



diario

LA LLEY

Año XXIX • Número 7059 • Miércoles, 19 de noviembre de 2008

www.diariolaley.es



Tribuna

El presupuesto de Justicia sortea la crisis

8



Reseña de Jurisprudencia

De lo Contencioso

13



Rincón de Lectura

Summa de Probática Civil

15

DOCTRINA

LA LEY 40848/2008

Algunas causas del fracaso concursal

Pablo RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA

Responsable del Departamento de Derecho Procesal. Manubens & Asociados Abogados

La Ley Concursal, y toda la institución concursal, se están viendo sometidas a las más duras pruebas que pudieran haberse imaginado. En el marco de la actual situación económica, este artículo pretende, a partir del análisis de algunas cuestiones concretas, sopesar hasta qué punto la nueva Ley ha dado respuesta a las expectativas en ella depositadas, y diferenciar entre las responsabilidades atribuibles al texto y las imputables a otros factores.

rada —en buena parte, por razones estrictamente políticas— y que se nos presenta plagada de insuficiencias, defectos técnicos y faltas de previsión. Los operadores jurídicos podíamos, legítimamente, albergar la esperanza (rápidamente frustrada) de que, tras 80 años de vigencia del marco compuesto por los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 y la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, la LC daría mejor respuesta a los retos ahora planteados.

El fracaso de la LC queda patente en otro dato: como es conocido, más del 90% de los concursos acaban con la liquidación empresarial, lo que certifica la falta de consecución del principal y tantas veces reiterado objetivo de la Ley: el mantenimiento de la empresa y el reforzamiento de la posibilidad de alcanzar un convenio.

No obstante, no nos hallamos únicamente ante el fracaso de un texto legal, sino (como revela el título del artículo, que, de modo mucho más amplio, habla de fracaso concursal) de toda una institución —la concursal—, cuya responsabilidad también corresponde a otros factores. Así lo revela el que cada día oigamos lamentos acerca de falta de utilización de figuras que la LC sí prevé; muy especialmente, de la propuesta anticipada de convenio.

De entre esos otros factores que coadyuvan al aquí calificado fracaso concursal, pueden citarse, sin ánimo exhaustivo, los siguientes:

1) La propia realidad del tejido empresarial español, en el que la mayoría de las sociedades (muy especialmente, de las de mediano y pequeño tamaño), habitualmente operan con un déficit de capitalización que no tiene parangón en los países de nuestro entorno, y sufren, en consecuencia, una endémica y perniciosa dependencia crediticia.

2) Los prejuicios durante largo tiempo arrastrados a partir del anterior marco jurídico; particularmente, como denunciaremos, la consideración de que la declaración de concurso su-

sumario

■ Doctrina	Algunas causas del fracaso concursal Por Pablo Rodríguez-Palmero Seuma	1
■ Tribuna	El presupuesto de Justicia sortea la crisis y sube hasta los 1.619 millones en 2009 Por Redacción Diario LA LEY	8
■ Dictamen	IVA: no sujeción de las costas	12
■ Reseña de Jurisprudencia	De lo Contencioso	13
■ Rincón de Lectura	Summa de Probática Civil	15

I. GENERALIDADES

El objeto del presente artículo no es el análisis doctrinal de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 («LC»), sino, de modo bien distinto, la exposición de algunos de los principales problemas prácticos que plantea, que han determinado (conjuntamente con otros factores, como luego se advierte) el que puede denominarse fracaso de la institución concursal.

Podrá decirse, no sin razón, que la actual situación económica (cuyo verdadero calado aún desconocemos) reviste tal gravedad que ni siquiera la mejor ley concursal habría podido hacerle frente con dignidad. En efecto: por esa razón, los concursos hasta la fecha presentados ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid y Barcelona representan el 250% de los tramitados durante todo 2007, provocando que esos Juzgados estén actualmente padeciendo una sobrecarga de trabajo cercana al 1000% (1). Se trata de una situación que ninguna Administración de Justicia es capaz de manejar con solvencia.

No obstante, ello no es óbice para denunciar las clamorosas deficiencias de la propia LC, que fue precipitadamente elabo-

Tribunal Supremo
la sentencia del día
Responsabilidad del registrador de la propiedad por expedir una certificación de cargas errónea
Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio

9



3652K07223

OPINIÓN

Después de más de cuatro años de aplicación de la nueva Ley Concursal, cada día confirmamos las importantes deficiencias técnicas, e incluso de contradicciones, de que adolece el texto. Algunas de esas deficiencias fueron ya por muchos denunciadas al momento de la aprobación del texto; otras se han puesto de manifiesto posteriormente mediante la aplicación cotidiana de la Ley.

El presente artículo pretende exponer una crítica a determinados puntos de la Ley, elegidos de entre aquellos que, a nuestro juicio, tienen mayor gravedad y trascendencia práctica. Tras el análisis de esos aspectos concretos, la conclusión es que determinadas deficiencias no pueden ser convenientemente corregidas por parte de los Tribunales, pues esa labor excede con mucho el ámbito de sus competencias. De modo bien distinto, únicamente pueden tener debida respuesta a través de una reforma legislativa; mientras ésta llega, los Tribunales se ven obligados, en muchas ocasiones forzando en exceso el tenor literal de determinados preceptos, a buscar la solución más adecuada al caso concreto.

A pesar de las grandes expectativas que, tras tan largo tiempo de espera de la nueva Ley Concursal, habían sido depositadas en ella, y la constatación de la insuficiencia del texto, este artículo no pretende asomar a la decepción. Consideramos que es momento de, mirando hacia delante, corregir las deficiencias legales detectadas, tratando esta vez que no se repitan los defectos de actuación que, con demasiada frecuencia, afectan a nuestro legislador.

Se trata, en definitiva, de poner fin a extendida consideración de que el concurso es algo de lo que debe huirse a toda costa, para conseguir que finalmente se convierta en un remedio eficaz.

Todo ello sin olvidar que el éxito de una institución (en este caso, de la concursal) jamás depende únicamente de la bondad técnica de un texto, sino, mucho más allá, de la formación y comportamiento del conjunto de personas llamadas a su cotidiana interpretación y aplicación.

pone un certificado anticipado de defunción de la empresa.

3) La alarmante falta de especialización de determinados operadores concursales (particularmente, de los administradores), hecho sólo justificable desde el —erróneo— entendimiento de que, para la mejor tramitación de los concursos, bastaba con la creación de unos Juzgados especializados.

4) La falta de respuesta a los (actuales, pero también formulados hace tiempo) requerimientos para la creación nuevos Juzgados de lo Mercantil, cuyo número, ha llegado a decirse, no debe ser aumentado, sino sencillamente multiplicado.

5) La actuación de la Administración en el ámbito concursal, que, quizá como respuesta a su relativa pérdida de beneficios, a menudo aprovecha los concursos para emitir certificaciones injustificadas (que llegan incluso a alterar las expectativas iniciales sobre la viabilidad de la empresa), y se abstiene además de votar cualquier propuesta de convenio.

Dicho ello, pasamos a analizar los siguientes aspectos: las dificultades con las que topa la refinanciación de las empresas que se hallan en una difícil situación económica; la posibilidad de ejercitar la acción directa prevista en el artículo 1597 del Código Civil («CC») en caso de concurso del contratista principal, y la aplicación de la suspensión de la ejecución de las garantías reales sobre las promociones inmobiliarias.

II. LAS DIFICULTADES DE LA REFINANCIACIÓN

La primera causa del fracaso concursal tiene lugar antes de la declaración del concurso: nos referimos a la dificultad que, por diversos motivos, plantea la obtención de refinanciación a favor de las empresas cuya situación hace vislumbrar una inminente insolvencia. Dicha dificultad conlleva el primer hecho que creemos conveniente evitar: que sea tan elevado el número de empresas que se ven abocadas al concurso.

En relación con los convenios de refinanciación (no regulados en la ley), rige, como es obvio, el principio de libertad contractual. Asimismo, debe indicarse que, si bien tradicionalmente se ha considerado un obstáculo para dicho acuerdo la necesidad de unanimidad por parte de los acreedores, actualmente nuestra mejor doctrina viene manifestando que, para que el convenio sea aprobado, basta la aceptación de todos aquéllos a quienes pudiese llegar a afectar (2).

Dicho ello, y dejando al margen de las dificultades derivadas de la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre (cuyo análisis excede, con mucho, del ámbito de este trabajo) pasamos a analizar los principales obstáculos a los que se enfrenta la refinan-

ciación: la falta de protección, una vez iniciado el concurso, de las entidades que se hallaban refinanciando a determinada empresa; la posibilidad de que las refinanciaciones se vean afectadas por la rescisión prevista en el artículo 71 LC, y el resurgimiento de la polémica sobre los créditos afianzados (artículo 87.6 LC).

1) El primero de los problemas anunciados resulta de la simple concatenación de dos realidades: primera, que el que determinada entidad se halle negociando una refinanciación, o incluso la haya concedido, no impide que otros acreedores puedan instar el concurso; y, segunda, que, como pone de relieve PULGAR EZQUERRA (3), a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, nuestra legislación no prevé *escudos protectores* que amparen a aquellas entidades financieras; al contrario: éstas corren el riesgo de ser penalizadas por esa actuación previa.

Se trata del primer problema que no puede ser únicamente achacado a la LC, sino, también, a la práctica concursal española, basada en la tradicional creencia (a menudo infundada) de que la refinanciación únicamente trata de retrasar maliciosamente la insolvencia, y que, cuando ésta renazca —lo que también parece darse por supuesto—, nos enfrentaremos a un escenario que hubiera sido mejor evitar: de un lado, porque el proceso concursal revestirá mayor complejidad de la que hubiera presentado en el momento inicial, y, de otro lado, porque aquella refinanciación habrá implicado la concesión de beneficios o garantías que alterarán, en exclusivo beneficio de la entidad que negoció de refinanciación, el principio de *par conditio creditorum*.

A nuestro juicio, este perjuicio respecto de las operaciones de refinanciación se basa en suposiciones falsas: la experiencia demuestra que buena parte de aquéllas tienen como objetivo (no único, pero sí esencial) la continuidad de la empresa, y no el fraude en perjuicio de la generalidad de los acreedores.

Sea como fuere, lo cierto es que (como se ha dicho) la negociación de una refinanciación no impide que otro acreedor inste el concurso necesario, lo que acarrea las siguientes consecuencias para quienes tomaron parte en aquélla:

(i) La posibilidad de que el concurso sea declarado culpable por incumplimiento del artículo 5 LC, con base en la presunción de dolo o culpa grave en los casos de comportamiento que determine la generación o agravamiento de la insolvencia (artículo 165.1.º LC).

(ii) La posibilidad de que la entidad financiera sea declarada cómplice del concursado (artículo 166 LC), con la consiguiente pérdida de cualquier derecho como acreedor —concursal o de la masa—, y la obligación de devolver lo que hubiera obtenido del deudor, además de

indemnizar los daños y perjuicios que pudieran haberse producido (artículo 172.2.3.º LC).

En cualquier caso, la alarma que estas posibilidades provocan no debe ser exagerada, dada la carga probatoria exigida para la obtención de la declaración de concurso necesario que se funde —no entramos en el resto de hechos reveladores— en el *sobreseimiento general de los pagos* (artículo 2.4.1.º LC). Al igual que sucedía en el ámbito del artículo 878 del Código de Comercio (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1927, 18 de octubre de 1985, 7 de octubre de 1989, y 10 de marzo de 1990), para apreciar esa situación deben mediar impagos definitivos, generales y completos (4), prueba de difícil cumplimiento para cualquier acreedor.

2) El segundo problema de las operaciones de refinanciación es, una vez declarado el concurso, su sometimiento a la posibilidad de rescisión (artículo 71 LC).

No está de más recordar que este precepto contempla la posibilidad de rescisión únicamente con base en determinado período temporal (los dos años anteriores a la declaración de concurso), y en la existencia de perjuicio para la masa activa, perjuicio generalmente clasificado como sigue:

— Perjuicio singular y general, concurrendo este segundo cuando el bien que salió del patrimonio del concursado impide el mantenimiento de la actividad, o impide o dificulta a posterior convenio (por ejemplo, sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba de 25 de julio de 2005).

— El perjuicio consistente en la disminución del activo, o el que se produce cuando también media una minoración del pasivo (por ejemplo, el pago de un crédito), también considerado sujeto a la rescisión por afectar a la paridad de trato que todos los acreedores deben merecer —en este sentido, por todos, LEÓN SANZ: (5)—.

Por tanto, al artículo 71 LC le es perfectamente indiferente que en el acto cuya eficacia se ataca concurra ánimo fraudulento, o que determine la insolvencia del deudor: la rescisión es independiente de que haya sido precisamente la operación atacada la que haya determinado esa insolvencia. La diferencia de presupuestos entre la acción aquí analizada y la prevista en los artículos 1291.3 y 1111 CC explica que aquél deje al margen la posibilidad de ejercitar otras acciones (artículo 71.6 LC).

Como es conocido, la prueba del perjuicio para la masa activa viene favorecida por dos tipos de presunción: la *iuris et de iure* (artículo 71.2 LC), y la *iuris tantum*, cuyos supuestos se relacionan en el apartado siguiente. Específicamente en relación con las refinanciaciones, nos

interesa la hipótesis contenida en el artículo 71.3.2.º, que se refiere a la «*constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*».

Obviamente, semejante previsión es extremadamente desincentivadora para las operaciones de refinanciación, de modo que las entidades financieras encuentran en ella un poderoso argumento para negarse a negociar aquéllas, tomando en consideración que resulta prácticamente impensable una operación de ese tipo que no contemple el establecimiento de garantías como las previstas en este precepto.

Dicha desincentivación se acentúa si atendemos a la posición mantenida por parte de nuestra doctrina, que señala que el artículo 71.3.2.º diferencia, en realidad, dos hipótesis: la constitución de garantías reales en favor de obligaciones preexistentes, que debe considerarse acto gratuito a los efectos del artículo 71.2 LC, y el establecimiento de garantías a favor de obligaciones contraídas en sustitución de las preexistentes, ámbito donde propiamente juega la presunción *iuris tantum* analizada (6).

Ante semejante panorama (ciertamente poco propiciatorio a las operaciones de que estamos tratando), procede plantearse si la Ley 41/2007, concretamente a través de la reforma del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (LMH), ha dotado de mayor garantía a aquellas operaciones. Para analizar la influencia de esta reforma, se hace necesario hacer una breve referencia a la evolución sufrida por el precepto.

Durante la vigencia la anterior regulación de la quiebra y suspensión de pagos, el artículo establecía: «*Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo 2, sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél*».

A la vista de este texto, se dijo que el acreedor hipotecario quedaba protegido de la *devastadora retroacción* recogida en el artículo 878 del Código de Comercio (como es sabido, generalmente considerada como nulidad absoluta), pues, para que la hipoteca quedase afectada por esa sanción, se requería la concurrencia de fraude. Nos hallábamos, de acuerdo con los autores, ante uno de los casos calificados como *fugas de la retroacción*(7).

Con la aprobación de la LC, que ha sustituido el sistema de retroacción por el de la posibilidad rescisoria, el artículo 10 LMH fue generalmente considerado como derogado (con base a Disposición Derogatoria Única LC, cuyo apartado 4

dice: *quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en esta Ley*), por cuanto, dado que el artículo 10 LMH exigía la concurrencia de fraude para la operatividad de la rescisión, resultaba incompatible con artículo 71 LC, que —como hemos visto— prescinde de aquel elemento. En este sentido, por ejemplo, JUANA PULGAR EZQUERRA (*El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal*, RDM, n.º 250, septiembre-diciembre 2003, páginas 1.441 a 1.443).

Pues bien, la Ley 41/2007 ha venido a reactivar, en el marco de la nueva LC, la vigencia del artículo 10 LMH —lo que ha sido objeto de duras críticas: (8)—, pues ratifica la literalidad originaria del precepto, únicamente sustituyendo la referencia al Código de Comercio por la LC. Dice el artículo: «*Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe*».

Pudiera parecer que esta regla salvaguarda en buena medida las hipotecas derivadas de operaciones de refinanciación, facilitando, de este modo, la seguridad de las operaciones mismas. En efecto: una interpretación puramente literalista del artículo únicamente puede llevar a considerar que abarca cualquier hipoteca constituida por las entidades relacionadas en el artículo 2 LMH.

No obstante, la remisión al debate que ya se produjo con la aprobación de la LMH originaria (9) impone una conclusión bien distinta, por lo siguiente:

(i) En aquel momento, se consideró que el precepto únicamente pretendía proteger los títulos emitidos en el mercado hipotecario, no la hipoteca que los garantiza.

(ii) Asimismo, tampoco se consideraron protegidas por el precepto la superposición de garantías de obligaciones ya existentes.

(iii) Finalmente, el fraude al que hace referencia el artículo 10 LMH viene siendo generalmente entendido como mero conocimiento, o posibilidad de conocer, de que el resultado puede ser perjudicial para los acreedores.

Atendiendo a las razones expuestas, se alcanza una conclusión opuesta a la en principio sugerida: que la reforma introducida por la Ley 41/2007 apenas protegerá ninguna operación de refinanciación. Es más: algunos autores han llegado a advertir (10) del absurdo consistente en que la rescisión instada con base en el artículo 10 LMH puede llegar a ser menos dificultosa que la pretendida a través del genérico artículo 71 LC.

Por tanto, debe concluirse que la eventual rescisión de las garantías reales generalmente incorporadas en las operaciones de refinanciación sigue siendo uno de los grandes obstáculos para que aquéllas puedan llevarse a cabo con un mínimo de seguridad.

Ante este escenario, resulta aconsejable, nuestro juicio, adoptar una solución como la ya consagrada en el Derecho italiano, en el que los convenios privados (objeto de una regulación específica) han quedado expresamente excluidos de la posibilidad de ulterior rescisión.

3) Analizada la situación en que quedan las garantías reales derivadas de las refinanciaciones, pasamos a estudiar la que presentan las garantías personales (concretamente, las fianzas). En este punto, debe advertirse que la constante corrección de la literalidad de la Ley que ha venido llevándose a cabo por nuestros Tribunales, ha sido súbitamente puesta en entredicho en los últimos meses, creando una situación de la máxima incertidumbre jurídica.

La eventual rescisión de las garantías reales incorporadas en las operaciones de refinanciación es uno de los obstáculos para que puedan llevarse a cabo con seguridad. Resulta aconsejable adoptar una solución como la italiana, donde no existe la posibilidad de rescisión para los convenios privados

Dice el conocidísimo artículo 87.6 LC: «*los créditos en que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna, y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador*».

Dando por sentado que la calificación más favorable para concurso es aquélla consistente en que el crédito sea calificado como subordinado, el problema planteado desde la aprobación misma de la LC es la determinación del acreedor al que se refiere el artículo: si únicamente al fiador que ha pagado por cuenta del deudor y se ha subrogado en la posición del acreedor originario, o a todo acreedor que goce de una fianza en su favor. Pasamos a analizar la posición mayoritaria que se ha venido manteniendo, para luego llamar la atención acerca de las resoluciones judiciales que han truncado la unanimidad judicial sobre la materia:

a) De modo prácticamente unánime, desde el principio se interpretó que la regla únicamente se refiere a quienes

eran fiadores y, mediante el pago por cuenta del deudor principal, se colocaban en la posición jurídica del acreedor con base en el artículo 1839 CC.

Los principales argumentos que sustentan esta tesis son los siguientes:

(i) Principalmente, el basado en la finalidad del precepto: se dice que éste pretende evitar el fraude que supondría que un fiador (el cual, dada su especial relación con el deudor, tendría la consideración de acreedor subordinado: artículo 92 LC), pudiera mejorar su posición mediante el pago de la deuda.

Asimismo, se añade que constituiría un sinsentido que el precepto contuviera una penalización para todo acreedor afianzado.

(ii) De otro lado, con base en una interpretación sistemática de la posición del fiador, se aduce que esta interpretación consigue que, cualquiera que sea la vía que el fiador elija para recobrar el importe que ha pagado, su posición concursal sea la misma.

En efecto: si dicho fiador ejercita la acción de reembolso (artículo 1838 CC), le corresponderá la calificación derivada del artículo 92.5.º LC; y si ejerce la acción de subrogación (artículo 1839 CC) sucede lo mismo, esta vez con base en el aquí analizado artículo 87.6 LC.

(iii) Se añade que el precepto se titula «*supuestos especiales de reconocimiento*», lo que da a entender que estamos ante casos especiales por razón de alguna particularidad del crédito, y no ante supuestos de calificación originaria de los derechos ahí relacionados.

Por tanto, este artículo no pretende atribuir al precepto una vocación calificadora del crédito del acreedor principal, que no puede ser otra que la que le corresponda por aplicación de las normas generales de la Sección 3.ª, Capítulo III, Título IV.

(iv) Finalmente, se arguye que esta tesis es sostenible llevando a cabo una adecuada interpretación literal (como veremos, principal argumento empleado para rechazar esta postura):

— La expresión «*estos créditos*» (que pudiera parecer que hace referencia a «*los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero*») puede perfectamente referirse al supuesto inmediatamente anterior: a los créditos en los que el acreedor ha sido sustituido por el fiador.

— La cláusula «*en todo caso*» es susceptible de ser interpretada en el sentido de que el efecto prevenido es obligado cualquiera que sea la condición del crédito principal (ordinario o privilegia-

do), las circunstancias de la subordinación, o incluso cuando la persona especialmente relacionada con el concursado sea el acreedor principal, y no el deudor.

Esta tesis ha sido la reflejada por la práctica unánimemente de nuestros Tribunales. Así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid de 22 de marzo de 2005, la del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid de 5 de julio de 2005, la del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Córdoba de 28 de junio de 2005, la del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla de 14 de julio de 2005, la del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona de 22 de abril de 2005, la del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 8 de junio de 2005, la del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 13 de junio de 2007, o la del Juzgado Mercantil de Vizcaya de 24 de febrero 2006.

De entre las Audiencias, destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de junio de 2006 o la de la Audiencia Provincial de Palencia de 2 de octubre de 2007, especialmente clara al manifestar: «La segunda postura, que hace una interpretación más sistemática y teleológica de la norma, entiende que tal posibilidad de opción del citado precepto sólo es operativa o posible cuando el fiador ha pagado al acreedor principal, sustituyéndole como titular del crédito, precisamente para evitar el fraude que se produciría entonces, de no existir la opción que impone el precepto, al eludir el fiador, en el que exista la especial relación con el concursado, la calificación como "subordinado" y pasar a tener la de "ordinario" propia del acreedor principal (...). Esta Sala, aun reconociendo lo dudosa que resulta la cuestión, en trance de tener que resolver el conflicto concreto planteado, se decanta por la segunda de dichas posturas. No es solo que la misma viene ya avalada por diversos pronunciamientos judiciales, no conociendo hasta la fecha resolución alguna que siga el contrario, sino que además la consideramos como más conforme al espíritu y finalidad del precepto, que no es otra que la de evitar el referido fraude en la calificación del crédito del fiador frente al deudor principal, situación que solo es posible que se produzca o pueda producir cuando el fiador paga al acreedor principal, no habiendo razón alguna para entender que el legislador haya querido convertir en subordinado todo crédito contra el concursado que esté garantizado con fiador especialmente relacionado con éste, y de haberlo querido, debió decirlo expresamente (se trata, sin duda, de una consecuencia excesivamente dura para el acreedor) incluyendo el supuesto claramente en la lista de los créditos "subordinados" del artículo 92, mientras que el pronunciamiento del artículo 87.6 no hace una clasificación de los créditos sino que supone una mera prevención ante la posibilidad del citado fraude, siendo tal interpretación perfectamente compatible con la dicción del precepto cuyo texto

no ha de ser forzado en momento alguno».

b) De otro lado, se ha sostenido la posibilidad de interpretar que el artículo 87.6 comprende a todo acreedor que tenga constituida una fianza a su favor.

Los principales argumentos en que se ha basado esta inteligencia del precepto han sido:

(i) La literalidad del artículo, que, al hablar de «estos créditos», debe entenderse referido a los aludidos en el primer inciso («los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero»).

Asimismo, se dice que la expresión «en todo caso» no autoriza a diferenciar entre si se ha producido o no pago del fiador.

Otro de los argumentos para concluir la subsistencia de la posibilidad contemplada en el artículo 1597 CC responde a principios de política legislativa: con ese precepto el legislador otorga una especial protección a quienes ponen su trabajo o materiales en una obra

(ii) Se ha aducido también un motivo de política legislativa: la penalización que, para todo acreedor afianzado, implica la norma, constituye asimismo un incentivo para que, al margen del concurso, ejecute directamente la garantía contra el fiador.

A pesar de estos argumentos, esta interpretación jamás se había visto respaldada por resolución judicial alguna, hasta las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Cantabria de 16 de marzo de 2007 y 19 de marzo de 2007, que, basándose en que el inicio del precepto no diferencia hipótesis diversas, concluyen que la posterior mención a la subrogación —que es simple consecuencia del artículo 1839 CC— no puede alcanzar a modificar el supuesto de hecho considerado por el precepto.

Puede leerse en el Fundamento de Derecho Tercero de ambas sentencias: «Únicamente resulta contradictorio, en principio, el título del artículo 87 que lo restringe al reconocimiento de los créditos, mientras que el apartado 6 parece anticiparse a su clasificación, regulada en la sección tercera. Sin embargo, esa aparente contradicción sostiene la corrección de la interpretación literal de la norma puesto que los créditos a los que se refiere el apartado 6 son aquellos "en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero", tanto en la primera frase como en la que continúa tras el punto, limitándose a fijar la unidad de la clasificación

para cuya concreción resulta preciso acudir a la sección siguiente. Dicho encabezamiento de la regla, adelanta que salvo cambio de objeto se refiere a dichos créditos».

A continuación prosigue el precepto ocupándose de la calificación señalando que «en la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso en las que correspondan al acreedor y al fiador». No hay dato alguno que nos permita entender que ha cambiado el objeto de la regla, esto es, que el mismo no sea ya los repetidos "créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero" sino dichos créditos una vez producida la subrogación».

A pesar de ello, estas resoluciones judiciales no alcanzaron una notoriedad acusada, de modo que nuestra doctrina no consideró alterado el panorama judicial sobre esta materia. Sin embargo, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de mayo de 2008, que alcanza la misma conclusión, ha disparado todas las alarmas, en especial, las de las entidades financieras, que ven que pueden legítimamente volver a dudar acerca de la seguridad de las garantías —en este caso, personales— derivadas de las operaciones de refinanciación.

Por nuestra parte, consideramos improbable que esta segunda tesis se extienda en los próximos meses. No obstante, buena parte del daño ya se ha producido, dada la incertidumbre que estas últimas sentencias han introducido en ámbito de las operaciones de refinanciación, de forma que será necesario cierto tiempo (especialmente, tomando en consideración las enormes dudas que la cuestión había suscitado en la doctrina, dudas que sin embargo no habían contaminado a nuestros Tribunales) hasta que pueda recuperarse la relativa seguridad ahora súbitamente desaparecida.

En cualquier caso, no parece justo atribuir la denunciada inseguridad jurídica a los Tribunales: aquélla tiene su raíz en el texto de la LC, que era causa de segura discusión interpretativa (algo, por cierto, ya advertido por algunos en su momento).

III. LA LICITUD DE LA ACCIÓN DIRECTA EN CASO DE CONCURSO DEL CONTRATISTA PRINCIPAL

Otra de las cuestiones que más discusiones está provocando, casi a diario, es si, en caso de concurso del contratista principal, cabe que los subcontratistas ejerciten, frente al promotor, la acción directa prevista en el artículo 1597 CC (los que ponen su trabajo y materiales en

una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación).

Ya adelantamos que los argumentos para rechazar que, en la hipótesis indicada, pueda acudirse a esta acción, consisten en que ello implica un fraude al principio de *par conditio creditorum*, y perjudica las masas del concurso. Nótese que, cuando el subcontratista ejercita la acción directa, evita personarse en el concurso del contratista principal, para, dirigiendo su reclamación exclusivamente contra el promotor, tener mayores garantías de cobro.

La práctica unánimemente de las resoluciones judiciales se ha inclinado por hacer compatible el concurso del contratista principal con el ejercicio de la acción directa, con base en lo siguiente:

1) La realidad nos enseña que, en circunstancias normales, en la inmensa mayoría de las ocasiones se ejercita la acción directa por considerarse que existen mayores garantías de cobro de parte del deudor indirecto (dueño de la obra) que del directo (contratista principal).

Por tanto, que dicho deudor directo esté en situación concursal puede calificarse, más que como un obstáculo, como supuesto de hecho natural del ejercicio de dicha acción directa.

Este argumento aparece recogido, entre otras, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 2005: «la acción directa del art. 1597 tenía su razón de ser precisamente en el caso de insolvencia del contratista, estando pensada para aquellas situaciones en las que los medios normales de cobro resultaban ineficaces».

En similares términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 4 de abril de 2008: «el art. 1597 CC (...) tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista».

2) Si la acción aquí es calificada como directa, la situación en que se halle el contratista principal resulta, por definición, perfectamente irrelevante: la acción se dirige contra quien permite el precepto, sin que su efectividad pueda verse impedida por circunstancias que afectan a quien es ajeno a la controversia.

Dicho de otro modo: ejercitada la acción directa, únicamente el dueño de la obra deviene deudor del actor.

3) La LC no ha implicado derogación ni modificación del artículo 1597 CC, algo que, conjugado con el principio restrictivo que, en materia derogatoria, impone el artículo 2.2 CC, permite concluir que la acción directa se halla vigente.

4) Otro de los argumentos para concluir la subsistencia de la posibilidad contemplada en el artículo 1597 CC responde a principios de política legislativa: con ese precepto (ciertamente especial: la misma regla aparece en el Derecho francés o italiano, pero no en el alemán o portugués), el legislador otorga una especial protección a quienes ponen su trabajo o materiales en una obra.

Esa especial protección, o privilegio, actúa en una doble dirección, si bien con base en parámetros distintos: de un lado, la posibilidad de reclamación contractual, contra el contratista principal y por la totalidad de la cantidad adeudada, y, de otro lado, contra el promotor, únicamente en caso de que el precio pactado con el contratista principal fuera cerrado y hasta la cantidad que el primero adeuda al segundo.

En esta línea, dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de enero de 2007: «Si como es obvio la razón de ser este precepto radica en la querida protección de las personas que ponen su trabajo y materiales en una obra a fin de garantizarles el cobro de tales prestaciones, precisamente esta protección se advierte mas necesaria en aquellos casos en que la contratista deudora deviene insolvente o presenta dificultad de pago (...). No puede decirse que el principio del *pars conditio creditorum*, se vea afectado o quebrantado por el ejercicio de esta acción "ex" artículo 1597 CC, pues el mismo guarda relación con el de responsabilidad universal del deudor (art. 1911 del civil) y opera dentro de ese exclusivo ámbito patrimonial, con referencia que constituye el propio del concursado, mientras que la acción que concede el artículo 1597 del Civil es una acción directa "que no es propiamente sustitutiva de la del contratista sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra" (Sentencia 12-5-1994 y 11-10-2002)».

5) Finalmente, se dice que la propia LC también reconoce diferencias de trato entre acreedores, de modo que el principio de *par conditio creditorum* constituye una regla general que, como tal, tiene excepciones.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de junio de 2005: «El art. 1597 CC se une a otros muchos preceptos de leyes especiales que confieren a ciertos acreedores bien un derecho de abstención en la suspensión (con el efecto de no quedar sometidos al convenio si no acuden a la Junta de acreedores de la suspensión, arts. 15.III y 22 Ley de Suspensión de Pagos), bien un derecho de ejecución separada (por ejemplo, los acreedores hipotecarios o pignoraticios, pues su derecho real no queda afectado por la suspensión, art. 9.IV Ley de Suspensión de Pagos) (...). En efecto, el precitado principio convive, sin con ello ve-



nir abocado a su quebranto o destrucción, con los privilegios que, en razón de política legislativa y de la naturaleza del interés subyacente».

Al margen de las ya citadas, lo cierto es que, hasta donde conocemos, todas las sentencias (salvo la que posteriormente se mencionará) se han pronunciado a favor de la compatibilidad entre la situación concursal del contratista principal y la acción directa del subcontratista. En estos términos se manifestó ya el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 9 de mayo de 1989, 27 de julio de 2000 y 11 de octubre de 2002. Dice esta última: «La argumentación de "Odo, S.A." no resulta mínimamente convincente porque es de toda evidencia que el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra en modo alguno puede considerarse abusivo —no concurren las circunstancias objetivas y subjetivas determinantes de una conducta abusiva, como se requiere jurisprudencialmente (SS de 30 mayo 1998 y 13 junio 2002)— ni consta dato alguno en los autos revelador de ausencia de buena fe en la conducta del señor M., que se limitó a reclamar el pago de la cantidad que le era debida no sólo por la contratista sino también por el dueño de la obra, siendo exigible a cualquiera de éstos, pues no otra cosa implica la posibilidad de ejercicio de la acción directa contra aquél. Tampoco cabe apreciar fraude de ley en el ejercicio de la acción directa contra la Autoridad Portuaria cuya finalidad es precisamente salvaguardar los derechos del subcontratista siendo compatible con la existencia de un expediente de suspensión de pagos de la contratista, y, en definitiva, no concurren los requisitos determinantes del fraude de ley, pues ni se aprecia el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico ni se ha tratado de obtener la tutela de una norma que esté dada para un concreto fin, poniendo en juego los medios suficientes para otra distinta y contrapuesta finalidad (SS de 30 mayo y 4 noviembre 1994 y 17 abril 1997)».

La misma línea ha sido posteriormente seguida por multitud de sentencias, como las de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de octubre de 2004, 8 de

noviembre de 2004, 20 de enero de 2005 y 2 de junio de 2005. La misma postura ha sido mantenida por la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencias de 2 de noviembre de 2004, 24 de noviembre de 2004, 15 de septiembre de 2005 y 2 de marzo de 2006.

Otras sentencias en el mismo sentido son las de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 2005, 27 de mayo de 2005, 20 de junio de 2006 y 16 de abril de 2007, las de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de enero de 2008 y 4 de abril de 2008, la de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de enero de 2007, la de la Audiencia Provincial de Cádiz de 1 de febrero de 2005, o la de la Audiencia Provincial de Salamanca de 24 de octubre de 2005.

Acerca de estas sentencias, no puede evitarse consignar determinadas consideraciones:

a) Hay que lamentar la alarmante falta de argumentación de buena parte de ellas, que se limitan a resolver acriticamente la cuestión manifestando que la posibilidad de ejercitar la acción directa consta reconocida por las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo.

b) Semejante desidia argumentativa resulta especialmente grave si se toma en consideración que esas sentencias del Alto Tribunal resolvían supuestos referidos a la suspensión de pagos.

A nuestro juicio, resulta absolutamente improcedente aplicar la misma solución en el ámbito de la Ley Suspensión de Pagos y en el del LC. Como es sabido, el artículo 9, 4.º párrafo, de aquélla, prevenía la continuación de los procedimientos en curso al declararse la suspensión, quedando en suspenso únicamente su ejecución.

No obstante, sucede lo siguiente:

(i) El actual artículo 51.1 LC, si bien parte de la misma regla (los procedimientos iniciados continuarán hasta la firmeza de la sentencia) contiene, según nuestro parecer, una importantísima excepción: la posibilidad de acumulación

cuando se estime que el proceso iniciado tiene trascendencia para la formación del inventario y de la lista de acreedores.

Consideramos que esta posibilidad debería ser objeto de un uso al que nuestros Tribunales, por el momento, se muestran reacios, pues es obvio que la tramitación del juicio derivado de la acción directa influye en la lista de acreedores, de la que, mediante el mecanismo permitido por dicha acción, desaparece el subcontratista.

(ii) Es más: sucede que, incluso en el ámbito de la suspensión de pagos, el Tribunal Supremo consideró que no era obstáculo para la acción directa sólo cuando ésta se hubiera interpuesto con anterioridad a aquélla, no en caso contrario.

Pues bien, la distinción indicada no es tomada en consideración por algunas de las sentencias posteriormente dictadas por las Audiencias Provinciales, de modo que llega a legitimarse el ejercicio de la acción directa cuando sea posterior a la declaración de concurso del contratista principal.

Como máximo, en algunas ocasiones se refuerza la posibilidad de ejercitar la acción directa afirmando que fue interpuesta antes del concurso (o, cuando menos, que con anterioridad a éste medió requerimiento extrajudicial). En este sentido, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de abril de 2007: *sin que de la nueva Ley Concursal pueda desprenderse, hasta el momento, interpretación unánime distinta a la anteriormente expresada, máxime cuando en nuestro caso la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración de concurso.*

No obstante, sorprendentemente, no se localiza una sola sentencia que impida la acción directa sobre la base del mismo argumento aplicado «a contrario»: que el concurso estaba anteriormente declarado.

A pesar de estas críticas, consideramos que la posición mayoritaria es, atendido el marco jurídico existente, sólida, pues resulta de una lógica interpretación del Ordenamiento jurídica y, muy especialmente, de la subsistencia del artículo 1597 CC. No obstante, esta tesis resulta inadmisibles desde el punto de vista práctico, a la par que contradictoria con los más elementales principios concursales: téngase particularmente en cuenta que, en muchas ocasiones, permitir la acción directa en estos casos supone consentir la exclusión, no de uno, sino de la mayoría de los potenciales acreedores de un concurso, pues en la ejecución de una obra pueden haber intervenido decenas de subcontratistas. A nuestro juicio, semejante dispersión procedimental es inadmisibles.

De acuerdo lo expuesto (y dado que, como se ha dicho, la interpretación alcan-

zada por nuestros Tribunales resulta técnicamente correcta), la crítica debe dirigirse, con toda dureza, contra nuestro legislador, quien —como resulta del estudio de los diferentes proyectos y de la tramitación parlamentaria del texto— jamás paró mientes en la existencia de aquel artículo. En estas circunstancias, resulta imposible invocar *mens legislatoria* alguna, y se impone una urgente reforma legal.

Una de las principales novedades introducidas por la LC ha sido la eliminación del derecho de ejecución separada. La razón de dicha modificación se comprende: si el objetivo de la LC es la normal continuación de la actividad empresarial, la ejecución de esas garantías lo haría imposible

Mientras ello no suceda, debe cuando menos diferenciarse según el concurso esté o no iniciado, de modo que en el primer caso la acción directa sea considerada fraudulenta, pues, *puenteando* el concurso, intenta el cobro por una vía oblicua a aquél (11). Hasta donde sabemos, únicamente existe una sentencia que se pronuncia en estos términos, concretamente la de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de diciembre de 2002, que afirma: *Permitir la subrogación que por la vía de la acción directa prevé el artículo 1597 CC implica de una manera clara «puentear» la situación de insolvencia del contratista (...). Entendemos que ante el silencio legal, que no prevé como créditos autónomos o separables de la ejecución concursal a los que se generan por la acción directa del artículo 1597, no es posible facilitar la reclamación del actor.*

IV. LA INEJECUTABILIDAD DE LAS HIPOTECAS: EL PROBLEMA DE LAS PROMOCIONES

No cabe duda de que una de las principales novedades introducidas por la LC ha sido la eliminación del derecho de ejecución separada tradicionalmente otorgado a favor de los acreedores con garantía real sobre los bienes del concursado.

La razón de dicha modificación legislativa se comprende: si el objetivo de la LC es la normal continuación de la actividad empresarial, la ejecución de esas garantías sería la mejor forma de hacerlo imposible (12).

De acuerdo con ese espíritu, dice el artículo 56.1 LC: *Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho, o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.*

De nuevo topamos aquí con una problemática que, si bien puede considerarse que nuestros Tribunales vienen resolviendo de acuerdo con la Ley, resulta insatisfactoria, precisamente para uno de los sectores más afectados

por la actual crisis económica: las promotoras, especialmente aquéllas de pequeño y mediano tamaño, que tienen como principal activo (cuando no único) la promoción que estaban desarrollando y que ha quedado sin concluir.

Esa insatisfacción deriva de que, en la aplicación del precepto mencionado, se ha venido generalmente entendiendo que esa promoción no constituye un bien afecto a la actividad empresarial, esto es, un medio para colocar los productos en el mercado (en términos contables, inmovilizado), sino el producto mismo que las promotoras ofrecen al mercado (de nuevo desde el punto de vista contable, una existencia).

Entre otros pronunciamientos en este sentido, destaca el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 2 de enero de 2006, que, para alcanzar dicha conclusión, se basa en lo siguiente (13):

(i) La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de enero de 1993, que aprueba el Plan General de Contabilidad para empresas constructoras y establece que el inmovilizado comprende los elementos destinados a servir de forma duradera a la actividad de la empresa.

(ii) Determinadas resoluciones de la Dirección General de Tributos (concretamente, las número 1887/2002, de 3 de diciembre, 340/2004, de 29 de noviem-

bre y 2036/2004, de 29 de noviembre), de acuerdo con las que las plazas de garaje integrantes de la promoción son el producto de la actividad empresarial, no un medio para llevar a cabo aquélla.

En consecuencia, concluye el auto: *«La diferencia entre los elementos del inmovilizado y los de existencias no estriba en sus características físicas sino en la utilización que se pretende hacer de ellos, depende de la finalidad que la empresa les pretende dar. En el caso de autos sometido a revisión de esta Sala las plazas de garaje hipotecadas por el Banco Popular Español, S.A., no forman parte del inmovilizado material de la empresa deudora en concurso de acreedores, la Sociedad Anónima Canaria de Obras (SA-CO), sino de su activo circulante como existencias en cuanto ni se trata de una empresa que tenga por objeto social la explotación de garajes o parking, ni consta estén destinadas al uso de su directivos o empleados. Por el contrario parece claro que el destino de las plazas de garaje propiedad de la concursada es su venta a terceros y por ello se deben incluir entre las existencias y así, de lectura de la escritura de préstamo hipotecario (folio 76), se desprende que el destino del edificio de aparcamientos en construcción objeto de financiación mediante el préstamo hipotecario otorgado por el Banco Popular Español, es su posterior adquisición por los compradores. De otro lado, lo que persigue la Ley Concursal es la continuidad de la actividad empresarial del concursado en lo posible (E.M. y arts. 44 y 100 LC) y para ello es preciso mantener la estructura productiva y de prestación de servicios de la concursada, el inmovilizado material e inmaterial, y al no ser las plazas de garaje hipotecadas bienes afectos a la actividad empresarial, pues no son elementos patrimoniales destinados de manera duradera o estable a la actividad empresarial, a la obtención de bienes o prestación de servicios propios de su tráfico, al no formar parte de su inmovilizado material, quedan fuera del ámbito de influencia del art. 56 de la LC. No todos los bienes que contribuyen a la actividad económica de la empresa se consideran afectos a su actividad empresarial sino únicamente aquellos que forman parte de los medios de producción, los vinculados al proceso productivo».*

Si bien debemos denunciar la incorrecta argumentación del auto, que acude a normativa fiscal o contable cuando la calificación de un bien como afecto o no es una cuestión de hecho, que en nada depende de aquellas referencias (14), es-

ta resolución es, como hemos anticipado, coherente con el tenor de la LC.

De nuevo, se trata de una situación que únicamente puede obtener debida corrección mediante reforma legislativa. Mientras esto sucede, no debe extrañar que los Jueces (probablemente excediéndose de sus funciones, sí, pero buscando soluciones razonables donde la ley no las facilita) apliquen la equidad en mayor medida de lo que el artículo 3.2 CC permite. Prueba de ello es la reciente sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de 15 de julio de 2008, que, teniendo en cuenta que la promoción era la única del concursado, al margen de toda discusión doctrinal y en beneficio de la continuidad de la empresa, afirma: *En el presente caso la ejecución hipotecaria se dirige contra buena parte de los inmuebles que integran la única promoción de la demandada; y, aun cuando la cuestión suscita serias dudas de derecho, entiendo que los bienes objeto de la demanda de ejecución están afectos a la actividad empresarial de la concursada. La cuestión, al entender de este Tribunal, debe analizarse al margen de criterios contables, esto es, deben prevalecer criterios económicos o de afectación real de los bienes hipotecados a la actividad de la concursada. Y no ofrece dudas que sobre dichos inmuebles, todavía en fase de construcción, la concursada ejerce su actividad empresarial, por lo que cabe concluir que se trata de bienes afectos.*

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Estas líneas únicamente han pretendido llamar la atención acerca de algunas de las cuestiones más candentes derivadas de la aplicación de la LC. Desde luego, existen otras muchísimas cuestiones que, mereciendo quizá mayor atención, no han sido aquí tratadas.

Como ha podido comprobarse, la exposición se ha centrado, principalmente, en defectos de técnica legislativa. No obstante, consideramos oportuno recordar que el correcto funcionamiento de la institución concursal no depende únicamente del texto legal que la regule, como tampoco del esfuerzo de nuestros Jueces de lo Mercantil y Secciones especializadas de las Audiencias; depende, fundamentalmente, de la formación, dedicación y cultura concursal de todos aquellos que intervinimos en este ámbito del Derecho. Únicamente así el concurso llegará a ser, de una vez por todas, un instrumento verdaderamente útil para la sociedad. ■

NOTAS

(1) Diario La Ley, 17 a 19 de octubre de 2008.

(2) JUANA PULGAR EZQUERRA, «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», RCP n.º 5, 2006, páginas 28 y siguientes.

(3) JUANA PULGAR EZQUERRA, Diario La Ley, n.º 6963, 9 de junio de 2008: «Refinanciacines de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de “escudos protectores” y el fraude del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario».

(4) Por ejemplo, auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo de 2006: «Para ello, debemos atender, primeramente, a qué se entiende por

“sobreseimiento general en los pagos”, para lo que podemos servirnos de la jurisprudencia anterior que interpretó el sobreseimiento general en los pagos del art. 876.II CCom., como presupuesto objetivo de la quiebra. Respecto del carácter general de la cesación en los pagos se afirman dos extremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el

incumplimiento; y no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual [STS 29-XII-1927, SSTS 18-X-1985, 7-X-1989, 10-III-1990, si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo: STS 18-IV-1929; o total: STS 4-VII-1968]. En resumen, tal y como sintetizó la STS 27-II-1965, podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico,

simple o aislado, sino definitivo, general y completo».

(5) FRANCISCO LEÓN SANZ, Comentario de la Ley Concursal, Tomo I, editorial Civitas, Madrid, 2004, pág. 1.307.

(6) GUILLERMO ALCOVER GARAU, Comentario al art. 71 LC, pág. 74.

(7) RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», en Tratado de garantías en la contratación mercantil, coordinadores UBALDO NIETO CAROL y JOSÉ IGNACIO BONET SÁNCHEZ, Tomo I, Madrid, 1996, págs. 301 y siguientes.

(8) ENRIQUE PIÑEL LÓPEZ, «La reintegración concursal y operaciones financieras», RCP n.º 8/2008, págs. 160 a 162.

(9) Por ejemplo, GUILLERMO ALCOVER GARAU, La retroacción de la quiebra, Madrid, 1996, págs. 94 a 96.

(10) JUANA PULGAR EZQUERRA, La Ley, n.º 6963, 9 de junio de 2008, «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de "escudos protectores" y el fraude del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario».

(11) En este sentido, ÁNGEL ROJO, Comentarios sobre la aplicación de la Ley Concursal, Colegio Notarial de Catalunya, octubre de 2008.

(12) Puede leerse en la Exposición de Motivos: Una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia.

(13) Argumenta esta resolución: SEGUNDO A juicio del Banco Popular Español, S.A., parte apelante, se realiza una interpretación extensiva del art. 56 de la Ley Concursal que

perjudica a los acreedores con garantía real, donde la Ley dice «bienes afectos a la actividad empresarial» acaba interpretando el juzgador a quo «bienes que contribuyen a la actividad económica» de la empresa. Bien «afecto» es el destinado con carácter permanente a una actividad empresarial. El Plan General de Contabilidad desarrollado para las empresas constructoras por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de enero de 1993 dice que el inmovilizado «comprende los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa». Así pues en sentido literal (art. 3.1 CC bienes afectos son los destinados de modo permanente a la elaboración o creación de otros bienes). Atendiendo a un criterio interpretativo sistemático y finalista el verdadero propósito del legislador es la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que venga ejerciendo el deudor (art. 44.1 Ley Concursal). Y a tal efecto el art. 56 LC persigue la subsistencia de los medios productivos de la empresa no afectando la paralización de ejecuciones de garantías reales a los demás bienes del concursado.

Considera el Banco apelante que las plazas de garaje hipotecadas no son bienes afectos a la actividad empresarial o a la unidad productiva de la concursada, en cuanto no son bienes destinados con carácter permanente a la elaboración o creación de otros o a la prestación de un servicio, y porque su realización en el procedimiento de ejecución hipotecaria no interrumpe la actividad empresarial del concursado y sólo sustituye su venta en el mercado por su

venta en pública subasta. De otro lado, la remisión del auto recurrido al art. 27.1 de la Ley del IRPF es equivocada porque: 1.º) este artículo define los elementos patrimoniales afectos a una actividad económica, concepto más amplio que el de bienes afectos a una actividad empresarial o unidad productiva, y que engloba a éste. 2.º) El sentido del citado artículo es distinguir los bienes particulares del contribuyente de los destinados a su negocio. E incluso aplicando indebidamente dicho precepto seguirían sin estar incluidas las plazas de garaje en el concepto de bienes afectos a la actividad económica y así resulta de las Resoluciones de la Dirección General de Tributos núms. 1887/2002 de 3 de diciembre, 340/2004 de 29 de noviembre y 2036/2004 de 29 de noviembre, y sólo las plazas de garaje destinadas al negocio pueden considerarse elementos afectos a la actividad económica. En definitiva, las plazas de garaje son el producto de la actividad empresarial del concursado, pero no un medio para conseguir dicha actividad lo que únicamente podría ocurrir si se destinaran a estacionamiento de vehículos de la empresa o de su personal solicitando por todo ello se revoque la resolución recurrida declarando, en su lugar, haber lugar a la admisión a trámite de la demanda de ejecución sobre bienes hipotecados, por no ser estos afectos a su actividad empresarial o a unidad productiva de la titularidad de la concursada.

(14) Entre otros, ÁNGEL ROJO, Comentario de la Ley Concursal, Tomo I, editorial Civitas, Madrid, 2004, pág. 1.049.

ALLANAMIENTO DE MORADA_

Encontrar

‘...por causa del **allanamiento** del terreno de la casa **morada** resultó aplastada por hallarse en el camino de...’

www.exactamenteloquenecesitas.com

Nuestra base de datos, al contrario que otros buscadores, SÍ SABE lo que busca. Porque **laleydigital.es** ha creado un nuevo sistema de búsqueda que incluye sinónimos, agrupa términos, salva erratas y hace de la precisión un hecho. No es que te ofrezcamos este nuevo sistema de búsqueda, es que somos los únicos que te lo podemos ofrecer.

Prueba a encontrar tu concepto. Decídetelo y juega con nosotros en: www.exactamenteloquenecesitas.com y comprueba cómo funciona la nueva versión de **laleydigital.es**. Además, si aciertas las preguntas del juego, puedes ganar **1.000 euros en productos de LA LEY**.

Expansión semántica – Agrupación semántica – Reconocimiento de erratas – Extracto dinámico – Afinar resultados – Función ‘Quiso usted decir’ – Clasificación de resultados – Planteamiento de conceptos complejos – Adaptación y traducción a distintos idiomas.

Contenidos adicionales gratuitos: D.G.T., Convenios Colectivos, Formularios básicos



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

laleydigital.es

exactamente lo que necesitas.