz de la LGT/2003 y del ordenamiento jurídico comunitario”, *REDF*, 1996, n.º 90, pp. 299 y ss. Sobre la exigibilidad señala PÉREZ DE AYALA, “El tiempo del pago en Derecho tributario: una reflexión”, *RDFHP*, 1997, n.º 243, p. 209 como desde el punto de vista temporal, esto es, cronológicamente hablando, la exigibilidad de una deuda tributaria es consecuencia de su vencimiento, o sea, de la finalización del periodo voluntario de pago.

(10) Sobre las negativa pledge, véanse los trabajos de SIMLER/DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, cit., p. 22; MEINERTZAGEN/LIMPENS, “Les engagements de ne pas faire en matière de crédit”, *Les sûretés issues de la pratique*, Bruselas, 1983, vol. 3, pp. 3 y ss.; LICARI, “Une sûreté négative: la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions”, *RLDC*, 2004, n.º 206, pp. 57 y ss.; ACOSTA, “El pacto de no gravar ‘negative pledge’ y los acuerdos de subordinación”, *RDCO*, 2006, n.º 219, pp. 25 y ss. también BUCHHEIT, “How to negotiate the negative pledge clause”, *IFLR*, 2001, 1992, n.º 12, pp. 28

El acreedor incurre pero también traslada al coste del crédito a través de la garantía, el coste de búsqueda, de información ante las dudas que pueden generar el deudor o solicitante de crédito. Duda de la factibilidad de la operación, de los resultados alternativos en pro de una racionalidad armónica y conjunta a la vez. Incurre en costes de decisión y negociación ante las dudas que generar no atesorar toda la información suficiente sobre el deudor y sus resistencias, costes igualmente de monitoreo ante la incertidumbre que puede generar la proclividad mayor o menor al cumplimiento de resultados alternativos<sup>11</sup>. Hasta dónde ha de llegar ésta es una incógnita como también lo es la timorata reacción del legislador. Hoy nadie se rasga las vestiduras por hablar y amparar sin ambages la fiducia o venta en garantía como una más de las garantías reales, ¿qué decir si no de la regulación dada a las garantías financieras en 2005 donde entra de lleno la *fiducia cum creditore* que sin embargo ha sido desterrada en la norma concursal?

El acreedor pignoraticio, hipotecario, anticrético, o cualesquiera otros asimilados legislativa o por la práctica financiera, guste más o guste menos, contratan el valor de sus créditos para el caso de concurso o insolvencia de su deudor, pero no ya pensando en éste o en el remanente de su patrimonio, sino frente a las pretensiones del resto de acreedores, significativamente de peor condición. Para ello buscan maximizar el cumplimiento de la obligación asegurando que el derecho concursal no restará un ápice a la fuerza de la realidad de las garantías. Mas, ¿estamos acaso ante un juego de suma cero, donde los acreedores con garantía real ganan, también el deudor que traslada el riesgo al resto de acreedores ordinarios, y donde éstos pierden al no antiseleccionar el riesgo y descontar ex ante la constitución de esas garantías reales?<sup>12</sup>

O por el contrario, ¿cabe limitar o reducir la eficacia de la garantía real limitando precisamente su valor más intrínseco, el de realización de valor de la garantía misma? Es este un interrogante que ha jalonado las últimas décadas y que ha cobrado toda su virtualidad de cara a una situación concursal.

Mas ¿es en todo caso necesario e indispensable el juego y la resistencia concursal del privilegio o existen otros mecanismos que cumplen tamaña función, incluso más allá de la de ser una mera cualidad del crédito como es un privilegio, y desarrollan su potencialidad en un escenario de

y ss. En la literatura anglosajona, MITCHELL, "The Negative Pledge Clause", *Am. Bankr. L. J.*, 60, 1986, pp. 153 y ss. y 263 y ss.; STEPHEN, "Negative Pledge Lending – Dead or Alive?", *Journal of International Banking Law*, 1990, pp. 330 ss.

(11) Sobre estos extremos y sin entrar bajo la égida clara del análisis económico del derecho son cuando menos atractivas las nociones de COLEMAN, *Riesgos y daños*, Madrid, 2010, pp. 138 y ss., y su análisis de los costes de las garantías, así como las distintas racionalidades que afloran, a saber, conjunta, de concesión en individual.

(12) Se planteaba esta reflexión dentro del argumentario de la realización de valor de la garantía BERMEJO, *Créditos y quiebra*, cit., p. 106, donde traía a colación la argumentación sobre el juego de suma cero de WARREN, "Making Policy with Imperfect Information: The Article 9 Full Priority Debates", *Cornell L. Rev.*, 1997, vol. 82, pp. 1373 y ss., p. 1275.

compensación como es el seguro, y especialmente seguros de patrimonio y seguros de crédito? Si el seguro es un mecanismo de dispersión que no dilución absoluta del riesgo, ¿qué rol podría tener en la contratación y en la raíz y reforzamiento de créditos que a la postre resultan privilegiados por una norma concursal?<sup>13</sup> ¿Adoptan las partes de un contrato que goza de preferencia negocial un acuerdo racional y completo? Si esto es así, y no hipotéticamente, ¿qué sucede entonces, cuando las partes perfeccionan un contrato que no es completo, que tiene lagunas o qué hay que interpretar *ex post*?

¿Cuáles son los costes y cuál la transparencia en un contrato blindado por un privilegio?, ¿acaso el deudor negocia en todo caso y en su totalidad el precio o puede influir en los ciclos de costes que impone la financiación?<sup>14</sup> La interpretación expresa lo que, eventualmente, pero quizás también racionalmente, las partes quisieron o intentaron, pero que no consiguieron, o simplemente la predisposición de una de ellas al imponer el contenido contractual esencial, impidió y fagocitó tal racionalidad, por lo que la integración e interpretación contractual por un tribunal completa aquella racionalidad volitiva<sup>15</sup>.

¿Qué tipo de consentimiento debemos inferir cuando la parte débil del contrato se adhiere a un acuerdo que no es racional porque el mismo adolece de elementos clave, está plagado de tecnicismos o de lagunas? Ello no impide que, en la práctica, las partes acuerden pactos irracionalmente<sup>16</sup>. Pero, ¿es racional pensar que lo que las partes acuerdan *ex ante* es lo que

(13) Sobre las funciones del seguro, social, de garantía, de seguridad, y el rol de un seguro de crédito, véase entre otros, VEIGA COPO, *Tratado del contrato de seguro*, I, 6.ª ed., Cizur Menor, 2019; así como VEIGA COPO, *Hacia una nueva reconfiguración del contrato de seguro*, Cizur Menor, 2018.

(14) En este punto analiza FELDBLUM, “Underwriting cycles and business strategies”, *Proceedings of the Casualty Actuarial Society*, 2001, LXXXVIII, pp. 175-235, p. 176 y ss., como los ciclos de suscripción, con sus amplios y desconcertantes cambios en las primas y la rentabilidad, desafían al actuario de los precios a adaptar las tasas a las realidades del mercado. Comprender las fuerzas detrás de las fluctuaciones de los precios de los seguros es un prerrequisito para analizar los precios del mercado. Los ciclos de suscripción se han atribuido a los procedimientos actuariales de elaboración, a la filosofía de suscripción y a la volatilidad de las tasas de interés. Estas interpretaciones subestiman la dinámica del mercado de seguros e ignoran las presiones competitivas que impulsan los precios de los seguros. Los ciclos de suscripción, al igual que las fluctuaciones de los beneficios en otras industrias, reflejan la interdependencia de las empresas rivales.

(15) Imprescindible el capítulo sobre el proceso contractual de ARRUÑADA, *Empresa, mercado e instituciones*, Cizur Menor, 2013, pp. 137 y ss.

(16) Afirma COLEMAN, *Riesgos y daños*, Madrid, 2010, p. 176 como una persona puede consentir actuar en perjuicio de sus intereses (de manera irracional, pero libremente), o puede estar constreñida a promover sus intereses (de manera racional, pero sin libertad). La distinción entre consentimiento e interés propio racional se torna oscura en los argumentos que intentan establecer lo que una persona concreta, concebida de un modo concreto, habría consentido. El problema de los argumentos que parten del consentimiento hipotético y el problema adicional, más fundamental, de justificar la imposición de deberes *ex post* sobre la base de que hubiesen sido aceptados *ex ante*, pueden explicarse a través del análisis económico del derecho.

verdaderamente querían ambas?, ¿o hubiesen aceptado otro acuerdo o contrato para evitar a posteriori una interpretación contractual habida cuenta que el anterior presentaba vacíos, lagunas o desnaturalizaciones? ¿voluntad hipotética o real?

¿O es que acaso cuando proceda, si es que procede, la labor interpretativa el resultado de la misma no refleja lo que hipotética pero realmente hubieran querido las partes *ex ante*? Interpretar significa explicitar y especificar el contenido contractual. Un asegurado, como cualquier consumidor, no tiene una información completa, al menos precontractualmente, de todos los riesgos que corre, ni de su intensidad, frecuencia, siniestralidad, etc., por lo que su capacidad de análisis y evaluación está limitada. Asignar eficiente y racionalmente esos riesgos no es sencillo, ni tampoco cae cien por cien del lado de la balanza del asegurado. Quizás ni siquiera alcance esa eficiencia absoluta la entidad aseguradora.

El seguro, como cualquier otro contrato, busca que las partes maximicen su participación de los beneficios y minimicen su contribución a las cargas. Cuestión distinta es que ambas partes sean conscientes de ello y de la negociación y no el conflicto. ¿Por qué no potenciar como mecanismo vehiculador de una mayor paridad el seguro en vez del privilegio legal, otorgado directamente por capricho y voluntad del legislador? La cooperación racional bascula alrededor del aseguramiento del riesgo, si bien la óptica sobre este, difiere del asegurado a la del asegurador. Cooperar significa cesión, concesión en aras a llegar a un acuerdo final, en este caso de seguro, el límite la no desnaturalización del contrato y la ruptura del sinagrama genético que rompa el equilibrio y provoque que el mismo sea excesivamente oneroso para una de las partes. Y es que amén de ese resultado, la cooperación, que se consagra cuando el contrato se perfecciona, y el seguro existe, todo es conflicto, potencial pero también real. Entre las partes antes, durante y es post. Conflictos de interés que forman sin embargo parte y esencia del mismo contrato que trata de evitar su contraposición<sup>17</sup>.

Conviene por otra parte no olvidar que, dentro de ese ideal marco de elección racionales, surgen tensiones, por lo que el seguro también presenta conflicto. Cooperación como sustento de elecciones y acuerdos racionales, donde se gana y maximiza la utilidad y el beneficio, pero también pérdida, conflicto o insatisfacción ante el siniestro o el incumplimiento de cualquier deber o carga que la ejecución obligacional del seguro conlleva. Es obvio que si las partes cumplen sus obligaciones y deberes, la cooperación gana, cuando el conflicto triunfa significa que la cooperación no es posible<sup>18</sup>.

(17) Como bien señalan JERRY/RICHMOND, *Insurance law*, 5.<sup>a</sup> ed., New York, 2012, p. 852, el conflicto en el seguro es el mismo que puede surgir en cualesquier relación contractual: "Conflicts between the interests of insurers and insureds are inevitable. In first-party insurance, once a loss has occurred, the insurer may wish to pay less in proceeds than the insured demands. This conflict, however, is no different than what can arise in any contractual relationship".

(18) Así, AXELROD, *The evolution of cooperation*, New York, 1984, p. 23 abogaba porque la cooperación no es posible si la decisión de cooperar se adopta de una vez y para siempre.

¿Persigue el contrato de seguro en todo caso y momento la maximización de utilidades y, a *sensu contrario*, la minimización de perjuicios y, si esto es así, se cumple con la pretendida función social de este contrato?<sup>19</sup> En el contrato de seguro una de sus máximas subyacentes no es tanto que una de las partes gane o resulte beneficiada en detrimento de la otra, habida cuenta de las dificultades intrínsecas para que ambas alcancen siempre y en todo momento su utilidad y beneficio individual completo, cuanto que ninguna de las dos resulte perjudicada.

Preservar el equilibrio de la relación contractual, respetar la genética funcional del contrato y evitar el enriquecimiento injusto, presiden al menos en teoría no solo el contrato sino el comportamiento conductual de las partes en el contrato. El seguro es anticipación, es traslado de riesgos, es venta a quién los compra a cambio de un precio, es exposición al riesgo y es también, en siniestro, si bien éste no es posible en todos y para cada uno de los seguros que una aseguradora contrata y gestiona. Casar lo jurídico con lo económico es inescindible tanto en la técnica del seguro como en el vínculo jurídico mismo.

Que ello logre la eficiencia es distinto a buscarlo *ab initio*. Adecuar conductas, anclarlas en la buena fe, en la información, en los valores correctos y reales, en evitar el fraude y la provocación del siniestro, medirán sin duda el alcance último de esa eficiencia que, para lograrse, ha de evitar, corregir o estimular precisamente todo lo anterior. No podemos obviar como la desregulación legal o ese absentismo deliberado o inconsciente en algunos casos del legislador, ha dejado un ancho corredor para ineficiencias, para mayores costes de transacción, de decisión y a la postre, también de litigación. Solo en los últimos años se ha sido consciente de que elevando ciertos grados o intensidades en algunos requisitos de información y de transparencia se podía proteger mejor ese equilibrio, desde la profundización del conocimiento de los riesgos de la contratación y los específicos del contenido contractual del seguro<sup>20</sup>.

Pero ¿qué podemos decir por ejemplo de una acción revocatoria o rescisoria concursal? ¿acaso no cumple una cierta e implícita función valorizadora de la *pars condicio creditorum*?<sup>21</sup>

Y esa imposibilidad se reduce a una razón esencial, a saber, la traición será la estrategia dominante.

(19) Esto lleva a STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, Buenos Aires, 2008, p. 381 siendo como es el análisis económico del contrato un criterio economicista exacerbado en la maximización de utilidades y minimización de perjuicios (eficiencia), le es inherente en lo que hace al propósito de alcanzar sus fines, una total indiferencia por las limitaciones que se predicen del orden jurídico y la regla moral ya que la prioridad que se plantea consiste en asignar a la riqueza estado preferente y reconocer al Derecho condición de instrumento de una ideología económica o política, sin plenitud participativa (con marginación) y, por ende, antidemocrática.

(20) En este punto, y haciéndose eco en esos déficits de protección del asegurado, vid. ORTMANN/RUBIN, “Lebensversicherung”, *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, cit., p. 1590 cuando afirman conscientes de la elevación de los requisitos de transparencia.

(21) En este punto, SCARONGELLA, “Riflessioni in tema di cessione del credito con funzione di garanzia e applicazione dell’art. 67, comma 1.º, n. 3, L. Fall.”, *BBTC*, 2018,

No es menos cierto, dejando al margen cierta retórica, que el principio de la *par condicio* o de tratamiento igualatorio no deja de tener únicamente sino un mero valor residual<sup>22</sup>. Mas, ¿son en todo momento y en todo caso las expectativas de las distintas clases de acreedores iguales en un escenario concursal? ¿qué *par condicio* abroga o en su caso, advera, aquel acreedor al que se le revoca un pago o una garantía real constituida inmediatamente antes de la declaración concursal? O, ¿cómo se compatibiliza o colige la *par condicio* con las rescisorias concursales si es que cabe tal compatibilización?<sup>23</sup>

Una cosa es la paridad de trato y como extensión de ésta el principio de proporcionalidad entre acreedores pertenecientes a una misma categoría y, otra bien distinta, el principio de preferencia y por tanto la jerarquización graduatoria de los distintos créditos y los distintos titulares de éstos<sup>24</sup>.

Pero en 2020, ¿qué sentido tiene seguir aún hoy hablando de la regla de la igualdad al menos en un plano teórico habida cuenta su imposibilidad real salvo entre los acreedores por créditos ordinarios? Ciertamente, hoy como ayer, la regla de la igualdad de los acreedores es consecuencia del principio general de igualdad y de no discriminación y de igualdad de derechos de todos ellos a recibir satisfacción en sus créditos<sup>25</sup>. El

vol. 6, pp. 761 y ss., p. 774 señala: “È stato rilevato che la finalità dell’azione revocatoria in ambito fallimentare non sarebbe solo quella di redistribuire la perdita derivante dall’insolvenza dell’imprenditore fra tutti i creditori (in ossequio al principio della *par condicio creditorum*) ma in una prospettiva più generale anche quella “para-pubblicistica” di assicurare l’efficacia dell’esecuzione concorsuale”.

(22) Como señala BONGIORNO, “La posizione delle banche nelle procedure concorsuali”, *Dir. Fall.*, 1999, 5, pp. 904 ss., p. 906 siguiendo a su vez a JAEGER el principio de la *par condicio* respondería más bien a “criterios de orden en el procedimiento concursal, que pasan a un segundo plano frente al *riconoscimento di interessi prevalenti meritevoli di tutela*. Como tales, tiene efectivamente, un valor residual”. No obstante autores como PAJARDI, *Radici e ideologie del fallimento*, Milano, 1992, pp. 33 y ss., elevan la *par condicio* a elemento que caracteriza el concurso, pero sobre todo, en ser la primera regla de su jerarquía de valores. En la doctrina anglosajona por esta vía han apuntado también autores más recientes como KEAY/WALTON, *Insolvency Law: Corporate and Personal*, Essex, 2003, pp. 392 y ss.

(23) Al respecto, señala TERRANOVA, “*Par condicio* e danno nelle revocatorie fallimentari”, *Dir. Fall.*, 2010, n.º 2, pp. 10 y ss., p. 34 como la posibilidad de distinguir entre *par condicio* (como criterio normativo abstracto) y daño (como evento natural) ha llevado, de hecho, a una consolidada jurisprudencia a negar la revocabilidad de algunos tipo extintivos, así, los pagos de créditos provistos de consolidados derechos reales de garantía sobre el patrimonio del deudor, los pagos de las últimas cuotas del precio de una compraventa con reserva de dominio, los pagos de los cánones en la relación de leasing. Véase también la aportación y finalidad que cumple en una revocatoria también la *par condicio creditorum*, en el trabajo de COSTA, “La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario: problema attuali”, *Dir. Fall.*, 2010, n.º 2, pp. 60 y ss., p. 62.

(24) Señala TERRANOVA, “*Par condicio* e danno nelle revocatorie fallimentari”, cit., p. 11 como al menos respecto de las excepciones de la acción revocatoria, se hace dudar que la *par condicio* constituya todavía un “cardine” en nuestro ordenamiento.

(25) Acierta GOLDENBERG SERRANO, *La subordinación voluntaria*, cit., p. 132 cuando señala como la *par condicio creditorum* no solo aparece como justificación del concurso, sino como expresión del orden público e incluso como la única solución lógica en caso de concurrencia de acreedores ordinarios. Lo que hace que, en el ámbito de la subordinación que el autor estudia en profundidad, aquellos negocios de subordinación no

principio de la igualdad de condición de los créditos exige la satisfacción conjunta de todos ellos y, por consiguiente, en los casos de insuficiencia patrimonial, la aplicación de lo que puede tradicionalmente se conoce como ley del dividendo. El valor líquido del patrimonio del deudor o lo que quede del mismo, se distribuye entre los acreedores en proporción a sus créditos no sin antes hacer detracción de al menos bienes inembargables y en caso de procedimiento concursal de los créditos contra la masa.

La Ley Concursal trata de anticipar una recuperación del principio de proporcionalidad frente a la exagerada importancia de las distintas y encorsetadas preferencias que hasta el presente ha caracterizado a las quiebras<sup>26</sup>. La insolvencia del deudor es ya un hecho real y consumado ante el que no cabe asegurarse y anticipar el riesgo por parte de los operadores. Ante esta situación, el edificio del ordenamiento concursal se brinda como un instrumento que ofrece *ex post facto* un intento de solución a los problemas derivados de la insolvencia del deudor<sup>27</sup>. De este modo se colectivizan, de un lado, los riesgos sufridos por los acreedores y, de otro, se intenta distribuir paritariamente las pérdidas entre los acreedores afectados por la insolvencia del deudor común<sup>28</sup>. Son estos pues los dos ejes sobre los que se edifica el paradigma concursal concebido sobre las premisas de la retrospectividad y de la separación entre mundo concursal y realidad contractual<sup>29</sup>.

¿Qué mejor método de colectivizar las pérdidas que procediendo a su reparto proporcional entre todos los integrantes de esa comunidad? El principio de paridad se convierte en cierto sentido en la esencia de la realización del valor de los créditos en el concurso. Pero como su nombre indica, principio es, y en principio sólo se ha de quedar. Ahora bien, la realidad del tráfico está plagada de excepciones, –créditos que gozan de garantía real, créditos prededucibles, créditos privilegiados, etc.– que todo hay que decirlo, su ignorancia provocaría situaciones de notoria injusticia. Por lo que el principio de paridad debe reconducirse ante una comunidad

tienen cómoda cabida en tanto se dejaría en manos de los propios acreedores el establecer un modelo de reparto que se aparta de aquella base que insta por la igualdad de trato en el concurso.

(26) En parecidos términos GARRIDO, “La graduación de los créditos”, en *La reforma de la legislación concursal*, cit., p. 227.

(27) Conforme entre tantos RAGUSA MAGGIORE, *Instituzioni di Diritto Fallimentare*, Padova, 2 ed., 1994, p. 8; HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, München, 1992, p. 36; KILGER/SCHMIDT, *Konkursordnung*, 16.<sup>a</sup> ed., München, 1993, p. 36.

(28) En la ya clásica confrontación entre WARREN y BAIRD, respecto a la pregunta *what function does bankruptcy serve?* señala WARREN, “Bankruptcy Policy”, *U. Chi. L. R.*, (54), 1987, pp. 775 ss., p. 777 señala “*I see bankruptcy as an attempt to reckon with a debtor’s multiple defaults and to distribute the consequences among a number of different actors. Bankruptcy encompasses a number of competing—and sometimes conflicting—values in this distribution*”, para BAIRD, “*the only goal of bankruptcy is to enhance the collection efforts of creditors with state-defined property rights*”. Para BAIRD todo derecho concursal are to be tested por una sencilla medida: “*whether they enhance or diminish the creditors collective benefits*”.

(29) Cfr. BERMEJO GUTIÉRREZ, *cit.*, p. 473.

de pérdidas que parte de un hecho claro y cierto: igualdad sí pero una *igualdad entre iguales*.

La *par condicio creditorum* inevitablemente no se plasma en la norma concursal ya que esa hipotética igualdad de trato entre acreedores es sumamente relativa, tornándose en desigualdad manifiesta cuando se trata de amparar a determinados acreedores ultraprivilegiados que en definitiva cortocircuitan el hipotético tratamiento paritario. Tamaña asimetría condiciona dos ámbitos indudablemente, el primero, de que son pocos los acreedores los que conocen o pueden conocer la verdadera situación patrimonial del deudor y los presupuestos objetivos del concurso (acreedores con privilegio público, acreedores con garantía real) y, por tanto, solicitar un concurso necesario que normalmente no harán, dado que en segundo lugar, pretenderán buscar o bien el amparo de una ejecución inmediata de una garantía o bien la posición de privilegio, ya en el convenio, ya a través de la posición de pagos a estos acreedores específica de la liquidación ex artículo 155 de la norma de 2003, 430 y ss., de la norma de 2020.

Los acreedores privilegiados buscarán la optimización de su crédito, la mayor posibilidad satisfactiva del mismo. De ahí que el interés en el concurso, pero también antes del concurso se exteriorice de modo diferente según la posición que un acreedor ocupa en la jerarquización y prelación de pagos<sup>30</sup>. Véase sino el contraste entre el trato que se dispensa a las Administraciones Públicas en materia crediticia y el sacrificio a que se somete a los trabajadores con la significativa eliminación del privilegio procesal de ejecución separada que, hasta 2003 existía, y que lo único que provoca es un infragarantismo en la protección laboral, si bien posteriormente se ha remediado ubicando, un tanto a la ligera, sin arte ni son, una parte de los créditos laborales bajo el manto protector de los créditos contra la masa<sup>31</sup>. Lo que sale por la puerta acaba entrando por la ventana, en este caso trasera.

Esta satisfacción preferente se concreta en dos facultades: la primera, la recuperación preferente de valor, y la segunda, la recuperación del crédito al margen del concurso, gracias al derecho de ejecución separada. Mas ello no implica, sin más, tachar a aquéllos de provocar una negativa pérdida de valor a los ordinarios. Pensemos así en el supuesto de créditos garantizados, cuya legítima pretensión no es otra que la de la recuperación total del crédito, –para lo cual no estarán exentos de constituirse incluso sobregarantías–, cuestión que provocará el traslado del riesgo del crédito garantizado sobre los créditos ordinarios, con lo que se incrementa en definitiva el riesgo y se reduce su valor. No es menos cierto cómo los acreedores garantizados sólo deben preocuparse por el valor de los activos específicos

(30) Conforme, entre otros, JACKSON/SCOTT, “On the nature of bankruptcy: An essay on bankruptcy sharing and the creditors’ bargain”, *Va. L. R.*, 1989, vol. 75, n.º 2, pp. 155 y ss., p. 160.

(31) Sobre estos extremos *vid.* ALAMEDA CASTILLO, “La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales”, *Actualidad Laboral*, n.º 32, 2002, pp. 659 ss., p. 664.

destinados o afectados al pago de sus créditos, a menos que ese valor disminuya más allá que el valor de sus préstamos, por lo que incluso no se preocuparán aunque el deudor concurse.

Otra cuestión sería, por ejemplo, el supuesto de una garantía constituida sobre valores negociables, valores que tienen referenciado diariamente un precio objetivo, esto es, el de su respectivo mercado de cotización, por lo que el acreedor pignoraticio puede comprobar, incluso a diario, si el precio de esos valores fluctúan o no por debajo de un umbral que juega como margen de garantía –*beleihungsquote*–. Si lo atraviesa y aun cuando la garantía tiene un valor económico mayor que el propio préstamo o contrato de financiación, el acreedor puede exigir una reposición de esa misma garantía o creación de una nueva, con un incremento e incluso un intercambio de unos valores por otros de mejor valor y mejor cotización, a través por ejemplo de una prenda rotativa o dinámica de valores, con los problemas que esta figura lleva aparejada<sup>32</sup>.

Una ventaja de la que dispone el acreedor a su favor y sin excesivos costes de vigilancia o monitoreo como fácilmente es observable, a cuyo favor juega el beneficio de la pérdida del plazo (*ex* artículo 1129.3 del CC), por lo que, si el deudor no repone el valor de la garantía, la obligación principal deviene exigible.

El artículo 1129 del Código Civil habilita al acreedor a ejecutar la garantía al perder el deudor el beneficio del plazo cuando se produce una disminución de la garantía y su no ulterior reposición o integración de su valor. En su párrafo tercero se plantea el supuesto de esa pérdida de garantía cuando el deudor por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas y, cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que fueren inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras. Por tanto, este artículo es garantía del acreedor, pero también del deudor<sup>33</sup>.

Cuando menos y, en líneas generales, los acreedores se ahorran el coste de vigilar el funcionamiento de la sociedad, *monitoring costs*, ya que la garantía es un excelente sustituto del *monitoreo* continuo del deudor para asegurarse de que no agote los activos disponibles para el pago del crédito<sup>34</sup>. Qué duda cabe el hecho de que resulta más fácil para una entidad de crédito por ejemplo evaluar el riesgo por falta de pago que a un mismo accionista que probablemente sabe poco o nada del negocio en que ha invertido, y por supuesto siente una mayor aversión al riesgo que una entidad de crédito. Ahora bien, esta es una circunstancia previsible, ya que todo acreedor,

(32) Sobre estos extremos ya tuve ocasión de pronunciarme en VEIGA COPO, “Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, *RDBB*, n.º 82, 2001, pp. 33-74, p. 43 y ss. Así como en VEIGA, *Tratado de la prenda*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2017.

(33) Nuevamente, VEIGA COPO, “Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, *cit.*, p. 45.

(34) *Vid.* con mayor profundidad POSNER, *El análisis económico del derecho*, México, 1998, p. 377.

tanto ordinario como no ordinario, puede prever la probabilidad de que existan créditos garantizados, por lo que racionalmente todo acreedor puede anticipar y descontar en el diseño de su crédito esta circunstancia, obviando de este modo el juego de suma de cero.

Así las cosas, si los créditos ordinarios resultan insatisfechos, no es una *injusticia*, sino la consecuencia de lo que ellos mismos contrataron<sup>35</sup>; cuestión distinta es si tuvieron o no realmente la oportunidad de proveerse de una garantía o si por el contrario, pudiendo hacerlo no quisieron o no lo hicieron. Si los acreedores tienen libertad para elegir la condición de su deudor y los términos en los que se realiza por ejemplo un préstamo, carece de sentido aplicar criterios de justicia para solventar problemas de preferencia<sup>36</sup>. Si un acreedor decide asumir un mayor índice de riesgo en aras de una mayor rentabilidad, no podrá, manifestada la insolvencia del deudor, obtener una satisfacción superior a la que le corresponde en función del riesgo contratado<sup>37</sup>.

## II. PREFERENCIA NEGOCIAL VERSUS PRIVILEGIO LEGAL

La preferencia consiste en el refuerzo de la tutela ordinaria del derecho de crédito a través de la adición de un nuevo derecho de naturaleza personal que se ejerce no ya frente al deudor sino frente a los acreedores de éste. Toda preferencia goza o tiene un fundamento jurídico, que descansará en unas u otras bases, sean objetivas, subjetivas, cuantitativas, temporales, etc<sup>38</sup>. Cuando un acreedor goza de una garantía real, la preferencia no constituye sino uno de los derechos que le confiere esa compleja

(35) No compartimos la premisa de WARREN, “Bankruptcy Policy”, *cit.*, 804 de que el medio más efectivo para lograr ciertamente que la estructura de la quiebra *promotes collectivism* sea la de no *recognize security interests in bankruptcy*. Defiende que si no hubiera una clase de acreedores superior a otra en la quiebra entonces todos los acreedores *stood to lose or gain on a pro rata basis*, con lo que la cuestión de la collateral sería más simple. Los acreedores colectivamente conservarían o venderían la garantía lo que sin duda traería más dinero a la masa. Nadie tendría otro interés más que el de *maximizing the return to the estate, because no one would profit except by such maximization*.

(36) Sobre el particular, JACKSON/KRONMAN, “Secured Financing and Priorities Among Creditors”, *Yale L.J.*, (1979), 88, pp. 1143 y ss., p. 1148.

(37) Conforme BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, *cit.*, p. 111.

(38) De hasta tres fundamentos jurídicos del privilegio nos habla la Sentencia del Juzgado n.º 2 de lo Mercantil de Bilbao de 19 de diciembre de 2006 cuando asevera y desarrolla el fundamento formal, esto es, la autenticidad de la causa del crédito por la forma *ad solemnitatem*, basa de preferencia en la codificación, con la preconstitución de titulación y la publicidad, caso de las garantías reales; de fundamento funcional, que responde al bien común institucionalizado, caso de los créditos salariales y “para-salariales” de autores y trabajadores por cuenta propia, fiscales y de Seguridad social, amén de clásicos y modernos privilegios como es el caso de los créditos por responsabilidad extracontractual y, por último en el fundamento en la certeza de una aportación patrimonial de origen, como son los casos por refacción material, de trabajo y de capital. En el procedimiento concursal se admite el fundamento –afirma la Sentencia–, mero-formal sólo en el campo de las garantías reales, y el de origen resulta muy residual, siempre entre los privilegios especiales, por lo que los privilegios generales son funcionales.

institución. Un derecho de índole personal añadido a un crédito respecto del cual se presenta siempre en relación de dependencia. Por lo tanto, en una garantía real confluyen un derecho real y un derecho de preferencia, cuya conservación se asegura gracias al derecho real<sup>39</sup>.

El derecho real es el medio del que se sirve la ley para proteger el otro derecho conferido al acreedor, el derecho de preferencia. El derecho a satisfacerse con preferencia frente a otros acreedores no es una mera consecuencia de la existencia de un derecho real, sino de un derecho de preferencia, cuya eficacia es protegida por el derecho real<sup>40</sup>. Sintomática la reciente sentencia del Supremo de 8 de junio de 2020 a propósito de un derecho real de hipoteca, privilegio y la confrontación con la fianza en la que había una contragarantía hipotecaria. Para el Supremo el crédito del fiador es privilegiado especial al haberse concertado la contragarantía con una hipoteca, ya que ésta cubría el propio crédito del fiador y no los de los acreedores garantizados por la fianza.

La finalidad de un derecho real de prenda, como también de una hipoteca, una anticresis, no es otra que la de garantizar un crédito, y garantizarlo de un modo sencillo, no costoso e ineficiente<sup>41</sup>. Cuestión distinta es

(39) Como bien ha recordado CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía*, 3.ª ed., cit., p. 65 a excepción del n.º 3, –refiriéndose al artículo 90.1 LC– en el resto de los casos, el privilegio nace de un derecho convencional de garantía o (caso de la anticresis), de un negocio convencional. Mas con la excepción del n.º 4, todos los supuestos de privilegios especiales se extienden al “crédito” garantizado en su conjunto, incluyendo principal, intereses, indemnizaciones y costas.

(40) En las garantías reales, el derecho real se concibe como derecho de persecución, cuya misión no es otra que la de proteger el otro derecho conferido por la garantía, esto es, el derecho de preferencia. Cfr. ROPPO, *Manuale di diritto civile*, Milano, 1983, p. 178; sobre la relación entre derecho real y preferencia como meramente instrumental Vid. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., II, 2, Milano, 1950, pp. 75 ss. En España han destacado su carácter instrumental LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, Murcia, 1960, p. 67; para GARRIDO, “Teoría general de la preferencia”, *ADC*, 1998, p. 1806 el derecho real que acompaña a las garantías reales se encuentra en perfecta simbiosis con el derecho de preferencia, formándose entre uno y otro un conjunto armónico.

(41) Recuerdan WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN, *Derechos reales*, II, 7.ª ed., Madrid, 2008, p. 1483, como la finalidad de la constitución de un derecho de prenda ha de ser garantizar un crédito. Una responsabilidad aislada, sin deuda, como la de la deuda inmobiliaria, no existe sobre cosas muebles salvo excepciones. El crédito es requisito para la prenda, pues no sólo tiene un efecto determinativo del titular del derecho, sino que es requisito esencial para la misma existencia del derecho. Al indagar sobre la función económica de la prenda de Imposición a Plazo, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, “Notas críticas sobre la prenda de *imposiciones a plazo fijo*”, *RJNot.*, 2004, n.º 50, pp. 165 y ss., p. 167 señala como en todo caso y por la especial significación de la prenda y de las operaciones bancarias, es preciso, junto a la función preventiva que la garantía desempeña como estímulo al cumplimiento de la obligación, que la garantía sea sólida, lo cual implica su fácil realización y la preferencia de la misma frente a los restantes acreedores del deudor. En otro caso, la prenda de la IPF dejará de ser una garantía útil en el tráfico bancario y será sustituida por otros medios de garantía. Véanse también las reflexiones de SÁNCHEZ GUI-LARTE, “Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta”, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, cit., pp. 660 y ss., y en donde distingue la pignoración del saldo de una cuenta corriente, que amén de no presentar dificultades, tampoco demasiadas utilidades, habida cuenta que

la inversión en la práctica de estas finalidades. Ineficiencias que, por ejemplo, el traslado posesorio incrementa, pero al mismo tiempo puede incluso vetar la posibilidad que determinados bienes o actividades empresariales puedan servir para colmar una finalidad de garantía. Por no avanzar ahora que la premisa básica para la realización de la garantía en caso de incumplimiento es la posesión de la misma por parte del acreedor.

En otros ordenamientos también lo son las transmisiones fiduciarias o las ventas con reserva de dominio, ambas configuradas como garantías reales sin desplazamiento, donde las nítidas fronteras entre una y otra figura, incluso son diluidas tolerándose formas ampliadas de garantía y cláusulas de globalidad en la reserva de propiedad y que son trasladables entre una y otra categoría. Y lo son ocupando un hueco que la prenda clásica no ha sabido emplazar, desempeñar ni ocupar<sup>42</sup>. O tal vez ni siquiera ha podido o le han dejado sus anclajes rígidos atemperados a otra realidad social bien diferente a la actual excedida por la innovación y las necesidades de la práctica moderna.

En toda garantía existe una obligación *erga omnes* que se refiere al derecho real contenido en ella, pero no al derecho de preferencia que la misma confiere. Todos los terceros deben respetar la existencia del derecho real

la misma o el saldo por sí mismo se ve reducido por los pagos que se efectúan a terceros, compensaciones de disposiciones del titular vía cheque, servicio de caja, etc., en cambio la pignoración de los depósitos a plazo, caracterizada por la ausencia de movilidad, permite una pignoración e inmovilización efectiva de la suma pignorada. Desglosa el autor además la vertiente depósito a la vista y depósito a plazo. Sobre estas posibilidades, *vid.* además, DE EIZAGUIRRE, “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos valores”, *RDBB*, 1987, n.º 25, pp. 179 y ss.; TAPIA HERMIDA, “Pignoración de saldos de depósitos bancarios”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II-1, *Garantías reales. Garantías mobiliarias*, [MUÑOZ CERVERA/ NIETO CAROL (Coords.)], Madrid, 1996, pp. 851 y ss.; así como, la pequeña monografía de LÓPEZ ORTEGA, *La prenda de imposiciones a plazo*, Madrid, 2002. Pignoraciones particulares con la peculiaridad que el depósito o la imposición implica la pérdida de la titularidad dominical del dinero por parte del depositante y la posibilidad de utilización de la entidad del crédito del mismo, comprometiéndose a la restitución del nominal *–tantumdem–* más los intereses. No olvidemos que lo que se pignora no es sino el derecho que el depositante bancario tiene a la restitución del dinero entregado incrementado con los intereses pactados toda vez que transcurra un determinado intervalo temporal que marca la rentabilidad. Con rotundidad, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 25 de junio de 2001 (RJ 2001, 5080).

(42) Afirma SERICK, *Las garantías mobiliarias en derecho alemán. Perfiles y principios*, [CARRASCO PERERA (Traducc. de)], Madrid, 1990, pp. 76 y ss., a propósito de la modernización del sistema de garantías reales, que sólo puede llevarse a cabo si se generan instrumentos que respondan a caracteres como que “ninguna posesión inmediata por parte del acreedor, sino la posibilidad de titularizar el bien a favor del deudor; no necesidad de la notificación en el caso de garantía sobre el crédito; ningún requisito formal de publicidad para la constitución de la garantía sobre cosas muebles, en particular la legitimación del dador de la garantía individualizada por medio de la referencia al objeto de la empresa en el ámbito de la gestión comercial ordinaria, o bien la legitimación para su elaboración en el ámbito de la empresa; posibilidades de liquidación de la cosa que correspondan a las necesidades comerciales y que puedan ser adaptadas con una cierta elasticidad a las diversas circunstancias, y que no se encuentren desde el principio constreñidas en esquemas prefijados por normas imperativas”.

contenido en la garantía, lo que no significa que todos los acreedores concurrentes en la ejecución del bien deban respetar el derecho de preferencia del acreedor garantizado, ya que este derecho, por su naturaleza personal y relativa, no puede obligar a los acreedores que gocen de privilegios que le confieran derechos preferentes superiores a los del propio acreedor garantizado<sup>43</sup>.

No olvidemos que las garantías reales tanto inmobiliarias como sobre todo las mobiliarias tienen que ser protegidas en la situación de insolvencia; es aquí precisamente donde radica su centro de gravedad cuando se consideran estas garantías desde la perspectiva de su utilidad económica. Metafóricamente hay quién con atinado juicio ha señalado que la devaluación de las garantías supondría una amputación realizada con un cuchillo oxidado<sup>44</sup>.

Cuando un acreedor financia el proyecto de un deudor, por un lado recela de la situación igualitaria que comprende la responsabilidad patrimonial universal, por lo que incrementa la seguridad de la recuperación de su crédito mediante la constitución de una causa de preferencia de origen negocial, es decir, una garantía; pero por otro lado, el acreedor garantizado sabe que sobre ese mismo objeto de su garantía existen otros acreedores que estén protegidos por una causa de preferencia de origen legal, –un privilegio–. Éste dota de preferencia a acreedores que no han negociado la atribución de la causa de preferencia con el deudor. Ambas causas preferentes, legal y negocial, conceden al acreedor el derecho de satisfacerse con prioridad sobre el resto de acreedores ordinarios. Mediante los privilegios (cuyo origen es legal) se busca proteger a acreedores contemplados por las normas legales, a los que se tutela por representar intereses dignos de protección<sup>45</sup>.

La protección preferencial de acreedores por disposición legal se traduce en un coste para el sistema crediticio, pues la asignación de derechos

(43) La absolutidad del derecho real no se extiende al derecho de preferencia, y es por ello perfectamente posible que exista un derecho de preferencia de otro tipo, como un privilegio, que atribuya un derecho de preferencia superior al que confiera una determinada garantía real. Cfr. GARRIDO, “Teoría”, *cit.*, p. 1808.

(44) Eran las palabras de SERICK, *Garantías mobiliarias en derecho alemán*, (CARRASCO PERERA (traducción de)), Madrid, 1990, pp. 144-145 cuando en los años ochenta trataba de proteger la eficacia y eficiencia de este tipo de garantía ante determinadas propuestas que buscaban una devaluación y postergamiento de tales garantías, así señalaba: “Hoy, sólo puedo añadir que, si estas propuestas se convirtiesen en ley, y dado el efecto expansivo del procedimiento concursal unificado de insolvencia, la misma existencia de estas garantías mobiliarias quedaría anulada incluso fuera del derecho de insolvencia. Este proceso ha sido descrito por mí en el tomo VI de mi monografía de la siguiente forma: las garantías mobiliarias alemanas sufrirían un destino enteramente comparable al que se ha podido escribir sobre la cultura mexicana: serían asesinadas en el mayor esplendor de su desarrollo... destruidas como un girasol al que un caminante arrancara la cabeza”.

(45) Sobre estos extremos me remito entre otros, VEIGA COPO, *La prenda de acciones*, 2.ª ed., 2015, pp. 43 y ss.; *idem*, “La ejecución del art. 1872 del Código Civil, la subasta notarial y el pacto comisorio”, *RDBB*, n.º 87, 2002, pp. 139-199, p. 141 y ss.

que efectúa la ley se realiza limitando al deudor la posibilidad de establecer el orden de graduación entre sus acreedores<sup>46</sup>. Es la existencia de estos acreedores privilegiados la que explica en buena medida la proliferación de las garantías, y en especial las reales, siendo un medio de esquivar los derechos de preferencia atribuidos por la ley a los acreedores privilegiados<sup>47</sup>.

Las garantías suelen tener una posición superior a la de los créditos privilegiados. Si bien la mayoría de acreedores tutelados por una garantía ven satisfechos sus créditos con prioridad a los acreedores tutelados por un privilegio, no ocurre lo mismo con los acreedores ordinarios. Esto explica la contracción del crédito ordinario, pues difícilmente un acreedor concederá financiación sin garantía, ya que sabe que siempre cobrarán antes que él aquellos acreedores que cuando menos gocen de un crédito privilegiado. Sin garantía no hay, ni tampoco puede haberlo, crédito.

No cabe la menor duda que el empleo de estas técnicas e instrumentos alternativos, que en suma buscan lograr una posición de preferencia, pone de manifiesto la quiebra y la rigidez del sistema de garantías reales tradicionales que parten de un principio de tipicidad legal de las causas de preferencia. Este desmesurado afán por escapar a las reglas de la igualdad entre acreedores lleva inevitablemente a que éstos ideen y empleen técnicas alternativas a las garantías reales, que cuando menos logren un resultado de preferencia análogo al de aquéllas, pero que a la postre terminan por desnaturalizar tanto las tradicionales formas de garantía como las propias causas de preferencia.

El problema no es tanto el de si existe un *numerus apertus* de derechos reales, ya con base legal, ya creadas por voluntad de las partes, sino que aquél radica, en que sólo la ley, y sólo la ley, puede sentar las bases de un negocio jurídico que a la postre significa una discriminación y perjuicio de los terceros. Es decir, no se trata tanto de si los negocios y derechos reales son un catálogo cerrado o no, sino el preservar el principio de legalidad de las causas de preferencia, que necesariamente se traduce en un principio de *numerus clausus* de los derechos de preferencia<sup>48</sup>. No cabe duda que una

(46) Si las causas de preferencia de origen negocial responden a necesidades objetivas de la economía, la mayoría de las causas de origen legal revelan decisiones políticas de considerable importancia, que instituyen una jerarquía de valores digna de protección. Sobre el particular, v. GARRIDO, *Garantías reales*, cit., p. 79; un buen estudio sobre la diferencia no de estructura sino de función entre privilegio y preferencia en GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, cit., p. 10.

(47) GILMORE, *Security interest in personal property*, Boston, 1965, 2 vols., p. 361 señala como la creación de un único derecho y contrato de garantía –art. 9 UCC–, al menos da a los acreedores que proporcionan el capital necesario a la empresa la oportunidad de protegerse contra el monstruo devorador de los privilegios legales. Un interesante estudio sobre los derechos de prioridad de los créditos y su impacto en los costes de una *corporate reorganization* es llevada a cabo por BAIRD, “The importance of priority”, *Cornell L.R.*, (82), 1997, pp. 1420-1435, quién además cuestiona dentro del *puzle de prioridades* el cambio de orientación dentro de los derechos de preferencia y los beneficios y costes que conlleva.

(48) En esta línea argumentativa insiste GARRIDO, *Tratado*, cit., p. 492 puesto que los negocios por los que se crea una causa de preferencia no están tutelados por el principio

utilización inconsciente y masiva de causas atípicas de preferencia constituyen un desvalijamiento del sistema de tutela conflictual del crédito, provocando el hundimiento del complejo edificio de la tutela preferencial del sistema crediticio<sup>49</sup>.

Como ya nos hemos planteado en nuestro estudio monográfico sobre la prenda, los interrogantes se suceden, a saber, ¿sirven los viejos marcos jurídicos de las garantías reales en el momento actual y ante la dinamicidad negocial y económica?, ¿por qué anclarnos o aferrarnos a una regulación decimonónica de la prenda, o incluso de la hipoteca, verdaderamente testimonial cuando los cauces prácticos realizan y exigen operaciones o negocios jurídicos de prenda o pignoración que nada tienen que ver con lo regulado en los artículos 1863 y ss., de la norma civil?<sup>50</sup> ¿más rigidez y dirigismo regulatorio anclado en el orden público y el *numerus clausus* o por el contrario fagocitamos las fracturas y las fronteras de las coberturas y caminamos hacia una mayor integración y uniformidad incluso transnacional de las garantías reales en base a una mayor flexibilización de modelos?<sup>51</sup>, ¿debe ocupar la autorregulación privada los resquicios y lagunas que deja la ley y permite y sigue permitiendo el legislador?

general de respeto a la autonomía de la voluntad, ya que, por esencia, son negocios en perjuicio de terceros. No han sido pocos ni extraños los autores que nos recomiendan no una lectura sino toda una relectura del artículo 89 concursal para dar cabida como privilegio especial a una “garantía real” totalmente ignorada por el legislador concursal, así, y respecto al derecho de retención catalán, *vid.* entre otros muchos que postulan su asimilación absoluta a una garantía real que no lo es, ANDERSON, “El derecho de retención de la ley catalana 19/2002 en el concurso de acreedores”, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, [LAUROBA/MARSAL (Eds.)], Madrid, 2006, pp. 483 y ss., pp. 498 y ss.

(49) En este sentido POTTSCHMIDT/ROHR, *Kreditsicherungsrecht*, cit., p. 308 hablan de una pérdida de funcionalidad del *Insolvenzverfahrens*, a la vez que de un desvalijamiento –*Ausplünderung*– de los bienes de la empresa.

(50) No sólo el anclaje normativo de la prenda se residencia en el Código Civil, artículos 1857 y ss., sino también hallamos regulaciones tales como la prenda agrícola y ganadera sin desplazamiento, regulada por un decreto de 22 de septiembre de 1917, la prenda aceitera regulada por decreto de 1935, la prenda industrial regulada en 1941 y que supuso una adición de artículos a la regulación del Código Civil. Normativas que no están derogadas, salvo algunos extremos que tienen que ver con los títulos de tradición, y que se complementan sin duda con el otro gran bloque regulatorio de la garantía real mobiliaria por excelencia, la prenda. Así, la prenda sin desplazamiento posesorio encuentra su regulación en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 1954, desarrollada en Reglamento y que ha sido objeto de reformas en los últimos años, sobre todo por la Ley 41/2007 relativo a cuestiones de inscripción registral de la prenda de créditos. Normativa que se completa también a efectos registrales con toda la regulación atiente al registro de bienes muebles RD 1828/1999).

(51) Señala BUSSANI, “Los modelos de las garantías reales en civil y *common law*. Una aproximación de derecho comparado”, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, [LAUROBA/MARSAL (Eds.)], Madrid, 2006, pp. 237 y ss., p. 238 como la integración reduce las desigualdades en las ventajas que los empresarios, e incluso los particulares, pueden obtener de la competencia internacional en el mercado financiero, de un lado, por la dependencia de un dato económico-cuantitativo, a saber, el enorme volumen de capitales que giran alrededor de los instrumentos de garantía del crédito en el mercado financiero internacional, de otro lado, por es el sector de las garantías reales donde la jurisprudencia nacional y la doctrina no pueden ofrecer soluciones que logren por sí solas reformar

¿Cuál es la verdadera cultura jurídica que sobre las garantías reales existe en cada país y sobre todo en el tráfico internacional?, ¿ha habido una evolución normativa continuada y lineal o por el contrario verdaderas fracturas en los distintos sistemas jurídicos?<sup>52</sup>, ¿cuál es el verdadero sustrato jurídico y económico del tráfico sobre el que hoy se asientan las garantías reales?, ¿qué tipo de incertidumbres generan las garantías reales, sobre todo la prenda y la cesión de créditos?<sup>53</sup>, ¿cómo resisten las garantías reales ante los procedimientos concursales o de insolvencia?, ¿inmunidad frente

en profundidad ni contener las instituciones o las técnicas que escoge el mercado. Esto provoca que sean precisamente los actores del mercado los que se orienten a lugares y sistemas en los que las condiciones jurídicas les sean más favorables. Sin duda la integración irrumpe con fuerza toda vez que se analiza la distinta regulación sobre garantías reales en cada país, donde las normas vigentes aconsejan y demandan su superación. Adviértase incluso como dogmáticamente en el derecho francés en pura técnica jurídica se distingue entre *sûreté* y *garantie*, siendo precisamente la clasificación de las *sûretés* por la técnica de garantía que implica una de las aportaciones más genuinas y depuradas. Así, y sobre esta distinción y sus fundamentos, véase el análisis de JOBARD-BACHELLIER/BOURASSIN/BRÉMOND, *Droit des sûretés*, Paris, 2007, pp. 4 a 11. Sobre esta necesaria flexibilización, véase GRIMALDI, “La prenda en el derecho francés: derecho positivo y proyecto de reforma”, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, [LAUROBA/MARSAL (Eds.)], Madrid, 2006, pp. 17-25, pp. 21 y ss., donde defiende esa flexibilización de cara al fortalecimiento de la eficacia de la garantía proponiendo esa flexibilidad en tres tipos relativos de prenda, en la de muebles corporales, en la pignoración de créditos y la pignoración de valores mobiliarios. Consciente el autor de las rémoras que suponía hasta la reforma de 2006 la legislación sobre prenda, la reforma rompe radicalmente con la tradición posesoria y desplazamiento, facilitando y desdoblado la prenda en función de los bienes, sean estos muebles corporales o muebles incorporales, lo que abre camino a la posibilidad de pignorar stocks de empresa, volumen de negocio futuro, créditos, etc., que con la vetusta y anacrónica legislación no solo no se podía sino que también se limitaba la capacidad para obtener crédito.

(52) Adviértase como en España la jurisprudencia ha modelado y modulado la naturaleza y configuración de la prenda de créditos en Sentencias ya clásicas y reiteradas del Tribunal Supremo. Lo mismo ha sucedido en Francia en los últimos años respecto a la prenda de dinero, o respecto al pacto comisorio en Italia. Igualmente en el caso alemán más que una evolución en el ámbito de las instituciones garantorias *strictu sensu*, ha habido una evolución creciente y aceptación prioritaria de figuras que sitúan su epicentro en la transmisión en garantía o enajenación en garantía como la reserva de dominio y la transmisión fiduciaria y en los que la médula se sitúa en discernir claramente los límites de la garantía y fronteras de cobertura –*Deckungsgrenze*–, así como el valor de las mismas en aras a evitar una abusiva sobregarantía. Véase el clásico trabajo de CANARIS, “Die Problematik der Sicherheitenfreigabeklausel im Hinblick auf par. 9 AGBG und par. 138 BGB”, *ZIP*, 1996, pp. 1109, p. 1121 y ss. En la doctrina francesa AYNÈS, “Le gage de meubles corporels”, *Dr. et patr.*, 2005, n.º 140, pp. 61 y ss., p. 63.

(53) Sagaz y certero CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la ley concursal*, 1.ª ed., Madrid, 2004, p. 32 cuando deja claro los problemas que esta garantía despliega todavía hoy. Afirma como siendo la cesión en garantía y la prenda de créditos presentes y futuros las formas más baratas y flexibles de garantía real, serían también las más eficaces si todavía no quedasen enormes lagunas no resueltas por la jurisprudencia de este país y cuya clarificación sería esencial para asentar la financiación sobre intangibles. Asimismo señala, p. 33, como fácticamente se pierde también eficacia cuanto más extenso es el conjunto de intangibles pignorados y cuanto mayor es la legitimación del deudor de proceder sobre tales activos, que muchas veces son necesarios para general el *cash flow* de proceder financiado. La debilidad de esta garantía radica, en que poniendo a cubierto con ella el acreedor de la insolvencia del pignorante, no se libra de la insolvencia del deudor cedido.

a rescisión de la operación financiera principal garantizada?<sup>54</sup>, qué juego marca la compensación legal como garantía y cuál la prenda?, ¿cumple la compensación, sea ésta legal, sea convencional, una genuina voluntad o función de garantía?<sup>55</sup>, cuando se puede emplear o constituir una prenda y cuáles son sus objetos se convierte quizás, en el antecedente, en el prius lógico y necesario que debe analizar y reflexionar el operador económico jurídico que acude a este figura garantoria<sup>56</sup>.

La preferencia que confieren los privilegios se proyecta, o bien sobre la globalidad del patrimonio del deudor, o bien sobre el valor que representa un bien concreto o aislado, sea este mueble o inmueble. Por su parte cuando hablamos referencialmente de privilegios generales y privilegios especiales, entendemos por los primeros los que dan preferencia a determinados créditos sobre el valor de la totalidad de los bienes integrados en el patrimonio del deudor<sup>57</sup>.

(54) Pensemos simplemente en los enormes problemas jurídicos que puede plantear el aseguramiento a través de una garantía real de una sociedad dominante o matriz, incluso una filial, a otra sociedad del grupo y que concursa o es insolvente. Al margen de la disputa doctrinal, incluso legislativa en algunos ordenamientos, sobre la viabilidad o no de una consolidación patrimonial al resto del grupo, con lo que las fronteras entre la responsabilidad limitada y la personalidad jurídica propia e independiente de cada una de las sociedades que la conforman, ¿quid en aquellos casos de refinanciación, incluso de rescisión si por el medio están implicadas prendas otorgadas por otras sociedades del grupo? Nos avanzan esta problemática SÁNCHEZ-CALERO/FUENTES, “La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español”, *ADCo*, 2011, n.º 22, pp. 9 a 46, p. 41 quienes avanzan que la Guía Legislativa de la CNUDMI reconoce la consolidación patrimonial como uno de los principales problemas de cara al tratamiento de acreedores garantizados. En efecto, quien disponga de una garantía real sobre el bien de una sociedad se preguntará, en caso de consolidación, si la misma permanece afectada o circunscrita a ese mismo bien o se entiende ampliada al patrimonio consolidado. Los autores se decantan por la solución más sencillo que no sería otra que la primera, dejando a los acreedores con garantía real al margen de la consolidación. No se olvide que la consolidación patrimonial implica una unidad patrimonial que, aun cuando no permita considerar que afecta a un único titular, sí permite afirmar que se produce una confusión sobre ese mismo patrimonio de los créditos y deudas, lo que afecta sin duda a las deudas y garantías intragrupo, lo que conduce a un pronunciamiento del que se van a ver especialmente favorecidos los acreedores externos al grupo. Se trata, por un lado, de la cancelación de los créditos y deudas entre las empresas del grupo afectadas por la misma y, por otro, de extender esa cancelación a las garantías constituidas a favor de las sociedades del grupo.

(55) Se preguntan CARRASCO/CORDERO/MARÍN, “La prenda de créditos”, *Tratado de los derechos de garantía*, II, cit., p. 249 ¿cuándo ha de valer un pacto de compensabilidad como prenda?, a lo que contestan que la simple facultad de compensar saldos o cuentas activas o pasivas no equivale a prenda, sino que comporta un pacto de vencimiento anticipado para el futuro o establece una relación de cuenta corriente impropia. Sobre el juego y dimensión de la compensación y la prenda de créditos, nuevamente e imprescindible, la extraordinaria monografía de GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, cit., p. 62 y ss.

(56) Se preguntan SIMLER/DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, cit., p. 24 y 25 si realmente estamos ante una inflación de garantías o por el contrario ante un abuso de las mismas. Antes se había hecho en la doctrina francesa semejante interrogante, MOULY, “Abus de caution?”, *RJCom.*, 1982, n.º especial L'évolution de droit de sûretés, pp. 13 y ss.

(57) *Vid.* por todos DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., p. 754. También GULLÓN, “Comentario art. 1921”, *Comentarios del Código Civil*, II, Madrid, 1993, p. 2065.

La *ratio* justificativa de estos privilegios se encuentra en el interés del legislador en amparar aquellos créditos que simbolizan causas dignas de protección<sup>58</sup>. El privilegio no es más que un instrumento utilizado para la consecución de determinados fines específicos, tutelando bien al acreedor de una relación crediticia, bien al propio deudor, como es el caso de amparar determinadas necesidades humanitarias, *-pietatis causae-*, bien a una determinada relación contractual digna de especial tutela o amparo, o bien los privilegios que tutelan los intereses públicos, como por ejemplo el privilegio de los créditos tributarios a favor de la provincia o del municipio no contenido en el art. 1923.1 CC (art. 71 LGT), o los créditos por cuotas de la Seguridad Social, recargos o intereses. Los privilegios generales recaen sobre la globalidad del patrimonio del deudor<sup>59</sup>.

El privilegio general es una mera prioridad de cobro que no se centra en ningún bien concreto y determinado, por lo que del mismo no se desprenderían efectos reales. No en vano se suele decir que la preferencia de cobro que no se hace efectiva sobre bienes concretos es una mera cualidad del crédito y no una medida que venga a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene<sup>60</sup>.

De hecho cuando es posible la satisfacción íntegra de los créditos de todos los acreedores, la preferencia o el privilegio sólo son criterios para ordenar y priorizar la satisfacción de los créditos. En cambio, cuando la situación es de insolvencia manifiesta y el patrimonio es insuficiente para la satisfacción de los acreedores, lo que era una simple cualidad del crédito pasa a robustecerse con los caracteres de un derecho real sobre el valor realizado. Esto es lo mismo que señalar que si el deudor está en condiciones de satisfacer todas sus deudas, la preferencia de un crédito opera en situaciones de mera concurrencia de créditos contra la totalidad del patrimonio del sujeto pasivo, como derecho a cobrar antes de que otros acreedores puedan proceder contra tal patrimonio. Sin embargo, en situaciones de insolvencia, la preferencia en el cobro se ejercita en el marco del concurso.

A su vez, los privilegios especiales son aquellos que recaen sobre bienes concretos del patrimonio del deudor, muebles o inmuebles. Obviamente

(58) Interesante el artículo de TARANTINO, “Credito privilegiato del professionista: è riconosciuto solo se l’attività è svolta a titolo individuale”, *Diritto & Giustizia*, 2019, vol. 36, pp. 11 y ss., sobre el alcance y subsistencia del privilegio, así como las consecuencias de una obligatoriedad de insinuación.

(59) Conforme ARIAS VARONA, “Artículo 90”, *Comentario a la Ley Concursal*, [PULGAR (Dir.)], Madrid, 2016, p. 1153 cuando al comparar el privilegio especial con el general y con el crédito subordinado advierte como el contratos entre el régimen del especial con el del privilegio general, pero también el subordinado, radica en que estas dos últimas categorías recaen sobre la totalidad del patrimonio del concursado y presuponen la concurrencia simultánea de diferentes acreedores. De ahí que la función de la norma sea, simplemente, detallar los que se reconocerán como tales en el concurso a través de una lista cerrada de supuestos.

(60) En parecidos términos LACRUZ BERDEJO, “Sobre los privilegios del salario y en particular el “superprivilegio” del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores”, en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, II, Zaragoza, 1992, p. 251; MUÑOZ MÉRINO, *Privilegios del crédito tributario. El derecho de prelación general*, Pamplona, 1996, p. 57.

su realización sobre bienes individualizados los aproxima a las garantías reales, pues apenas hay diferencia entre la preferencia asociada a las garantías reales convencionales con los privilegios especiales<sup>61</sup>. Y es precisamente en esta dualidad de privilegio general-específico donde carga sus fuerzas la nueva Ley concursal.

Deben por tanto eliminarse todas aquellas rémoras o privilegios que fueron fruto de determinados condicionantes de un momento socio-económico concreto, pues lo cierto es que hoy resulta difícilmente explicable el carácter privilegiado de los créditos del asegurador, o los escriturarios, o los intervenidos por fedatarios por este mero evento, y máxime cuando se ha demostrado que la *ratio* de este carácter privilegiado no ha respondido a una determinada opción político jurídica sino a la inercia y trasiego histórico que los han mantenido en vigor despreocupándose de hallar una justificación<sup>62</sup>. El acreedor que otorga crédito al deudor tiene interés en conocer con certeza tanto que la cosa sobre la que se constituye la garantía real pertenece al deudor como que sobre ésta no recaen ya otros derechos de garantía, o, si existen, determinar cuál es su alcance<sup>63</sup>.

Quizás, abordar y predefinir la paridad y el privilegio, lejos de ser un mero imposible teórico cobre todo su sentido en el intento de cerrar, configurar la masa pasiva. Una masa pasiva que bascula entre esos dos extremos y que, partiendo de los mismos, calibra el crédito, dulcifica su insinuación y reconocimiento, o censura la posición del acreedor en su relación con el deudor. En suma, buscar y perimetrar la integración en el universo concursal es el fin y resultado de la masa pasiva, la reconstrucción del pasivo concursal. Una masa unitaria, que parte y concluye desde y hacia la unicidad de la misma. Es única y no cabe subdividirla en submasas como si cada una de ellas fuesen compartimentos estancos<sup>64</sup>. Unicidad que no conduce a igualdad, universalidad que no reniega de una necesaria coordinación y graduación legislativa y por tanto decisional en la estructura de la masa pasiva<sup>65</sup>. Pues graduación y jerarquización, también en sentido negativo,

(61) Conforme GULLÓN, *Comentario art. 1921 CC*, XXIV, cit., p. 689.

(62) *Vid.* sobre estos extremos ALONSO LEDESMA, “La clasificación de los créditos en el concurso”, en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, VVAA, Madrid, 2002, p. 189.

(63) El mayor o menor coste en la obtención de esta información es un factor determinante de las posibilidades de expansión del crédito mediante la utilización de las garantías reales. *Vid.* BAIRD, “Notice filing and the problem of ostensible ownership”, *J. Legal Stud.*, 1983, pp. 53-67, justifica el sistema de publicidad de las titularidades reales en la idoneidad del mismo en la efectiva reducción de los costes de determinar las titularidades reales teniendo presentes los propios costes del sistema

(64) Sobre la unicidad de la masa, aunque en un primer momento referido a la masa mobiliaria y activa, RUGGIERO, “Art. 111 quater”, *Il nuovo diritto fallimentare*, [JORIO (Dir.)], II, Bologna, 2007, pp. 1855 y ss., p. 1857.

(65) Entre el contraste y tutela conflictual de los principios de coordinación y los de igualdad distinguiendo los distintos derechos de los acreedores, véase la aportación de LONGHOFER/PETERS, “Protection from whom? Creditor conflict and bankruptcy”, *Am. L. & Econ. Rev.*, 2004, n.º 6, pp. 249 y ss., especialmente pp. 250 y ss.

subordinación, son una opción y una técnica legislativa que a priori escapa de la libre disposición de deudor y acreedores. Graduación y clasificación revestida de una fuerte impronta de imperatividad, lo que no impide por ejemplo que celebrados ciertos negocios jurídicos significativamente garantías reales y asimilados a las mismas en sus efectos concursales, puedan esos acreedores verse favorecidos por la preferencia prelativa de sus créditos como consecuencia de perfeccionar un contrato real de garantía por ejemplo<sup>66</sup>. Es esta condición para la prelación, pero no es la causa de la misma, ni tampoco la *ratio* que es legislativa, una opción en suma, aun cuando la dualidad causas de preferencia de origen negocial o contractual y causas de preferencia de origen legal dividan los privilegios o preferencias<sup>67</sup>.

### III. LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS EN LA LEY CONCURSAL

La ley es fuente del privilegio. Pero esa misma ley que lo crea, lo preserva, lo preordena en algunos casos también muta. Cambia, bascula y pendula. Discrecionalmente, objetivamente, a veces, las más, de un modo neutro, otras, parece que un tanto arbitrariamente, acentuando blindajes o permitiendo paraguas protectores atrapalotodo, como es el supuesto de futuridad de créditos como objeto de una garantía, con los problemas de constancia, publicidad, eficacia que figuras así tienen, y que, sin embargo, entran en el genérico de garantía mobiliaria o prendaria. Deslindar, disecionar, no siempre es sencillo, ni posible, por unas u otras razones. Bajo este paraguas, legalidad y tipicidad, los privilegios, cual cualidad del crédito, blindaje y oportunidad de satisfacción del mismo, se da cabida a dos preferencias, las negociales y las legales *stricto sensu*. Separar el carácter de realidad, de tipicidad y, por tanto, de legalidad, es atentar contra la esencia misma del privilegio<sup>68</sup>. Cuestión distinta es si se presta conformidad o no

(66) Sobre la tutela de los acreedores y su protección, véase la monumental obra de THOLE, *Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht*, Tübingen, 2010.

(67) Al respecto véase la aportación de PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981, pp. 305 y ss.; sobre la disponibilidad o no de la clasificación creditural y el juego de la par condicio véase la aportación ya clásica de SCHWARCZ, "Rethinking freedom of contract: a bankruptcy paradigm", *Tex. L. Rev.*, 1999, n.º 77, pp. 515 y ss., p. 518 y ss., especialmente pp. 552 y ss., donde analiza los límites de la libertad contractual en un concurso. SCHWARTZ, "Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories", *J. Legal Stud.*, 1981, n.º 10, pp. 1-37. También, RASMUSSEN, "Debtor's choice: a menu approach to corporate bankruptcy", *Tex. L. Rev.*, 1992, n.º 71, pp. 51 y ss.; BAXTER, "Prepetition waivers of the automatic stay: a secured lender's guide", *Bus. Law.*, 1997, n.º 52, pp. 577 y ss. FINCH, "Is *Pari Passu* Passé?", *Insolvency Lawyer*, 2000, 5, pp. 194 y ss. También BUCKLEY, "The Bankruptcy Priority Puzzle", *Virginia Law Review*, 1986, n.º 72, pp. 1393 y ss.; COLE, "The 'Carve out' from Liens and Priorities to Guarantee Professional Fees in Chapter 11", *Detroit College of Law Review*, 1993, n.º 4, pp. 1499 y ss. Sobre esta dualidad causas de preferencia de origen negocial y causas de origen legal, pionero en nuestra literatura jurídica, GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000.

(68) No le falta razón a INNOCENTI, *Dir. Fall.*, 2014, n.º 6, cit., p. 584 cuando señala como el hecho de que los privilegios sean causa legítima de prelación acordadas por la ley en consideración a la causa del "crédito", del cual se desprende el carácter de legalidad y de tipicidad del privilegio que va correlacionada con la dualidad del privilegio en general

con la elección y prelación que el ordenamiento precluye. Una elección que clasifica, no califica. Dimensiones distintas y equívocas, pues la última aboca a cierta litigiosidad, contingencia, conflicto, y que vulgarmente en el lenguaje se confunden. Los créditos se clasifican en la masa pasiva ordenadamente conforme a los dictados normativos. Se categorizan en los departamentos que el legislador ha establecido.

La Ley concursal, aparte de poner fin a la anacrónica, dispersa y obsoleta situación de nuestro ordenamiento concursal dentro de sus homónimos, asienta como eje vertebrador y catalizador del sistema de créditos el principio de universalidad del concurso alrededor del cual se estructura todo el esqueleto y armazón a la vez del sistema prelativo que va a regir frente a todos y cualesquiera acreedores concursales<sup>69</sup>. Sin duda, el crédito privilegiado es el vórtice y vértice mismo de todo el edificio concursal. Su esencia y su propia existencia, más cuestionada o no, como la consistencia y entidad de su propia protección prelativa y electiva del legislador, lo configuran como el crédito más rocoso aunque no del todo inmune ante una situación de insolvencia<sup>70</sup>. Créditos que son configurados indirectamente por la ley concursal con un *status* único, diferente y, sobre todo, autónomo a cualquiera vicisitud que ataña al resto de créditos y, por tanto, acreedores no privilegiados. No lo blasona así la ley de modo explícito, pero sí por los hechos de su configuración y tratamiento en la norma concursal<sup>71</sup>.

Se procede a una doble integración universal tendente a impedir que ningún acreedor pueda actuar al margen del procedimiento concursal y que ningún bien se detraiga de la masa<sup>72</sup>. Todos los acreedores son acreedores concursales y no concurrentes, como otrora era susceptible de

y especial, hace que la distinción se revele “pregnante” en cuanto a la misma corresponde una diversa naturaleza de la prelación, la cual se refleja en la diversa extensión del patrimonio del deudor sobre el cual la prelación despliega su eficacia: el privilegio general se ejercita “*su tutti i beni mobili del debitore*”, el privilegio especial solo sobre “*determinati beni mobili o immobili*”, cuando se encuentran en una cierta relación con el crédito que se quiere garantizar.

(69) Como bien señala PULGAR EZQUERRA, “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, (GARCÍA VILLAVARDE, et. al. (Dirs.)), Madrid, 2003, pp. 55-135, p. 57 la reforma acometida recoge las más recientes tendencias generalizadas en el marco del Derecho comparado, optándose acertadamente por la “gran reforma” o reforma a fondo institucional de todo el sistema concursal, frente a una mera “reforma técnica” consistente en mejorar las instituciones existentes.

(70) Se refieren al tratar el crédito privilegiado como crédito “atécnico”; NIGRO/VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 3.ª ed., Bologna, 2014, p. 153.

(71) Coinciden en esta apreciación NIGRO/VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 3.ª ed., cit., p. 153.

(72) Terminología acuñada por el profesor ROJO respecto del Anteproyecto de 1983, “Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal”, en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, RFDUC, 1983, 8, pp. 104 ss., p. 107; Conforme ALONSO LEDESMA, “La clasificación de los créditos”, cit., p. 181.

diferenciarse. Sin embargo, el legislador renuncia a establecer conceptualizaciones. Las presupone en cierto modo<sup>73</sup>.

Se quiere *a priori* tratar de evitar todo atisbo que pueda desvirtuar la esencia misma del procedimiento concursal, que no es otro más que el principio de concursalidad o universalidad. Como es obvio, ante esta inicial declaración programática de intenciones nada hay que podamos achacar, mas la praxis tiene la última palabra.

De este modo, una vez declarado el concurso, todos y cada uno de los acreedores del deudor, con independencia de su nacionalidad, domicilio y, sobre todo, condición, quedan integrados en la masa pasiva del concurso, con las excepciones de regímenes especiales aplicables al concurso de entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras (hasta el presente en la Disposición adicional segunda). Merece un pequeño inciso el contenido de esta Disposición, pues a pesar de la inocencia que a primera vista pudiéramos pensar de su enunciado, esconde en realidad una cierta argucia del legislador que lleva a cabo una sustancial modificación del régimen concursal especial que protege distintos aspectos de los mercados de valores, operaciones de repos y formas de financiación como el *factoring*<sup>74</sup>.

Y es que la Disposición cuando establece que se aplicarán en los concursos de las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes de los sistemas de compensación y liquidación de valores, las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, *olvida* que a *sensu contrario* debemos interpretar que no se aplicarán en los concursos de las demás personas físicas o jurídicas.

Lo mismo sucederá con la *masa activa* de bienes y derechos, integrada por todos los existentes en el patrimonio del deudor en la fecha de la

(73) Define TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2012, en su capítulo “A classificação dos créditos”, pp. 97 y ss., p. 99 como son considerados créditos sobre la insolvencia aquellos créditos sobre el insolvente que tengan naturaleza patrimonial, o sean garantizados por bienes integrantes de la masa insolvente, cuyo fundamento sea anterior a la declaración de insolvencia (art. 47.º, n.º 1) y también aquellos cuyos titulares muestren haberlos adquiridos en el decurso del proceso (art. 47.º, n.º 3). No pueden, sin embargo, estos créditos revestir na naturaleza de deudas de la masa insolvente (art. 51.º), una vez que están sujetas a un régimen propio. La distinción entre las categorías de créditos de la insolvencia son: créditos garantizados, créditos privilegiados, créditos subordinados y los créditos comunes.

(74) Especialmente críticos son DÍAZ-RUIZ/ RUIZ-BACHS, “Efectos indeseables de la nueva ley concursal sobre el sistema financiero”, *La Ley*, n.º 5825, de 16 de julio de 2003, pp. 1 y ss., quienes señalan como los efectos de la medida aparte de ser contraria a las directivas comunitarias, pueden ser devastadores, pues generan una enorme inseguridad jurídica y eliminan una serie de protecciones cuya finalidad no era en general privilegiar a un determinado sector de nuestra economía en contra de otros, sino aislar y proteger al sistema financiero y los mercados de valores contra los riesgos sistémicos y una inseguridad jurídica latente que podría potencialmente hacer quebrar el propio sistema.

declaración, pero por supuesto, como no podía ser de otra forma, también por todos aquellos que se reintegran al mismo y que no deberían de haber salido en la forma en que lo hicieron del patrimonio del deudor, –para lo cual el legislador concursal ha optado por una acción de naturaleza rescisoria en fraude de acreedores o revocatoria cuya peculiaridad estriba en acoger de forma acusada la tendencia actual hacia la objetivación de los remedios contra el fraude de los acreedores (arts. 71 a 73 continentales ambos de un régimen más completo y detallado que el común sobre la rescisión regulado en los artículos 1291.3 y concordantes del Código Civil o que el de la revocatoria del escuto artículo 1111 del mismo Código)–, o los que adquiriera hasta la conclusión del procedimiento, sin que en principio y salvo lo que veremos posteriormente, quepa separar los bienes afectos a la satisfacción de determinados acreedores como era el caso de lo que hasta el momento presente acontecía y banalizaba en suma el principio de universalidad. Estos acreedores podrán satisfacerse eso sí con cargo a los bienes afectos, pero siempre dentro del concurso.

De este modo y, gracias a la integración de todos los acreedores tanto ordinarios como no, se impide el inicio de ejecuciones singulares, así como el seguimiento de apremios administrativos o tributarios, salvo en los que ya hubiere recaído providencia de apremio con fecha anterior a la declaración del concurso. Se enervan además todas las actuaciones que se estuviesen tramitando una vez que se declare el concurso.

Lo novedoso es que si bien estas actuaciones se predicaban y afectaban únicamente a los ordinarios también afectarán a partir de ahora a los acreedores con garantía real y a los titulares dominicales de bienes con fines de garantía. (Como excepción, tanto los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves (artículo 76.3 – 241.2 del TRLC) podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica<sup>75</sup>).

(75) Sobre este privilegio más *in extenso* nos hemos ocupado en VEIGA COPO, “Privilegio sobre buques y aeronaves”, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, [BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (Dir.)], II, Cizur Menor, 2012, pp. 2365 y ss. Estamos en este supuesto ante una causa de preferencia sobre un buque o sobre una aeronave que permite a su titular un derecho de ejecución separada al margen del procedimiento concursal. El privilegio no recae sobre una universalidad de bienes, sobre el patrimonio, sino sobre un bien específico, el buque o la aeronave, el flete, las mercancías, etc. Los créditos marítimos o aéreos privilegiados permiten al acreedor la no integración de su crédito en la masa pasiva del concurso así como eludir todo procedimiento de verificación del crédito. El privilegio, ese plus que cualifica al crédito permite extraer de la integración de bienes y activos de la masa activa del concursado, el buque y la nave para ejecutarlo y cobrar el crédito. Si el acreedor privilegiado no ejercita ese derecho de separación y ulterior ejecución debe integrarse en la masa pasiva. La renuncia a lo que constituye un auténtico trato de favor a este tipo de acreedores significa su integración en la masa pasiva conforme a los criterios de clasificación regulados en los artículos 89 y siguientes de la norma concursal, criterios que graduarán el crédito del acreedor marítimo y aéreo conforme a las pautas de la configuración específica del crédito, dado que si el mismo es objeto, por ejemplo, de una garantía real,

Si de la ejecución resultare remanente a favor del concursado, se integrará en la masa. Estamos ante un supuesto de auténtico privilegio procesal de ejecución separada que permite a estos acreedores poder ejecutar la garantía con independencia del concurso y con arreglo a su propia y específica normativa.

Algo que por lo demás no es nuevo, ya que así se recogió también en el Anteproyecto de 1983 mas no en la Propuesta de 1995, como tampoco lo es en el panorama internacional en las que se prevén legislaciones específicas de privilegios especiales que recaen sobre los buques y aeronaves<sup>76</sup>. Sí es criticable empero en la nueva Ley, la vigencia de la sanción de pérdida de sus derechos a estos acreedores, así como su sometimiento a la clasificación y graduación de créditos que establece la Ley Concursal si no ejercitan esos derechos de ejecución separada que la Ley les brinda en su debido

cual la hipoteca naval por ejemplo, gozará de privilegio especial. Niegan esta integración dentro del privilegio marítimo al acreedor con hipoteca naval BELTRÁN, “El buque y los privilegios marítimos”, en *La modernización del Derecho Marítimo español*, Santander, 2005, p. 97; BAENA BAENA, “Los derechos reales de garantía sobre el buque y la aeronave y la reforma concursal”, *Estudios sobre la ley concursal en homenaje a M. Olivencia*, IV, Madrid, 2005, p. 3589; a favor, RUIZ SOROA, “Los créditos marítimos privilegiados y el concurso de acreedores”, *RDCP*, 2007, n.º 6, p. 121]. Y es que, al referirse a los privilegios sobre buques se produce una perentoria necesidad de discernir sobre qué objeto realmente se está hablando. La disección puede ampliarse y bajo un estricto nomen iuris con cierta vocación de generalidad, por ejemplo, privilegio sobre buque o aeronave en su caso, cabe precisar aún más y referirse también a créditos marítimos/aéreos privilegiados, créditos con privilegio sobre buque, privilegios marítimos/aéreos [sobre estas dificultades de *nomen iuris* pero también de disección sobre el objeto específico del privilegio RUIZ SOROA, cit., p. 123. Por su parte, el Auto de 10 de mayo de 2004 (JUR 2005, 2560) de la Audiencia Provincial de Castellón señala como el privilegio concede un derecho de realización y un derecho de persecución (*ius perseguendi*) del acreedor sobre el buque, que le concede el hecho de interesar la realización forzosa del crédito originado por la explotación del buque, por el hecho de estar establecido como tal por una norma, con independencia de que el buque fuere propiedad o no del deudor del crédito. Lo característico del privilegio es que afecta realmente al buque de cuya navegación o explotación ha nacido, aunque el sujeto que contrajo personalmente el crédito privilegiado no fuere el propietario del buque. Esta situación puede producirse con cierta frecuencia en el tráfico marítimo moderno, en el que no es una situación en absoluto rara que los buques sean explotados por personas diversas de sus propietarios mediante contratos de arrendamiento o similares (*bareboat charter*). En estos casos se disocian las figuras del propietario y la del naviero titular de la explotación, siendo este último el que normalmente aparecerá como sujeto pasivo del crédito nacido de la explotación. Pues bien a pesar de tal disociación entre obligado personal y propietario del buque, el crédito privilegiado podrá realizarse sobre el buque]. La propia dicción del artículo 76.3, generalista en cualquier caso, señala como los titulares de créditos con privilegios sobre buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Y los interrogantes que se debe responder no son otros más que los de concretar qué titulares son, de qué privilegios se está hablando realmente y qué procedimientos y ante quién se instrumentan para hacer efectivo ese derecho de ejecución separada.

(76) Como bien señala ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, cit., p. 368 esta solución merece total aprobación (...) sin que se permitan suspensiones o paralizaciones del derecho real de garantía en que el privilegio consiste dado su breve plazo de caducidad.

tiempo, si bien no se especifica en ningún momento en que plazo han de ejercitarlo<sup>77</sup>.

No cabe duda que de este modo el legislador ha reconocido unos derechos de ejecución separada que pueden resultar infructuosos a la hora de ejercitarlos. Recuérdense por un lado que genuinamente los derechos de ejecución separada únicamente eran reconocidos en nuestro ordenamiento respecto de la prenda en el artículo 918 del Código de Comercio, era éste el único artículo que históricamente establecía un derecho estricto de ejecución separada, todo lo demás han sido espurias asimilaciones a un régimen al que muchos aspiraban y una vez conseguido no estaban y menos están dispuestos a renunciar a él; piénsese a modo de ejemplo en la remisión que hacía el artículo 10 II de la LHMPD, modificado ahora por la norma concursal en su DF 3.<sup>a</sup>, o la remisión que se establecía en el artículo 16.5 I I de la Ley 28/1998. A su vez la Ley de Enjuiciamiento Civil y hasta la vigencia de la Ley Concursal adoptó y también generaliza esta regla sumamente privilegiada (véanse los derogados artículos 98 y 568 de la LEC)<sup>78</sup>. Téngase en cuenta de otro lado que, a su vez en el Anteproyecto se mantenía que también se separarán de la masa activa del concurso las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social llevadas a cabo por el concursado en cumplimiento de una obligación legal [artículo 75 3.º y 4.º del Anteproyecto].

El legislador alteró no sólo esta redacción sino incluso la conceptualización del mismo, pasando a considerarlas dignas de protección a través de un privilegio general (artículo 91.2 de la Ley Concursal, hoy 280 del TRLC). Se altera la conceptualización de estas cantidades retenidas que ahora ya no se consideran como depósito reivindicable sino, más correctamente como deuda y, por tanto, como un crédito a favor de la Hacienda y de la Seguridad Social que, pasa a tener, eso sí, carácter privilegiado<sup>79</sup>. Cuestión esta que, si bien resulta más comprensible desde una óptica dogmática y conceptual, no lo es tanto desde la coherencia que debería haberse predicado en todo momento de la nueva Ley, por lo que no se termina de comprender demasiado bien el empeño en privilegiar, una y otra vez, el crédito público.

(77) Vid. nuevamente ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, cit., p. 368 para quien resulta incomprensible esta sanción, dada sobre todo la esencial movilidad del buque y de las aeronaves lo que hace posible que, declarado el concurso, no pueda procederse durante un período de tiempo más o menos largo al embargo del buque o de la aeronave que es la forma de ejercicio del derecho de garantía.

(78) Como bien señala CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 77 era el régimen concursal (artículo 918 CCom), no la norma civil o procesal el que confería en origen el derecho de ejecución separada. La norma civil o procesal solo concedía privilegios en la ejecución (arts. 1922 y ss. CC), siendo ahora la propia norma concursal la que atribuye a los derechos de garantía un privilegio de ejecución, al menos frente a los acreedores ordinarios que era desconocido por el propio derecho común.

(79) Vid. en este punto ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa activa”, cit., p. 379.

#### IV. LA REDUCCIÓN DE CRÉDITOS PRIVILEGIADOS. ¿DEBERÍA ELIMINARSE EL PRIVILEGIO PÚBLICO?

No es un secreto que toda reforma concursal debe cimentarse, al menos en su sima que no en su umbral, de un intento al menos de conseguir, aunque sólo sea intencionalmente, una igualdad de trato entre los acreedores. Igualdad entre quienes deben ser iguales y desigualdad entre quienes de hecho pero también de derecho son desiguales, por qué así lo han querido, lo han pactado, o así lo ha querido el legislador. No cabe duda que todo intento de clasificación de los créditos es la médula o nervio vivo, la cuestión central, pero también más compleja y harto difícil de toda legislación concursal que tiene en su horizonte el objetivo de una igualdad de tratamiento entre los acreedores. Esto obviamente no significa un trato de absoluta igualdad a todos los acreedores, sino más bien que, lo justo es tratar en pie de igualdad a aquellos que sean iguales, y en pie de desigualdad a los que de suyo sean desiguales<sup>80</sup>. Pues poca sería la justicia material si damos un tratamiento paritario a todos los acreedores del concurso.

Una cosa es la par *condicio creditorum* y, otra, tratar igualitariamente a quién de suyo tiene un derecho preferente ya de origen comercial ya legal, que le atribuye una mejor posición, una posición que ha sabido negociar o ha sabido imponer al deudor ahora concursado. Si bien, ya en la Exposición de Motivos de 2003 se partía de un axioma de reducción drástica, “*poda de privilegios*”, –lo cual simplemente es seguir la senda trazada ya por otros ordenamientos europeos de nuestro entorno–, ésta no se lleva a sus últimos extremos (ni siquiera a los iniciales) en la Ley, y ello en parte, porque tampoco puede hacerse, o no ha querido hacerse<sup>81</sup>.

Es innegable que la Ley Concursal ha reducido el número de los privilegios, no tanto como debiera o como a primera vista se desprende, pero es probable que esa misma filosofía o política haya quedado raquítica a la hora de aplicarlo ante lo que es el volumen del crédito ya que no son pocos

(80) Como bien señala ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, cit., p. 359 el ideal de distribuir las pérdidas entre los acreedores con arreglo al principio de paridad de tratamiento que tan enfáticamente se resalta desde distintas instancias no ha llegado a ser operativo en ningún momento porque el reparto a los acreedores ha sido siempre desigual. En unos casos, porque los acreedores han procurado dotar a sus créditos de alguna forma de garantía convencional (...) en otros, porque ha sido el legislador el que ha otorgado a determinados acreedores una causa de preferencia.

(81) Como intención de objetivos programáticos la Exposición acierta de lleno en la reducción de los privilegios, pero una cosa es la intención y otra la realidad. Sirva como botón de muestra la actuación inicial en el Anteproyecto de la Comisión de Codificación que limitaba la cuantía de los privilegios de las Administraciones en un 10% de la cuantía del pasivo. Por arte de magia el texto que hace suyo el Gobierno elevó al 50% el límite de los privilegios generales de la Hacienda y de la Seguridad Social. Afortunadamente en la presentación del Proyecto se ha tenido un criterio algo más racional, eliminándose el término *del pasivo*. No tiene desperdicio la crítica que hace en este punto a la Exposición de Motivos GUILARTE GUTIÉRREZ, “Los créditos privilegiados en el nuevo sistema concursal”, *Lex Nova La Revista*, noviembre-diciembre, 2001, p. 5.

ni pequeños en cuanto a su cuantía los que el legislador ha incorporado con cierto desparpajo pero con escaso acierto. No se ha resistido a ser víctima de su propia ambición. Se ha limitado indudable y acertadamente el número de fuentes legales de procedencia de gran parte de las causas de preferencia legal, con lo que se gana en claridad, racionalidad y pragmatismo. Aunque también es cierto que el legislador no ha querido arrebañar aún más de lo que era menester y factible. Simplemente se ha perdido una gran oportunidad.

El legislador ha tomado en sus manos la *navaja de Ockham* y ha podado de entre la maraña de créditos privilegiados, aquellas preferencias y adherencias un tanto extrañas y oportunistas que sólo han provocado enturbiar la *ratio* y la claridad de estos privilegios. Ha podado pero no ha pensado y calibrado demasiado lo que queda, por lo que aún escurre una concepción de los privilegios no muy destilada. A la larga se ha comprometido la razonabilidad de los privilegios, su razón de ser y, en cierta medida, también la razonabilidad de los resultados. O bien se ha oxidado demasiado pronto la navaja o solamente se ha querido podar a la altura de los racimos o a lo sumo hasta los primeros nudos pero desde luego no se ha querido en ningún momento llegar al tallo.

Así por un lado, se van a mantener algunos privilegios vinculados a créditos que en la realidad del tráfico alcanzan el mayor montante de la masa pasiva, como son los de Derecho Público, y cuya razonabilidad y racionalidad están en tela de juicio<sup>82</sup>; y, por otro lado, créditos que hasta ahora se situaban en los primeros escalones preferenciales, y que en la nueva ley concursal no figuran en la lista de privilegios, se recalifican y reubican a la vez como créditos integrantes en sede de deudas de la masa, –créditos que se generan en el propio procedimiento o como consecuencia del desarrollo del mismo–: pensemos en los gastos de conservación y custodia, así como de administración de los distintos bienes que integran la masa activa, amén de los inmensos gastos de tramitación del procedimiento concursal.

También se crearán otros privilegios cuya *ratio* y reconocimiento es harto discutible, tal es el caso del privilegio atribuido al acreedor instante del procedimiento concursal, e incluso otros como son los créditos derivados de responsabilidad civil cuyo principal riesgo es que pueden aumentar *in crescendo* la posibilidad de que los acreedores ordinarios no lleguen a cobrar. Tampoco se acaba de entender demasiado bien la constitución de

(82) Incluso puede afirmarse que dentro de los privilegios de derecho público y entre los que los del fisco ocupan un lugar destacado, existen motivos económicos para privar de los privilegios a los créditos fiscales o incluso para relegarlos a un tratamiento inferior –subordinación del crédito– al de los créditos ordinarios. De este modo puede señalarse que la pérdida que el ejercicio de los privilegios fiscales produce a los demás acreedores puede ser perjudicial para el interés público, ya que puede desencadenar un efecto dominó de concursos y por ello menoscabar la economía nacional y el propio interés público. Cfr. GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., p. 467 quien concluye, “el fisco es víctima de uno de sus mecanismos más utilizados, la ilusión financiera, aunque evidentemente el fisco recauda más dinero con la ayuda de los privilegios que sin ellos”.

un privilegio a favor del arrendador financiero ya que al gozar de acciones recuperatorias del dominio en cierto sentido se le está ultraprotegiendo aunque el privilegio se establezca por las cuotas del arrendamiento.

Sí es un acierto por el contrario la preterición total de los créditos escriturarios así como los reconocidos en Sentencia firme. Jamás han gozado estos privilegios de una mínima y coherente justificación racional por mucho que en este sentido se haya querido incidir una y otra vez<sup>83</sup>.

Se eliminan también de sede concursal las causas de preferencia atribuidas a las anotaciones preventivas, especialmente los embargos<sup>84</sup>. Hasta cierto punto y en aras de una mínima pero necesaria coherencia se prolonga y resucita esta preferencia a través del reconocimiento del privilegio al acreedor instante del concurso. Es cierto que en la Ley concursal se han discriminado buena parte de la maraña de privilegios que se recogían en el articulado del Código Civil (artículo 1922) y otros semejantes del Código de comercio, fragmentados y dispersos a lo largo de su articulado. Y la razón es clara: los titulares de estos créditos, en realidad de estos privilegios, son perfectamente libres de pactar y poder exigir las garantías de fuente contractual que estimen más idóneas, unas garantías necesarias y suficientes para cubrir por exceso el montante del crédito y sus posibles intereses, costas y gastos, por lo que el privilegio pierde su razón de ser si ellos mismos no han dado los pasos precisos para proveerse de uno de fuente contractual.

Nadie mejor que los propios acreedores para poder valorar y enjuiciar el riesgo que están dispuestos a asumir, pues han de ser consecuentes con aquello que libremente han negociado, cuestión distinta es que lo hayan hecho mal o no hayan sabido exigir. Son los acreedores quienes han de velar por todo aquello que proveía el privilegio, por lo que ahora el coste del crédito y los costes de transacción de unas garantías se incrementan exponencialmente. No reciben tutela alguna más que aquella que ellos mismos estén dispuestos a asumir y dotarse. No está ya en las manos del legislador que no reconoce en la Ley concursal los privilegios especiales de derecho común. No hay en suma preferencia salvo que efectivamente se pacte una garantía real.

Ello no empece a que, a pesar de la política de bisturí que ha llevado o ha pretendido llevar a cabo el legislador, haya privilegios como el que irroga el artículo 1.213 del Código Civil y que concede al acreedor que recibió

(83) En parecidos términos DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., (5 ed.) p. 771; GARRIDO, *Tratado*, cit., p. 362 y 375; PANTALEÓN, "De la clasificación de créditos", cit., p. 521; contra BERMEJO, *Créditos y quiebra*, cit., pp. 319 y ss.

(84) Contra, muy crítico con esta supresión CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 92 dado que esta medida revela la arbitrariedad de haber prescindido del privilegio propio de estas anotaciones ya que extraconcursalmente una anotación preventiva que accediera al registro con anterioridad a una prenda o hipoteca goza de preferencia frente a ésta (art. 1927.2.º), al menos si se tratara de créditos anteriores (art. 1923.4.º) y no hay ninguna razón de justicia o de procedimiento que exija la eliminación de tal regla dentro del concurso.

un pago parcial y que sin embargo y pese al dictado del artículo 89.2 de la norma concursal (269.2 TRLC) rijan en el ámbito del concurso<sup>85</sup>. Basta una mera lectura del artículo 87.7 de la Ley Concursal –hoy 264 del TRLC– en el que se regulan supuestos especiales de reconocimiento de créditos en relación con el artículo 161.3 de la misma norma [hoy art. 438.3] en tanto concede preferencia a aquel acreedor parcialmente satisfecho sobre el deudor solidario solvente.

Por tanto y a modo de corolario, no ha de quedar duda alguna sobre cuál ha sido la auténtica intención del legislador: primero, proceder a una drástica reducción de los privilegios, más teórica que real, que potencia sobre todo el principio de proporcionalidad no el de igualdad entre acreedores y segundo, exigir un edificio de privilegios exclusivo y excluyente que regirán y tendrán su razón de ser en caso de concurso de acreedores, pero no en los conflictos extramuros del concurso y procedimiento concursal. Habrá un régimen diferenciado de preferencias crediticias en función del ámbito en que actúen, que o bien será el concursal o bien el extraconcursal. Esto explica el que se hayan mantenido la vigencia de la inmensa mayoría de las reglas y principios de los artículos 1.921 y siguientes del Código Civil. Situación que como ya hemos señalado es difícilmente justificable, incoherente e incluso irracional. No tiene sentido que el legislador efectúe una valoración distinta pero también distintiva de la misma clase de acreedores en función de si los mismos harán valer sus causas de preferencia dentro o fuera de un procedimiento concursal.

## V. LAS CLASES DE CRÉDITOS

La Ley Concursal al regular la determinación de la masa pasiva establece en definitiva la distinción entre créditos contra la masa, créditos concursales y créditos subordinados. El artículo 89.1 de la Ley –hoy 269.1 TRLC– señala que los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán a efectos del procedimiento concursal, en privilegiados, ordinarios y subordinados. La parquedad pero también la ambigüedad llevada a un extremo. Siendo los primeros además susceptibles de desglosarse en créditos con privilegio especial, esto es, aquéllos que recaen sobre unos bienes o derechos determinados y específicos del deudor y, créditos con privilegio

(85) Extremadamente crítico pero no falto de razón se muestra CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 27 cuando señala: “después de reflexionar por un tiempo prolongado sobre si la Ley Concursal beneficia o desprotege a los acreedores garantizados, si es una ley que respeta las garantías o pone en peligro el crédito, confieso que no soy capaz de aventurar una respuesta. Hay aspectos muy visibles de la ley que destacan inmediatamente como manifiestos atentados a los derechos de garantía, como ocurre con el régimen de suspensión y paralización de ejecuciones reales, o el tratamiento de los créditos subordinados. Otros son en apariencia extremadamente beneficiosos, como la ruptura de la clásica subordinación de las garantías reales a los privilegios salariales o públicos, o el mantenimiento de la tradición normativa que aseguraba al acreedor garantizado un derecho de abstención en el convenio concursal. Y seguramente la razón de esta perplejidad se halle en que la respuesta no depende en definitiva de la regla de derecho, sino de su ejecución”.

general, a saber, aquellos que se ejercen sobre la totalidad del patrimonio del deudor concursado.

La ley parte, en suma, de una distinción nítida entre causas de preferencia especiales y generales, que también proyecta a la hora de graduar dichos créditos, estableciendo el artículos 155 y 156, relativos al pago de los créditos, la prevalencia de las causas de preferencia o privilegio especiales sobre las causas de preferencia generales, de modo que el acreedor que tiene un derecho de preferencia limitado a un bien determinado entre aquellos que forman la masa activa de bienes del deudor ha de cobrar sus créditos con cargo a los bienes afectos a ese privilegio especial.

Es más, la fuerza de los privilegios especiales hace que incluso predominen y se prioricen ante los créditos contra la masa o deudas de la masa. La Ley ha blindado a estos acreedores privilegiados especiales de modo que el pago de los créditos contra la masa no puede perjudicar los créditos que gocen de tamaña preferencia, ni siquiera cuando el resto de los bienes y derechos no sean suficientes para cubrir el montante de las deudas. Como bien se ha señalado, en este caso, se produce una suerte de *par condicio creditorum* entre los acreedores de la masa<sup>86</sup>. Por su parte los acreedores con privilegio general cobrarán o se atenderán al pago sus créditos, una vez se deduzcan 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. En suma, se articula un doble escalón de privilegios en el que priman los especiales y, en un segundo nivel, los privilegios generales que en buena medida quedan a expensas del remanente que exista en la masa activa una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial.

## VI. LOS CRÉDITOS ORDINARIOS

La Ley concursal por su parte, apenas reduce el crédito ordinario a una mínima mención, por lo que, crédito ordinario es, por exclusión y por delimitación negativa, aquel crédito que carece de privilegio, sea éste especial o general, y que tampoco se haya subordinado o legalmente postergado en el cobro<sup>87</sup>.

(86) Vid. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., p. 76.

(87) No le falta razón a ZUBIRI DE SALINAS, “Créditos ordinarios”, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, I, [BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (Dir.)], Cizur Menor, 2012, pp. 901 y ss., cuando asevera en p. 901-902 como el concepto de crédito ordinario está en la esencia del Derecho concursal puesto que el principio de la *par condicio creditorum*, “inspirador de toda la regulación del fenómeno de la insolvencia, se basa en tratar por igual a todos los acreedores y ese ‘todos’ se está refiriendo, fundamentalmente, a los acreedores ordinarios. El acreedor ordinario sería como el consumidor medio para las normas de consumo. Es el fundamento o principio que da sentido a la norma. El acreedor ordinario es aquel que carece de una especial protección, por sus conocimientos técnicos o por su capacidad económica”. También el derecho italiano ha prácticamente preterido cualquier regulación. Así, NIGRO/VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 3.<sup>a</sup> ed.,

Son, en definitiva los ordinarios, aquellos créditos comunes que son satisfechos tras la prededucción de los créditos contra la masa y el pago de los créditos con privilegio especial y con privilegio general, con el posible y efímero por escaso remanente que quede de los bienes de la masa activa, y que al mismo tiempo se satisfacen sin prelación ni preferencia alguna entre sus titulares. La prorrata es el método operativo para un reparto llamado a ser pobre y parco, el de los restos, el de las migajas de una masa activa, que, en todo caso, quedaría una vez satisfechos los preferentes y privilegiados amén de los acreedores contra la masa. La expresión inequívoca de la esencia de la *par condicio creditorum*<sup>88</sup>.

Como cualquier otro crédito han de insinuarse y pasar por el tamiz verificador de la administración concursal, lo que no empece para que se beneficien de un reconocimiento cómodo si los mismos constan en el concurso<sup>89</sup>. El artículo 269.3 del Texto Refundido de la Ley concursal tal y como hacía el viejo 89.3 no puede ser más taxativo y a la vez escueto: se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados. Quizás por ello y, conscientes de la precariedad y enorme debilidad a que quedan sujetos estos acreedores ordinarios, la Ley permite que, excepcionalmente, el juez pueda autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios anticipadamente, siempre que los solicite motivadamente la administración concursal y queden suficientemente garantizados los pagos de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados.

cit., p. 155 tras definir los ordinarios o chirografari, como aquellos que no están provistos de ninguna causa legítima de prelación, señalan: “ninguna norma específica viene dictada con referencia a los titulares de estos créditos, si se exceptúa aquella sobre el orden de distribución de las sumas recibidas por la liquidación de la masa activa, en virtud de las cuales los quirografarios vienen al tercer puestos, después de los prededucibles y los privilegiados”.

(88) Como bien señalan, NIGRO/VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 3.<sup>a</sup> ed., p. 155 puede decirse que la categoría de los chirografari es la destinataria electiva del principio de la *par condicio creditorum*: por eso, de hecho, la regla que se aplica en sede de reparto del activo es aquella de la proporcionalidad (cada acreedor viene satisfecho en el mismo porcentaje) regla que asegura la plena actuación del concurso sustancial, en cuanto consiente una distribución homogénea de las pérdidas entre los que tienen un derecho sobre el patrimonio del deudor común.

(89) Contrasta ZUBIRI DE SALINAS, “Créditos ordinarios”, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, cit., p. 904 como el acreedor ordinario tiene que concurrir al llamamiento a los acreedores (art. 21. 5 LC). “Es de los que debe integrar la masa pasiva (art. 49 LC), siendo uno de los tipos de acreedores concursales que deben concurrir si quieren ver satisfechos sus créditos en el concurso. Para ello deberán comunicar sus créditos (art. 85 LC) lo cual deberá efectuarse por escrito por el propio acreedor, cualquier otro interesado o su representante dirigiéndose a la administración concursal. Se admite, tras la reforma de 2011, la comunicación por medios electrónicos. En la comunicación el acreedor debe efectuar una propuesta de calificación de su crédito, amén de hacer constar sus datos de identidad, los relativos al crédito (indicando el concepto en virtud de cual resulta acreedor del concursado), la fecha de adquisición y vencimiento y sus características, así como el título o documento en el que funde su derecho”.

En definitiva, y sumidos en la regla de la prorrata, los créditos ordinarios se verán satisfechos en función de la liquidez de la masa activa y con la posibilidad cierta de verse sometidos a pagos parciales, esto es, de pago de cuotas cuyo importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada crédito (artículo 433.3 del texto refundido de la ley concursal). Incluso parece permitirse que el acreedor ordinario si lo consiente, pueda recibir un pago parcial inferior a ese cinco por ciento. Se modaliza en cierto sentido el artículo 1169 del Código Civil, en cuya virtud, a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. También ha de tenerse en cuenta que, los créditos con privilegio especial, en la parte no satisfecha con los bienes y derechos afectos a sus garantías, son y serán créditos ordinarios y, por consiguiente, en esa parte o porción se sujetan al régimen jurídico de los créditos ordinarios. Esta situación, sin embargo, no ha de impedir que en aquellos supuestos que un crédito goce híbridamente de un privilegio especial y un privilegio general tenga que someterse irremisiblemente al dictado y a los cánones de los créditos ordinarios.

Piénsese así, en aquel crédito derivado de responsabilidad extracontractual garantizado con hipoteca inmobiliaria. En este supuesto, si el bien inmueble afecto al gravamen y, consiguientemente a un privilegio especial no fuese suficiente para la satisfacción íntegra del crédito, la parte del mismo no satisfecha seguirá sometida y por tanto, gozando de un privilegio, si bien en este caso general, el privilegio general *ex* artículo 90. 5 de la Ley concursal (hoy 280 TRLC). Solución que no ha de extrañarnos pues no es nueva, acordémonos del artículo 919 del Código de comercio cuando establecía que los acreedores hipotecarios, ya voluntarios ya legales, cuyos créditos no quedase satisfechos íntegramente con la venta de los inmuebles sobre los que recayesen las hipotecas, serán considerados, en cuanto al resto, como acreedores escriturarios, concurrendo con los demás de ese respectivo grado, mas en función de sus títulos.

Por tanto, tras los créditos prededucibles contra la masa activa, tras los créditos con privilegio especial y con privilegio general, pero eso sí, antes de los créditos postergados legalmente o subordinados, se pagarán los créditos ordinarios. Pero lo cierto es que su posición no ha mejorado sustancialmente con la nueva la Ley concursal<sup>90</sup>.

(90) Como bien se pregunta BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., p. 144, ¿han quedado ya reducidos los acreedores ordinarios a una categoría residual y puramente expectante? No se diga que se ha reducido el número de créditos con privilegio general y que, además, los ordinarios cobran antes que los subordinados. En primer lugar, la reducción de los privilegios generales no ha sido excesiva, además se han creado nuevos privilegios generales. Asimismo, determinada parte del crédito salarial se configura ahora como crédito contra la masa y, por tanto, prededucible. En segundo lugar, ¿qué más da cobrar antes que los subordinados si posiblemente no cobren ninguno de los dos, ni los ordinarios ni los subordinados?

## VII. PRIVILEGIOS ESPECIALES

¿Qué valor, qué fuerza tiene hoy un privilegio especial, *recte*, las causas de preferencia negocial que ha reconocido, calificado y clasificado el legislador concursal? Insistimos en la nota de la negociabilidad como causa y origen de los mismos, ya que el denominador común de estos privilegios especiales serán las garantías reales que pacten las partes y que aísla un bien o bienes o un derecho de las pretensiones de los demás acreedores<sup>91</sup>. Si bien no todas las causas de preferencia especial tienen por qué ser garantías, ni siquiera pseudogarantías, pues ¿qué es en puridad una condición resolutoria anudada a un contrato de compraventa, o un arrendamiento financiero?<sup>92</sup>

Sólo una concepción amplia y generosa de la noción de garantía real o de acreedor con garantía real puede incluir junto a los genuinos derechos de realización o ejecución de valor, otros derechos que otorgan a su titular no la realización del valor de una cosa que es suya, sino la recuperación o bien de la posesión de los mismos, o bien de la propiedad. Figuras que tanto antaño como hogaño aunque cada vez menos se discute o discutía su verdadera naturaleza jurídica, entre posturas más garantistas, caso de la reserva de dominio en una compraventa a plazos, y posturas dominicales. Cuestión no de menor trascendencia si cabe a la hora de situarles en un proceso concursal y donde el punto de partida, asimilarles a una garantía prendaria o reconocer una titularidad dominical podía dar lugar a fisuras interpretativas cuando no a discusiones doctrinales que ponen el dedo en la llaga a una más que aparente y decidida generosidad del legislador a la hora de establecer las causas de preferencia negocial.

El legislador ha asimilado a las tradicionales garantías a efectos prelativos algunas figuras que conoce nuestra práctica y que están sin duda arraigadas y extendidas, pero que en modo alguno son o han de considerarse

(91) Nos recuerda CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3.<sup>a</sup> ed., cit., p. 65 a excepción del n.º 3, –refiriéndose al artículo 90.1 LC– en el resto de los casos, el privilegio nace de un derecho convencional de garantía o (caso de la anticresis), de un negocio convencional. Mas con la excepción del n.º 4, todos los supuestos de privilegios especiales se extienden al “crédito” garantizado en su conjunto, incluyendo principal, intereses, indemnizaciones y costas.

(92) Indica, con acierto, GARCÍA VICENTE, “Privilegios especiales”, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, [BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (Dirs.)], II, Cizur Menor, 2012, pp. 2409 y ss., p. 2413 al indagar sobre la extensión del privilegio especial lo siguiente: “crédito privilegiado se extiende al principal con los intereses cuando dispone de ‘garantía real’ (arts. 59.1, 90.1.1.º LC, 12 y 114 LH) y el hecho de la declaración de concurso no supone su vencimiento anticipado, salvo el caso de apertura de la fase de liquidación (art. 146 LC). En el caso del arrendamiento financiero y la compraventa a plazos afecta, en exclusiva, a las ‘cuotas pendientes de pago antes de la declaración de concurso’ que, como crédito concursales, son a los que en principio afecta la clasificación (art. 90.1. 4.º LC), aunque hay una notable controversia sobre el exacto alcance de los créditos que gozan de privilegio especial. En materia de prenda de créditos se establece un límite (y excepción) a la oponibilidad en el concurso en caso de pignoración de créditos futuros (art. 90.1. 6.º LC), límite que se refiere a los créditos pignorados y no a los créditos asegurados y que además se aplica, exclusivamente, a las prendas de crédito ordinarias, esto es, a las que no se instrumentan como prendas sin desplazamiento posesorio”.

como garantías, y máxime si partimos o al menos así era en una pura concepción u ortodoxia dogmática, de un ordenamiento como el nuestro profunda y decididamente causalista<sup>93</sup>; pero lo que no ha sabido, ni quizás, querido imprimir, al menos tras la última reforma, son los anclajes necesarios para su efectividad y, sobre todo, una oponibilidad y seguridad jurídica frente a terceros que deja bastantes resquicios a la interpretación, la duda, y sobre todo, a una sensación de improvisación e imaginación superflua, pues, ¿dónde se registran las ya famosas prendas de créditos futuros que ahora se privilegian también? Y ¿qué sucede por ejemplo con la inscribibilidad en el registro de bienes muebles de las reservas de dominio?<sup>94</sup>

(93) Indica, con acierto, GARCÍA VICENTE, “Privilegios especiales”, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, [BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (Dirs.)], II, Cizur Menor, 2012, pp. 2409 y ss., p. 2413 al indagar sobre la extensión del privilegio especial lo siguiente: “crédito privilegiado se extiende al principal con los intereses cuando dispone de ‘garantía real’ (arts. 59.1, 90.1.1.º LC, 12 y 114 LH) y el hecho de la declaración de concurso no supone su vencimiento anticipado, salvo el caso de apertura de la fase de liquidación (art. 146 LC). En el caso del arrendamiento financiero y la compraventa a plazos afecta, en exclusiva, a las ‘cuotas pendientes de pago antes de la declaración de concurso’ que, como crédito concursales, son a los que en principio afecta la clasificación (art. 90.1. 4.º LC), aunque hay una notable controversia sobre el exacto alcance de los créditos que gozan de privilegio especial. En materia de prenda de créditos se establece un límite (y excepción) a la oponibilidad en el concurso en caso de pignoración de créditos futuros (art. 90.1. 6.º LC), límite que se refiere a los créditos pignorados y no a los créditos asegurados y que además se aplica, exclusivamente, a las prendas de crédito ordinarias, esto es, a las que no se instrumentan como prendas sin desplazamiento posesorio”.

(94) Véase la Resolución sobre inscribibilidad en el Registro de Bienes Muebles de las reservas de dominio expresamente pactadas en el marco de un contrato de concesión comercial, *ADCo*, 2012, n.º 27, pp. 619 y ss., donde se plantea entre otros extremos la aplicabilidad o no de otros contratos marco sean de compraventa, sean de prensa sin desplazamiento cuando en el ámbito concreto de la concesión se adolece de este contrato marco de cara a su inscripción en el registro. Del mismo modo en este mismo número del *ADCo*, 2012, se da cuenta además de la Instrucción sobre problemas organizativos que plante la inscripción en “un registro público” a que se refiere el inciso final del artículo 90.1.6.º de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, pp. 611 y ss., concluyente, la Instrucción señala en cuanto al ámbito objetivo de los créditos registrables lo siguiente p. 615: “... las prendas sin desplazamiento constituidas para garantizar las obligaciones de la entidad cedente frente a la de factoring en caso de regreso en el factoring denominado ‘impropio’. En particular, el precepto se aplica sin ningún género de dudas cuando se constituye prenda sin desplazamiento en garantía de créditos futuros.... A estos efectos, cabe reseñar que el que pueda constituirse una misma y única garantía (sobre créditos actuales o/y futuros) *para asegurar el cumplimiento de todo tipo de obligaciones, incluso las futuras* es cuestión pacífica en la jurisprudencia: cfr. SSTS 23 febrero 2000; 18 marzo 2002; 26 junio 2009. En la práctica, no es inhabitual constituir garantías ‘globales’ –llamadas ‘ómnibus’ o, equívocamente, ‘flotantes’– a favor del banco con el que se relaciona el empresario o deudor y con el fin de asegurar todo tipo de deudas y saldos deudores que resulten de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea la causa, que se establezcan con el deudor con dicha entidad de crédito.... Por cierto que la constitución de dichas garantías como ‘prendas registrales de máximo’ (frente a las llamadas ‘de seguridad’) exige para su eficacia absoluta frente a terceros la fijación ex ante, en el propio título constitutivo, de una cifra máxima de responsabilidad: cfr. Art. 153 bis LH y art. 169.14.2 Código civil Cataluña... El requisito de la fijación de un máximo de responsabilidad deriva del principio general de especialidad en el ámbito registral y se justifica para permitir la constitución de segundas o ulteriores garantías sobre los mismos derechos pignorados –cuya preferencia vendrá determinada conforme a los criterios generales de prioridad registral–, lo que no sería

Además, ha procedido a realizar una *tipificación* de estas causas de preferencia, de modo que, fuera de estos privilegios tipificados o legalizados en la norma concursal, el resto de privilegios extraconcursales no tendrán eficacia ni consistencia en el procedimiento de ejecución universal. Se trata sin duda de una actitud decidida y valiente, pertrechada además en el dictado del artículo 89.2 de la Ley Concursal [269.2 TRLC] cuando asevera que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”; nos encontramos indudablemente ante una cláusula de cierre o válvula de seguridad que trata de evitar todo atisbo distorsionador en la graduación y clasificación llevada a cabo por el legislador concursal<sup>95</sup>.

Se trata sin duda de evitar, primero, que se conculque ese principio de tipicidad y, segundo, y si cabe más importante, atajar la extendida pero también dañina práctica de crear causas de preferencia por la recurrente, extendida pero también insoportable vía de las leyes especiales, las cuáles han terminado por vaciar y hurtar el sentido de toda graduación al tiempo que diluían el carácter tuitivo y amparador que debe tener todo privilegio. Y es que un privilegio nunca debe estar tan democratizado como para que tutele a todo acreedor, ni tan minusvalorado como para que no sea capaz

posible si la garantía fuera ilimitada.” Concluyente la Instrucción señala, p. 616: En particular, pueden darse en garantía o ‘gravarse’ de este modo cualesquiera créditos futuros: tanto los créditos nacederos de contratos o de relaciones jurídicas existentes al momento de la pignoración como los créditos nacederos de contratos o de relaciones jurídicas inexistentes pero aun así determinables. Así, todas las rentas futuras derivadas de los contratos de arrendamiento o subarriendo que se celebren en el futuro sobre un determinado inmueble. También, los créditos por clientes que se devenguen y sean el resultado del ejercicio de la actividad empresarial del pignorante durante los siguientes ejercicios; los dividendos pasivos exigibles de los accionistas en los tres próximos años, etc. La licitud de la constitución de garantías reales sobre créditos futuros encuentra su justificación en las reglas generales acerca de la licitud de los contratos sobre cosa futura: cfr. Arts. 1112 y 1271.1 CC. Por lo demás, la posibilidad de garantías reales sobre créditos futuros en nuestro ordenamiento positivo se infiere de múltiples preceptos contenidos en normas especiales. Así, en la disp. ad. 3.ª Ley 1/1999, de 5 de enero; el artículo 226 de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre; en el art. 2.1.b) de RD 926/1998, de 14 de mayo por el que se regulan los fondos de titulación de activos, etc.

A efectos de su inscripción, “la prenda sin desplazamiento podrá constituirse en escritura pública o en póliza intervenida por notario, de conformidad con lo previsto en la LHMPD. Cada escritura o póliza de constitución de prenda sin desplazamiento se inscribirá en un solo asiento, cualesquiera que sean los créditos dados en garantía (art. 74 LHMyPSD). Una vez practicada la inscripción, se extenderán por el Registrador las correspondientes referencias previstas en el artículo 8 del Reglamento de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión en el índice de acreedores (nombre, apellidos, domicilio, identificación como prenda de créditos administrativos u otros créditos, tomo y folio de la inscripción) y en el índice de pignorantes (nombre, apellidos, domicilio, nombre y apellidos del deudor y su domicilio, identificación como prenda de créditos administrativos u otros créditos, tomo y folio de la inscripción”.

(95) No pierden actualidad ni tampoco brillantez las palabras de BERCOVITZ, *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971, p. 43, autor pionero en nuestro país del estudio profundo de la reserva de dominio, cuando señala como en la reserva de dominio en la venta a plazos la contraposición de intereses propia de la compraventa se ve modalizada por su prolongación temporal al no ejecutarse simultáneamente todas las obligaciones que dimanar del contrato.

de dar una satisfacción lo más alta posible al titular del crédito. En estas dos cualidades radica precisamente su éxito o su fracaso.

Son muchos los privilegios especiales de los que prescinde la Ley Concursal y que, hasta ahora, venían rigiendo en los procedimientos universales de insolvencia. Unos privilegios sobre todo mobiliarios y que no regirán en el supuesto de concurso de acreedores, pero que no se elimina su eficacia extramuros del concurso, quedando sometida su supervivencia definitiva a los dictados de la futura ley o regulación de preferencias para ejecuciones singulares.

Ha desaparecido asimismo de la nueva regulación la distinción entre privilegios mobiliarios e inmobiliarios, sin perjuicio de que, lógicamente, tanto los bienes muebles como los inmuebles puedan estar afectos al pago de los créditos privilegiados en el artículo 90 de la Ley Concursal [artículo 270 TRLC].

Ahora bien, debemos tener en cuenta que la clasificación de créditos que recoge la Ley Concursal única y exclusivamente tiene y tendrá efectos dentro del concurso, de modo que los créditos privilegiados sean con privilegio especial y general, los créditos ordinarios, así como los postergados o subordinados, son eficaces y se circunscriben únicamente al procedimiento concursal. Extramuros del concurso regirán por el momento y tendrán su ámbito de aplicación el resto de privilegios recogidos y también reconocidos en diferentes cuerpos legales. Rige en suma y *a priori*, una tutela del crédito diferente en función de si el deudor concursa o no. La graduación o escala prelatoria difiere, si bien esta diferencia no es absoluta. Habrá elementos comunes así como también mecanismos o instrumentos con efectos similares, tanto dentro del concurso como fuera en caso de una ejecución singular, pensemos así en la impugnación de la clasificación de créditos en la lista de acreedores o el mismo hecho de la atribución de efectos de cosa juzgada a los incidentes concursales.

Ahora bien, ello no empece a que ciertas categorías de acreedores recogidos y definidos en la norma concursal no tengan su correspondencia en caso de ejecución singular. Pensemos la distinta naturaleza y configuración que el derecho de retención tiene en la ley catalana de derechos reales de garantía, donde se le atribuye una naturaleza de garantía real con el consiguiente privilegio y preferencia en una ejecución singular. Como es lógico la nueva norma concursal no podía pertrecharse ni mirarse en el espejo de algunos de los viejos y rancios privilegios que han ido perdiendo todo protagonismo pero también toda razón de ser.

Así las cosas y dentro de ese desenfadado pragmatismo reductor que a la postre resulta más raquíutico que ambicioso, son ineficaces para el concurso, y sólo para el procedimiento concursal, los siguientes privilegios especiales:

Primero, los consignados en el Código Civil y que amparan créditos derivados de relaciones contractuales generalmente típicas, como son: el privilegio de los créditos refaccionarios no anotados (artículo 1923.5.º y 1927.3.º del CC), el privilegio del vendedor (artículo 1922.1.º CC), el

privilegio del porteador (artículo 1922.4.º CC), el privilegio por créditos de hospedaje (artículo 1922.5.º CC), el privilegio por gastos agrícolas (artículo 1922.6.º CC) y el privilegio del arrendador (artículo 1922.7.º CC).

Segundo, los privilegios especiales consignados en el Código de Comercio, como son: los del comisionista (artículo 276 del CdC), el privilegio del vendedor (artículo 340 CdC), el privilegio del cargador sobre los medios de transporte (artículo 372 CdC) así como el privilegio del porteador (artículo 375 CdC). A estos privilegios excluidos en sentido positivo debe añadirse que, respecto de los privilegios sobre inmuebles y siempre dentro del procedimiento concursal, además quedan excluidos de privilegio la anotación preventiva de embargo (artículo 1923.4.º del CC), así como también el refaccionario no anotado (artículo 1923.5.º del CC).

Como nota común y definitiva del papel que pueden desempeñar en el concurso los acreedores privilegiados, tanto especiales como generales, merece reseñarse la de que pueden formar parte en un primer momento de la ley concursal, luego desterrado en sucesivas reformas, de la administración concursal, pueden a su vez adherirse a una propuesta anticipada de convenio, tienen derecho de asistencia y de voto en la junta de acreedores y no quedarán vinculados por el convenio que, en su caso, se apruebe, salvo que hubieren votado a favor de la propuesta de convenio o si su adhesión se hubiere computado como voto favorable. Y ante la colusión de un privilegio especial con una general, máxime como tendremos ocasión de desarrollar en este mismo estudio, entre una hipoteca y un privilegio general como es el salario, prima el especial<sup>96</sup>.

(96) En el ordenamiento y la doctrina italiana este ha sido un viejo caballo de batalla. En efecto, según el sistema de privilegios trazados por el legislador de 1942 los privilegios especiales prevalecían sobre los generales. Sucesivas modificaciones legales, entre ellas la Ley 153/169 y la ley 426/1975 propugnaron un sistema donde se ecuación se podía romper en algunos supuestos. Basta atender a los corolarios de los artículos 2777 y 2778 del Código Civil en los que se invierte aquella lógica. También en idéntico sentido y atención a la causa del crédito los artículos 2750.2.º, 2777.3 y 2783 sobre todo en relación a aquellos privilegios especiales introducidos por la legislación sectorial, los cuáles no siempre prevén la colocación del crédito en el orden de las preferencias. Señala al respecto, RUGGIERO, “Art. 111 ter”, *Il nuovo diritto fallimentare*, II, [JORIO (Dir.)], Bologna, 2007, pp. 1849 y ss., p. 1853 como la unicidad en la graduación y la irrelevancia de la summa divisio entre privilegio general y especial, lleva a la irrelevancia del vínculo prelatorio especial respecto de todos aquellos privilegios generales que el orden de prioridad sitúa envía primaria. La masa mobiliaria por lo tanto, es única y no es posible hipotizar, según el diseño del legislador, una masa mobiliaria subdividida en submasas “intesi come compartimenti stagni”, dirigida a satisfacer en vía principal eventuales privilegios especiales. Destacar cierto giro jurisprudencial sobre la admisión al pasivo concursal de un crédito en vía privilegiada no presupone que el mismo esté presente en lamas, no pudiéndose excluir que el mismo se adquiriera sucesivamente al activo concursal. Así la Sentencia de la Corte de Casación de 18 de agosto de 2004, n.º 16080. Afirma finalmente RUGGIERO, como el elemento típico que connota el privilegio es la causa del crédito dado que la eventual carencia o falta del bien en sede de admisión al pasivo no afecta ni a la causa del crédito ni a la calificación de la prelación, sino que en la fase de reparto se revela como impedimento de la atribución de la suma que deriva de la liquidación de un bien no adquirido y sobre el que gravaba un privilegio especial.