

ESTUDIOS SOBRE LA LEY CONCURSAL

**LIBRO HOMENAJE
A MANUEL OLIVENCIA**

SEPARATA

**MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE RONDA,
CÁDIZ, ALMERÍA, MÁLAGA Y ANTEQUERA — UNICAJA
CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE CÓRDOBA — CAJASUR
MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2005 BARCELONA**

LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO DE INSOLVENCIA

Juan Ignacio PEINADO GRACIA

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Jaén

«La quiebra es el cierre más o menos hermético de una casa donde el pillaje ha dejado algunos sacos de dinero. ¡Feliz el negociante que se desliza por la ventana, por el tejado, por las bodegas o por algún agujero, y que toma un saco de dinero y aumenta su parte! En esta derrota, en la que se lanza el isálvese el que pueda! del Beresina, todo es ilegal y legal, falso y verdadero, honroso y deshonroso. El hombre que se cubre es admirado. Cubrirse es apoderarse de algunos valores en detrimento de los demás acreedores» (H. BALZAC¹).

SUMARIO: I. LA *PAR CONDITIO CREDITORUM*.—1. Planteamiento.—2. Derecho concursal e ideología.—3. Implicaciones problemáticas del modelo de Derecho concursal.—4. La *par conditio creditorum* es un efecto de la concursabilidad.—II. EXCEPCIONES A LA *PAR CONDITIO CREDITORUM*: PRIVILEGIOS.—1. Concepto y caracteres de los privilegios concursales. Eficacia extraconcursal de los privilegios.—a) Concepto de privilegio.—b) Naturaleza jurídica del privilegio.—c) Caracteres de los privilegios concursales.—2. Oportunidad y conveniencia de los privilegios concursales.—a) Notas sobre la defensa del sistema de privilegios. Beneficio colectivo y aversión al riesgo.—b) Notas sobre las falacias en torno a los privilegios.—c) Notas para la imputación de tratos privilegiados.—1. La imputación del coste de detección de la insolvencia. El *timing problem*.—2. Imputación del daño de la insolvencia.

¹ H. DE BALZAC, «Historia de la grandeza y decadencia de Cesar Birotteau. Comerciante perfumista. Teniente de Alcalde del Segundo Distrito Municipal de París. Caballero de la Legión de Honor, etc.», en *La Comedia Humana*, A. ESCARFIZO (ed.), A. Ribera (trad.), vol. XIV, Barcelona, 1964, p. 255.

I. LA PAR CONDITIO CREDITORUM

1. Planteamiento

Entre las constantes de la literatura jurídica del último siglo pueden destacarse: el anuncio de la reforma del Derecho concursal, siempre calificada de inminente, y la afirmación de que uno de los principios que inspiran la legislación concursal, en la generalidad de los ordenamientos, es el de igualdad de trato entre los acreedores del deudor insolvente (*par conditio creditorum*). Alcanzado el primer objetivo con la Ley 22/2003, Concursal ("Ley Olivencia"), este modesto trabajo² se centra en apuntar algunas ideas sobre la vigencia real de tal principio, sus límites y su oportunidad frente a otros principios adoptables³. 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 que compartirían por igual las consecuencias de tal estado, mutualizando así su riesgo. Siendo éste el principio general, en el sistema de determinación de la masa pasiva (arts. 84 y 89 a 93 "Ley Olivencia") y en la liquidación y pago de acreedores (arts. 154 a 162) aún subyacen y conviven otros criterios de imputación del riesgo, que sí, en ocasiones, son instrumentos que coadyuvan a la eficiencia del proceso para la mejor satisfacción del conjunto de acreedores, en otras son fruto del acarreo histórico o manifestación de la capacidad de algunos intereses particulares de apropiarse de rentas generadas por la norma. En este sentido, los privilegios del Estado, regulador y regulado, pueden ser citados⁴.

Parece claro que abordar en un trabajo como éste un principio general puede ser una labor ingente de reconstrucción de todo el ordenamiento concursal en clave

² Este trabajo es modesto en sus logros y paupérrimo en su autoría, pero rico por su finalidad, que no es otra que sumarnos agradecidos al homenaje que la academia española rinde al Prof. D. Manuel OLIVENCIA RUIZ. De mis mayores he podido aprender a hablar con respeto de D. Manuel, al que siempre se me ha puesto como ejemplo de buen jurista y, por ello, de hombre justo; como ejemplo de bonhomía y, por ello, de señorío; como ejemplo de hombre caballero y, por ello, sevillano. Mis mayores tenían razón. Yo lo he visto, en él, y en sus discípulos. Agradecido, pues, me sumo, en lo poco que yo sumo, a este homenaje a D. Manuel, un Señor del Derecho.

³ Sobre el principio de *par conditio* y su formulación tradicional, *vid.* la magnífica síntesis de J. M.^º GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, pp. 722-729, y referencias.

⁴ Pese a lo reciente de la norma, es obligada la referencia al trabajo de ALBERT y ARTÉS-CASELLES, «Bankruptcy proceedings and government: should Bankruptcy Law grant privileges to the treasury?», *German Working Paper in Law and Economics*, 2003, *paper 9*, en especial pp. 15-16, donde se defiende la consideración de los acreedores públicos como ordinarios. *Vid. add.* BECHUK y FRIED, «The Uneasy Case for the priority of secured claims in bankruptcy», *Yale Law Journal*, 1996, núm. 105, pp. 857-934, y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «La reforma del Derecho concursal español», en Á. ROJO (dir.) *et al.*, *La Reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, pp. 87-130, en especial pp. 126-127.

No hay que ocultar, sin embargo, que la "Ley Olivencia" ha supuesto un correctivo a esta situación que tradicionalmente era denunciada sin que el legislador fuera capaz de atajarla. La misma EM (§ 1) advertía de esta situación al calificar la situación precedente, al señalar que la legislación adolece del «... predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio e igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas...». No obstante, la poda de los créditos públicos en la "Ley Olivencia" no ha sido finalmente tan radical (cortarlos de raíz queremos decir) como habría sido deseable. *Vid.* a C. MOLINA NAVARRETE, «Un nuevo desafío para

de *par conditio*. Realmente, más que ingente labor, tal esfuerzo bien podría calificarse como de “monumento de delirante presunción”⁵. Por si fuera poco, apenas asumido que en la formación de la masa pasiva en la generalidad de los ordenamientos se proyectan los dos grandes principios de los procedimientos concursales —el de ejecución o cobro universal (totalidad del patrimonio del deudor y totalidad de sus acreedores) y el de igualdad de trato—, la mejor doctrina se apresura a poner de manifiesto cómo la igualdad de trato ha sido excepcionada, limitada o sacrificada en tan numerosas ocasiones y por tan variados legisladores, hasta el punto de que hoy tiene más de *mito* que de realidad⁶. Conceptos como predeucción, prelación, privilegio, ejecución separada... no son más que enunciados bajo los que se esconden acreedores a los que el ordenamiento, por ellos mismos o por características formales o materiales de sus créditos contra el deudor insolvente, les ha concedido excepcionarse a la regla de la paridad de trato, de forma tal que el procedimiento concursal nos puede presentar una casuística ingente de tratamientos diversos por grados o categorías. Esta gradación llevó a algún autor a considerar que hoy el *par conditio creditorum* no era más que un *principio residual* cuya eficacia se desenvolvía tan sólo en cada una de las categorías⁷.

No obstante, la presencia del *par conditio creditorum* como principio inspirador del ordenamiento⁸ tiene mayor relevancia de la que en un primer momento pudiese pensarse. En efecto, la igualdad de trato entre los acreedores aparentemente es la justificación de muchas instituciones concursales⁹, y como tal, el criterio de inter-

los derechos de los trabajadores: principales puntos críticos de la reforma concursal», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 248, noviembre de 2003, pp. 85-142, en especial p. 112.

⁵ Peligro del que nos advertía, cuando abordaba una empresa semejante P. G. JAEGER, «*Par conditio creditorum*», *Gjur. comm.*, 1984-I, p. 88.

⁶ Vid. COLESANTI, «Mito e relata della “par conditio”», *Fallimento*, 1984, pp. 32 ss. De mito hablaba BRUNETTI [*Tratado de quiebras*, J. Rodríguez Rodríguez (trad.), México, 1945, p. 20]; también J. BISBAL MÉNDEZ, «La insostenible levedad del Derecho concursal», *RDM*, núm. 214, octubre-diciembre de 1994, p. 850; «ilusorio», señala GARRIDO, *op. cit.*, nota 3, p. 729. No obstante, como se ha dicho en el texto, ésta es una idea constante de nuestra mejor doctrina; vid. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», *AAMN*, t. XXIV, 1981, p. 257), el cual nos recordaba en referencia al Código de Comercio que «... del principio de la *par conditio creditorum* sólo quedan vestigios, algunas huellas, un lejano eco. Al privilegio que desde los orígenes de la quiebra se reconocía a los créditos de naturaleza pública se ha ido añadiendo, en confuso tropel, otros muchos, según la potencia económica de cada una de las categorías de acreedores. La historia muestra no sólo la proliferación de privilegios, sino también la pugna entre los créditos privilegiados. Esta circunstancia, unida a las garantías personales y reales con que suelen contar los acreedores profesionales, se traduce en que las más bajas cuotas de satisfacción en la liquidación del patrimonio del deudor son las correspondientes a los acreedores de menor poder». (En idéntico sentido, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «El estado de crisis económica», en AAVV, *La reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, 1982, p. 126).

⁷ En este sentido, L. VACAS MEDINA [«Crítica a los procesos concursales vigentes (I)», *BIMJ*, núm. 1344, 1984, p. 13] señala: «el principio de la *par conditio*, en el juego de la determinación de los intereses que se estiman dignos de protección, cede tanto que hasta llega a convertirse en categoría residual».

⁸ Principio de orden público, vid. el ATS de 5 de mayo de 2002.

⁹ Vid. a GARRIDO, *op. cit.*, nota 3, pp. 727-728. El principio de la *par conditio creditorum* solía enunciarse como inspirador de la ordenación de la quiebra. Sin embargo, se encontraba presente, en mayor o menor medida, en todas las instituciones concursales, tal y como ha reiterado la mejor doctrina. Así, pueden recordarse las palabras de BELTRÁN (*Las deudas de la masa*, Bolonia-Zaragoza, 1986, p. 280):

pretación que de las mismas hace nuestra jurisprudencia. Por esto, más que de mito o categoría residual, la *par conditio creditorum* se configura como una "idea-fuerza"¹⁰, presente, en continua pugna con otros principios o valores dignos de tutela y, por ello, con desigual intensidad en las distintas instituciones concursales, así como en los sucesivos trabajos de reforma del Derecho concursal¹¹. La "Ley

«tanto la suspensión de pagos como la quiebra, aun cumpliendo distintas funciones, se dirigen a la tutela de los acreedores, considerados no individualmente, sino en su conjunto; ambos procedimientos buscan la realización de la *par conditio creditorum*». En idéntico sentido, TORRES DE CRUELLS, *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, p. 47) o SÁNCHEZ MIGUEL, «Marco jurídico de las crisis económicas de las empresas en España», *Economistas*, núm. 58, 1993, p. 12.

La jurisprudencia reiteró también la presencia del principio en los procedimientos de suspensión de pagos. Así, se afirma que: «El expediente de suspensión de pagos está presidido por dos notas que lo califican, la de universalidad por afectar al derecho de todos los acreedores del quebrado por tener un interés común en la masa del deudor y la de unidad que impide que individualmente puedan los acreedores perseguir bienes del suspenso, colocándose en una situación privilegiada respecto a otros acreedores quizás con mejor derecho; en definitiva todos los acreedores afectados por el principio de la *par conditio creditorum*, vienen, en consecuencia, supeditados también a la resultancia del convenio que se apruebe entre el deudor y los acreedores y por lo mismo al no poder ninguno sustraerse a la eficacia del convenio, es preciso que se le oiga en la Junta y que su voto tenga el peso específico proporcional a la importancia de su crédito real. Por ello es normal que el conflicto de intereses que pueden nacer entre el general de la masa para reducir la cuantía del pasivo, con el consiguiente aseguramiento del mejor cobro, y el particular de cada acreedor de que su crédito no sea desconocido, concediendo la Ley a los acreedores, en este orden de cosas, tanto la facultad de solicitar la inclusión de su propio crédito, como de impugnar otros, ya por su cuantía, ya por su naturaleza», AP de Almería, Sentencia de 23 de septiembre de 1993. «El fin más trascendente del procedimiento de suspensión de pagos, regido por los principios de universalidad y de la *par conditio creditorum*, es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que se vería frustrado si se permitiese sustraer a la masa de acreedores créditos de igual condición que, sin embargo, para todos los efectos útiles gozarían de privilegio en relación con el derecho de los acreedores concurrentes; para evitarlo, el artículo 2 LSP impone al comerciante la obligación de acompañar, con el escrito en que solicite la declaración de ese estado, una relación nominal comprensiva de todos los acreedores, estableciendo además la Ley medidas dirigidas a conseguir la exactitud de la lista, entre ellas, la facultad concedida a los interventores para que comprueben la exactitud del pasivo —art. 8— y los medios para que los acreedores omitidos puedan solicitar y obtener, en su caso, su inclusión en la lista, o su exclusión por tratarse de créditos a los que la Ley les concede el derecho de abstención de concurrir a la junta de acreedores, estableciéndose en el artículo 11 LSP el procedimiento para ello». STS (Sala 1.ª), de 24 de junio de 1991, Sentencia que recoge la doctrina ya apuntada en las SSTs de 4 de junio de 1929, 30 de mayo de 1959 y 4 de julio de 1966. Vid. *adde.* SSTs (Sala 1.ª), de 21 de noviembre de 1984, 14 de julio de 1993, 20 de mayo de 1993, 5 de marzo de 2001, 14 de febrero de 2002 y la jurisprudencia menor de las recientes SSAAPP de Alicante, de 20 de septiembre de 2002, Córdoba, de 25 de septiembre de 2002, León, de 20 de julio de 2002, Tarragona, de 24 de julio de 2002, o Valencia, de 25 de julio de 2002.

¹⁰ VICENT CHULIÀ, «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *RJC*, julio-septiembre de 1979, pp. 192-193.

¹¹ Como ha quedado apuntado, la *par conditio creditorum* es una "idea-fuerza" que inspira el proceso de reforma de nuestro Derecho concursal, como ha podido apreciarse en los hitos prelegislativos emergidos hasta la fecha. Éste fue el caso del *Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959* (Título IV de la parte 1.ª), que pretendía la satisfacción paritaria de los acreedores (sobre dicho Anteproyecto, *vid.* VACAS MEDINA, «La nueva Ley Concursal Española», *RJC*, núm. 58, 1959, pp. 615-630), si bien la doctrina ha considerado que tal intento se acometió sin decisión (*vid.* ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, núm. 138, octubre-diciembre de 1975, p. 528). Igualmente, una de las líneas del *Anteproyecto de 1983* fue el restablecimiento de la *par conditio creditorum*, frente al régimen de preferencias y separaciones, para lograr una real "comunidad de pérdidas" y la integración de todos los acreedores en la masa. *Vid.* G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Ante una posible reforma*

Olivencia", desde su Exposición de Motivos, ya apunta que la regla general del concurso es la igualdad de trato entre acreedores [EM § V]¹².

2. Derecho concursal e ideología

El conflicto entre la *par conditio creditorum* y sistemas que primen otros intereses o utilicen otros procedimientos, no es ajeno a la consideración genérica que se tiene del mismo Derecho concursal o, más concretamente, de cuáles deben ser los fines que por el mismo se alcancen. Afirmar que el Derecho concursal sirve para la mejor protección de los acreedores y, al tiempo, para la eliminación de empresas ineficaces, arbitrando sistemas de liquidación de las mismas, según un modelo liberal¹³, o que el fin del Derecho concursal es precisamente garantizar la conservación de la empresa, sustituyendo provisional o definitivamente al empresario, según un modelo asistencial, tiene una incidencia directa en las expectativas que legítima-

del Derecho concursal español, Sevilla, 1978, p. 32, quien considera esto último como una novedad fundamental en la materia. Sobre la elaboración del Proyecto de 1983, tiene gran interés la nota 3, sita en las pp. 91 y 92 del trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Las opciones de la Ley concursal», *RFDUC*, monográfico 8, pp. 89 ss. De este último trabajo *vid.* también la p. 107, donde se insiste en que, sin el retorno a la *par conditio creditorum*, «la reforma perdería buena parte de su justificación». Sobre la reforma del Derecho concursal, puede verse de forma muy sintética a VACAS MEDINA, «La larga y dificultosa marcha hacia la reforma concursal», *ABC*, 13 de agosto de 1994, p. 62. La bibliografía sobre la reforma del Derecho concursal español es muy amplia: *vid.* las referencias que recoge MASSAGUER FUENTES (*La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pp. 99-100, nota 1), y FINEZ RATÓN (*Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992, pp. 44-45, nota 49). La *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1996* ("Propuesta Rojo") apuntaba igualmente a «recuperar la lógica del concurso», procediendo a una drástica poda de privilegios. Así, se puede leer en la Exposición de Motivos, § 1.2 de la Propuesta elaborada por el Prof. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, publicada en *BIMJ*, de 15 de febrero de 1996, suplemento al núm. 1768. Entre los criterios comunicados por el Ministerio de Justicia a la Comisión General de Codificación el 23 de junio de 1994, el criterio 13.º ya apuntaba la drástica supresión de privilegios. Esta línea ha sido mantenida por otros legisladores de nuestro entorno. *Vid.*, así, la portuguesa Ley de 23 de abril de 1993; *vid.* GOZALO LÓPEZ, «La nueva Ley concursal portuguesa», *RDM*, núm. 208, abril-junio de 1993, pp. 623-624, y la alemana *Insolvenzordnung (InsO)*, de 5 de octubre de 1994 (GOZALO LÓPEZ, «La reforma del Derecho concursal alemán», *RDM*, núm. 215, enero-marzo de 1995, p. 219). En ambos casos, con la reducción de los privilegios se pretende «acrecentar el interés de los acreedores por el procedimiento».

¹² Por el contrario, MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, nota 4, p. 110, señala que la "Ley Olivencia" «no ha buscado realmente la recuperación de un inexistente principio de *par conditio creditorum*». *Vid.* también a GARRIDO, «La graduación de créditos», en Á. ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, pp. 225-245, en especial pp. 227-228. No obstante, la tesis de GARRIDO lo que realmente sostiene es la inexistencia histórica de la *par conditio*, al tiempo que aprecia una reducción de las preferencias con el consiguiente incremento de la categoría de los acreedores ordinarios, a los que se hace realmente soportar el riesgo de insolvencia. Al aumentar los acreedores de la categoría se minimiza el perjuicio económico individualmente soportado. Idea ésta no lejana a la defendida por nosotros como tendencia correcta de la norma concursal.

¹³ En referencia a los planteamientos liberales del Derecho concursal, se ha dicho que «La empresa insolvente tenía que ser eliminada del mercado porque había demostrado, por el hecho mismo de la insolvencia su carácter no competitivo». Esta eliminación no sólo no perjudicaba el interés público, sino que estaba al servicio de los intereses generales al permitir una mejor utilización de los recursos productivos (*vid.* ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *op. cit.*, nota 11, p. 416).

mente deban tutelarse a los acreedores¹⁴. Incluso, la concesión de privilegios para el cobro por parte de algunos acreedores, puede interpretarse en clave valorativa de los diferentes elementos integrantes de un proceso productivo¹⁵.

Los anteriores modelos no se presentan como sucesivos y aislados en la evolución del pensamiento concursal, sino que normas que responden a los distintos modelos se han ido superponiendo y conviviendo de forma tal que se desfiguran los perfiles del Derecho concursal y las finalidades que éste persigue¹⁶. La "Ley Olivencia" supone un nuevo punto de equilibrio¹⁷. Otro factor contribuye a tal confusión: las instituciones concursales son pluriformes. El concurso es así un estado, un efecto y un procedimiento. Hablamos de concursal para calificar la situación de un patrimonio y, por extensión, de su titular. De esta forma, tal patrimonio es insuficiente para mantener la garantía de cumplimiento de las obligaciones que supone el artículo 1.911 CC¹⁸, por lo que se acude a un cumplimiento coactivo y general de las obligaciones exigibles (art. 49 "Ley Olivencia"). Para tal cumplimiento coactivo

¹⁴ Vid. GONDRA ROMERO, «Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado», *RFDUC*, 1985, monográfico, pp. 145 ss., en especial pp. 147-149.

¹⁵ Como consecuencia de la transformación del Derecho concursal tradicional en un nuevo Derecho presidido por intereses sociales antes que individuales de acreedores o de deudor, han ido perdiendo importancia principios clásicos como el de *par conditio creditorum*, o el de eliminación del mercado de la empresa deudora. Vid. MASSAQUER, *op. cit.*, nota 11, p. 25. En igual sentido, JAEGER, *op. cit.*, nota 5, pp. 89-92. Así, afirma este último que hay que notar que esta crisis es una manifestación particular del cambio de valores que han sufrido los procedimientos concursales, desde el modelo legislativo previsto en el Código. El interés por la supervivencia de la empresa ha atribuido connotaciones públicas, más o menos justificadas, en el contexto de una economía "asistencial". Se ha observado justamente que una transformación de la función primaria (eliminación de la empresa) no podía dejar de influir en la *par conditio creditorum*. Sobre el cambio de orientación del Derecho concursal, *vid.*, entre otros, BISBAL [La empresa en crisis y el derecho de Quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas), Bolonia, 1986, *passim.*] y OLIVENCIA, «Planteamiento de la reforma concursal», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, *RFDUC*, monográfico núm. 8, 1985, pp. 29 ss.

¹⁶ Recuérdese cómo el Anteproyecto de 1983 en su Exposición de Motivos [§ II] afirmaba que «la finalidad básica de concurso ya no es la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común, con las modificaciones de estructura y de gestión que resulten necesarias para posibilitar su supervivencia». Por su parte, la "Propuesta Rojo", sin desconocer la posibilidad de mantener la empresa mediante convenio, recordaba en su Exposición de Motivos [§ I] que «no se puede pretender que la legislación concursal cumpla función de taumaturgo, convirtiendo en prósperas empresas individuales».

La AP de Barcelona tenía ocasión de señalar que entre los problemas y defectos que arrastra nuestro Derecho concursal, o, más concretamente, la ordenación de la quiebra, se encuentra: «la confusión generalizada en la solución de los múltiples problemas que se plantean» (SAP de Barcelona de 13 de enero de 1995, Fundamento segundo).

¹⁷ Así, la Exposición de Motivos [§ VI] aclara que «aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino el propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses». Vid. Rojo, *op. cit.*, nota 4, pp. 102-103.

¹⁸ Sobre la distinción entre responsabilidad y garantía en el artículo 1.911 CC, *vid.* CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, 1989, pp. 66-67, nota 1. *Vid. adde.* CASTILLO MARTÍNEZ, «Prelación de créditos», *RGD*, núm. 582, marzo de 1993, p. 280.

de las obligaciones se arbitra un procedimiento de ejecución colectiva¹⁹. El principio de igualdad de condición de los acreedores frente al concurso conduce a lo que se ha llamado "ley del dividendo": como el patrimonio del deudor común es insuficiente para atender todos los créditos, dicho patrimonio se divide entre los acreedores a prorrata de todos los créditos, de suerte que el sacrificio de los acreedores debiera ser para todos proporcionalmente igual. Con lo anterior queremos decir que las diferentes perspectivas de los procedimientos concursales, exigen que en ellos incidan normas procesales con otras sustantivas, y, aun entre estas últimas, disposiciones liberales con otras asistenciales.

Pese a lo anterior, hay que reconocer que el diseño básico de nuestro Derecho concursal responde al modelo que hemos enunciado como liberal²⁰. ¿Qué implica esto?, que el Derecho concursal es sencillamente una pieza más del sistema de extinción de las obligaciones de un deudor insolvente, frente a una pluralidad de acreedores²¹ y, secundariamente, un sistema de detección y eliminación de empresas ineficientes en el mercado con reasignación de sus elementos productivos (art. 149.1.1.^a "Ley Olivencia"). Ahora bien, la existencia de una pluralidad de acreedores y la insuficiencia del patrimonio del deudor para hacer frente a tales obligaciones no nos lleva irremisiblemente al principio de *par conditio creditorum*, ni tan siquiera éste es fruto de una exigencia de justicia. En esta misma línea, nada exige que se alterasen las reglas comunes del Derecho privado y se satisficiesen las obligaciones conforme al orden preconcursal.

3. Implicaciones problemáticas del modelo de Derecho concursal

De las anteriores consideraciones podemos destacar algunas implicaciones y consecuencias. En primer lugar, y como ya se ha apuntado, no consideramos que el sistema concursal obedezca a una idea de justicia²², en el sentido de que las solu-

¹⁹ Así, para la quiebra, señalaba RAMÍREZ (*Derecho concursal español. La quiebra*, t. II, Barcelona, 1959, p. 7) que es el proceso de ejecución colectiva tendente, mediante la liquidación o realización de un determinado patrimonio —masa activa—, a la efectividad o satisfacción de los créditos contra el común deudor —masa pasiva—, bajo el principio de comunidad de pérdidas y tratamiento igual para todos los acreedores (*par conditio creditorum*).

²⁰ «Los procedimientos concursales no están dirigidos primariamente a la eliminación de los empresarios insolventes, sino a la satisfacción de los acreedores. Secundariamente, sin embargo, cumplirán la función de sanear el mercado...», ROSO, *op. cit.*, nota 11, p. 523. Vid. JACKSON, *The logic and limits of bankruptcy Law*, Cambridge-London, 1986, p. 13. Como es obvio, las normas responden tendencialmente a los modelos definidos, así, un modelo liberal, como creemos que es el de la "Ley Olivencia", no se ve libre de contaminaciones sociales. Vid. MOLINA, *op. cit.*, nota 4, pp. 87, 93, 96-97.

²¹ Vid. BISBAL *op. cit.*, nota 6, p. 845, y GARRIDO, *Garantías reales, privilegios y par conditio*, Madrid, 1999, p. 10.

²² Vid. GARRIDO, *op. cit.*, nota 3, pp. 730-732. Por contra, es una visión tradicional que el ordenamiento concursal obedece a un ideal de justicia, porque engendra una comunidad de pérdidas, con la que se reparte equitativamente el daño producido por la insolvencia del deudor común, poniendo freno al egoísmo del acreedor individual y las consecuencias inicuas que de su actuación derivan. Sirvan como ejemplo las palabras de RAMÍREZ, *op. cit.*, nota 19, p. 82], según el cual la *par conditio creditorum* se presenta no como un principio que responda al interés particular del acreedor individualmente con-

ciones preconcursales entrañasen un resultado menos justo²³. El debate sobre el Derecho concursal se plantea a menudo en términos de justicia o injusticia, de que se favorezca a unos acreedores o se pretiera a otros, y, sin embargo, ésta debiera ser únicamente una cuestión secundaria. Como atinadamente se ha puesto de manifiesto, en un procedimiento cuyo objetivo es la reasignación de factores de producción con los menores costes, hay que distinguir, al estudiar éstos, dos cuestiones diferentes. La primera es un problema de eficiencia: lograr que tales costes sean lo más reducidos posible; la segunda, en cambio, es un problema de distribución: decidir en qué grado cada uno de los agentes económicos debe soportar tales costes. Las normas concursales se han interesado especialmente por el establecimiento de normas que permitan alcanzar soluciones equitativas desde el punto de vista de la distribución, pero han olvidado, a menudo, el aspecto de la eficiencia²⁴.

Se puede afirmar que es una justa distribución del patrimonio del deudor insolvente el satisfacer a todos los que tienen un derecho de apropiación sobre el mismo conforme a la ley del dividendo, pues, se dirá, para todos este patrimonio constituía una garantía; pero, igualmente se puede afirmar, sin rubor, que es justo que aquel acreedor que ha desarrollado una mayor inversión en la vigilancia del estado patrimonial de su deudor pueda obtener una mayor satisfacción que aquel que ha permanecido ocioso ante los avatares económicos del que ha devenido insolvente; puede resultar también justo que el orden de satisfacción de deudas quede confiado a la autonomía de la voluntad de las partes, que son las principales interesadas en tutelar sus propios intereses y que contractualmente podrían establecer un orden de prelación; igualmente, por último, se puede considerar que el resultado más justo es aquel en el que los acreedores reciban satisfacción en el orden temporal en el que se generaron sus créditos, pues la garantía que a tales créditos les ofrecía dicho patrimonio estaba matizada por las obligaciones asumidas con anterioridad por el deudor.

En segundo término, la decisión que se adopte como más conveniente de entre las anteriormente expuestas, supondrá irrogar las consecuencias patrimoniales del riesgo de insolvencia sobre unos determinados acreedores, beneficiando con ello a otras categorías. Si el ordenamiento español configura el Derecho concursal para la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente, las soluciones legales debe-

siderado, sino como un principio que responde a un interés superior: la justicia distributiva (también SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, 2.ª ed., t. I, p. 130). *Vid. add.* BISBAL, *op. cit.*, nota 6, p. 850; E. CORDERO LOBATO, *El privilegio del crédito refaccionario*, Madrid, 1995, p. 35.

²³ O formulado de otra forma: en el ordenamiento concursal pueden subyacer muy distintas ideas de justicia.

²⁴ El Derecho concursal tendrá también una función distributiva (equitativa o preferencial) que no es incompatible con la eficiencia. *Vid.* CABRILLO, *Quiebra y liquidación de empresas*, Madrid, 1989, pp. 49-50; *add.* E. WARREN, «Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World», *Mich. Law Rev.*, núm. 92, 1993, pp. 336 ss., en especial p. 352. Niegan esa función distributiva JACKSON, *op. cit.*, nota 20, pp. 20-24; R. A. POSNER, *El análisis económico del derecho*, E. L. Suárez (trad.), México, 1998, pp. 381-382. Precisamente la función distributiva del Derecho concursal es la principal crítica a las tesis de JACKSON. Así, GARRIDO, *op. cit.*, nota 21, pp. 108-109.

rían ser enjuiciadas desde la perspectiva de la real satisfacción de tales acreedores²⁵. La cuestión se sitúa, pues, en averiguar por qué procedimiento los acreedores pueden obtener una mejor situación.

Al respecto pueden ensayarse varias observaciones. Podría pensarse que la situación a perseguir no dista nada de la preconcursal, pues en la concesión de sus respectivos créditos al deudor, devenido posteriormente en insolvente, el acreedor ya incorporó al coste del crédito el riesgo de insolvencia. Sin embargo, esta capacidad no puede predicarse por igual del conjunto de los acreedores, no ya por el poderío económico de unos u otros, sino porque disponen de una información asimétrica para cuantificar ese riesgo efectivo de insolvencia²⁶. En algunos casos una completa y correcta información sobre tales riesgos corre pareja a situaciones que no deben ser tuteladas. El propio empresario, los administradores de una sociedad, sus socios (genéricamente *insiders*²⁷) son los sujetos que a la hora de conceder un crédito mejor pudieron prever el riesgo de insolvencia, pero al tiempo, ellos eran los que podían prevenirlo a un menor coste, y parece razonable que los riesgos sean imputados por el ordenamiento a aquel que puede controlarlos a menor coste²⁸. De

²⁵ Así, afirmaba el Profesor ROJO: «Es preciso tener presente la finalidad primaria del procedimiento concursal: la satisfacción de los acreedores. Un análisis de las cuotas de satisfacción permite comprobar en qué medida esa finalidad no se cumple... los grandes acreedores (...) no sólo son los árbitros del procedimiento, sino también los principales beneficiarios de la liquidación (*op. cit.*, nota 11, pp. 526-527). En términos paralelos se manifestaba BISBAL, *op. cit.*, nota 6, p. 850: La concursalidad es defendible sólo en la medida en que conserva o aumenta el valor del activo disponible para la satisfacción de créditos. En otros términos, la concursalidad no está para hacer justicia distributiva, sino para evitar el desvalor del patrimonio del deudor que acarrea la competición para hacerse individualmente con una parte del mismo.

²⁶ En esta línea, CABRILLO ha puesto de manifiesto que, en condiciones de información perfecta, la conducta óptima de un acreedor consistirá en minimizar el producto de la cantidad prestada por la probabilidad de que la quiebra tenga lugar. Pero, en la práctica, la información es imperfecta y asimétrica, lo que deja en peor posición a algunos acreedores, que pueden ser inducidos por el deudor a elevar sus créditos hasta niveles no óptimos (*op. cit.*, nota 24, p. 104).

²⁷ *Insiders* que en muchas ocasiones podemos identificar con las personas especialmente relacionadas con el concursado, en terminología del artículo 93 "Ley Otivencia".

²⁸ La cuestión que planteamos ha sido ya abordada desde la perspectiva de la infracapitalización nominal. La *infracapitalización nominal*, consistente en que a la sociedad se le suministran fondos ajenos para cubrir necesidades de fondos propios; generalmente son los propios socios los que aportan los fondos a títulos de crédito y, en ocasiones, con garantías inmobiliarias. La infracapitalización nominal sólo puede ser corregida mediante la recalificación legal o jurisprudencial de los recursos aportados. La recalificación estaría amparada, en opinión de VICENT CHULLÁ y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (*vid. F. VICENT CHULLÁ, Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. I, Barcelona, 1990, p. 432, y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Tradicón y reforma en el nuevo Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en AAVV, *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Madrid, 1991, p. 185), por los principios configuradores de la sociedad anónima a los que se alude en el artículo 10 que operan como límites a la autonomía de la voluntad en este campo. El principio al que alude VICENT podría enunciarse como que *no cabe atender necesidades de fondos propios con crédito*. La aplicación práctica de tal principio se reconduce así a la calificación de los contratos que deben realizar los Tribunales sin atender a la previamente realizada por las partes; sin embargo, téngase presente que tal recalificación es operativa cuando los suministradores de fondos crediticios sean los propios socios; si la aportación de crédito se realiza por terceros, no creemos que sea útil la recalificación ni acción alguna tendente a la nulidad o anulabilidad de los contratos, en todo caso debería instrumentarse por la responsabilidad de los administradores que, pudiendo hacerlo, no exigieron de los socios el desembolso de fondos propios; y la

otra forma, se estaría transmitiendo lo que es riesgo empresarial a los acreedores *outsiders*. En otros casos, todos, la posibilidad de acaecer hechos imprevisibles convertirán al contrato completo en un producto impagable.

En la misma línea de argumentación hay que reconocer que no todas las categorías de los acreedores han podido reflejar en las condiciones de su crédito la información necesaria para prever la insolvencia, lo que indica la conveniencia de introducir otro criterio que permita considerar esa diversidad, o si se quiere, esa asimetría en la información²⁹. Así, podría afirmarse que el riesgo de insolvencia debería irrogarse a aquellos acreedores que a menor coste pudieron prever la misma³⁰. Obviamente esta situación no puede identificarse con la situación alcanzada por la "Ley Olivencia", donde los acreedores profesionales (entidades públicas o de crédito) soportan la cuota menor del riesgo (arts. 90 y 91 "Ley Olivencia"); téngase presente que estos acreedores, en lugar de afrontar los costes

coincidente responsabilidad de esos socios si desoyeron deberes legales de provisión de reservas a la hora de aceptar la aplicación del resultado social. (Sobre esta recalificación, *vid.* J. C. PAZ-ARES, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», en *ADC*, 1983, IV, pp. 1618 ss.).

²⁹ BISBAL, *op. cit.*, nota 6, p. 858.

³⁰ El Derecho concursal recrea *ex post* los efectos que, si no hubiesen existido costes de transacción, las propias partes habrían acordado *ex ante*. Al respecto señalaba PAZ-ARES: «... las partes muy a menudo, no atribuyen los derechos debido a los elevados costes de transacción que ello lleva consigo (...) Los beneficios mutuos que el contrato reporta a las partes quedarían sobrepasados por los costes de transacción. Justamente por esa razón, el ordenamiento predispone un sistema de normas dispositivas, cuya función es suplir el silencio de las partes, es decir, ahorrarles los costes de transacción en la asignación de derechos» (PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho privado», ponencia presentada el 9 de junio de 1994 en el encuentro sobre Análisis Económico del Derecho, organizado por el *Instituto de Economía y Derecho*, de la Universidad Carlos III de Madrid, p. 10; que sirvió de base a la aportación del autor al *Homenaje al Prof. Broseta*, Valencia, 1995, t. III). Téngase presente que en este caso las partes no serían acreedor y deudor, sino los acreedores entre sí. Así, «un riesgo que no ha sido objeto de acuerdo contractual debería imputarse a quien lo pueda dominar con el menor gasto (*cheapest cost avoider*), suponiendo que los costes de evitación del riesgo son más bajos que el valor previsto de éste»; si ninguna de las partes puede influir lo más mínimo o, en todo caso, a unos costes que sobrepasan el valor previsto, debe asignarse el riesgo a aquél que podría haberlo asegurado con la prima más baja (*cheapest insurer*); cuando ninguna de las partes puede controlar el riesgo a menor costo, ni puede asegurarlo a prima menor, el riesgo se debe atribuir al *superior risk bearer*, esto es, a aquél con mayor capacidad de absorción del riesgo, el que mejor puede controlar el riesgo. «El examen de cuál de las dos partes contratantes es el *superior risk bearer*, tiene que comprobarse tanto del lado de la información como la posibilidad de dispersión del riesgo en la propia empresa»; *vid.* SCHÄFER y OTT, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, edición en castellano, Madrid, 1991, pp. 266-272. Refiriéndonos a las relaciones en el seno de la situación concursal, bien es cierto que en muchos casos los acreedores no podrán haber evitado el riesgo de insolvencia, por lo que careceríamos de un *cheapest cost avoider*. Sin embargo, la afirmación anterior ya no es cierta, si consideramos que algunos acreedores sí pudieron prever la situación de insolvencia, por lo que las consecuencias patrimoniales en los acreedores de tal estado en el deudor sí podían ser evitadas en su agravamiento. Estos sujetos con capacidad de anticipación serán los *insiders* o los acreedores profesionales con una organización suficiente como para vigilar la evolución de la empresa deudora. En este caso, la categoría de personas especialmente relacionadas con el concursado resulta más restrictiva que la relación de sujetos que pudieron valorar correctamente y a bajo coste el riesgo de insolvencia. Estos últimos serán, en la mayoría de los casos, los acreedores que el ordenamiento privilegia (Haciendas, Seguridad Social o Entidades de Crédito). Incluso si aceptamos que carecen de capacidad de control del riesgo, estos mismos sujetos (excepción hecha de los *insiders*) serán los que podrían asegurarlo a menor coste o, incluso, autoasegurarlo.

de vigilancia, optan por garantizar³¹ sus créditos haciéndose inmunes en gran medida a la llegada de la insolvencia. Consideraciones similares pueden hacerse respecto de los créditos laborales, si bien es cierto que no suele citarse a los trabajadores entre los *insiders*³².

Téngase, además, presente que este tipo de acreedores son los que a menor coste podrían colaborar en la solución de *timing problem* que acrecienta la pérdida del conjunto de acreedores, y, sin embargo, hasta la "Ley Olivencia" no todos estaban incentivados para exigir la declaración de quiebra por la posibilidad de ejecutar separadamente sus créditos. De hecho, los debates que en otros sistemas se han producido sobre modelos alternativos de concursabilidad se han centrado en gran medida en la consideración de que los acreedores garantizados causan serias desventajas. En concreto, la doctrina legal alemana ha subrayado las derivadas de los pactos de garantía de los que se deduce una falta de esfuerzos de control y obser-

³¹ SCHWARTZ, «Security interest and bankruptcy priorities. A review of current theories», *Journal Legal Studies*, 1981, vol. 10, p. 10.

Hablamos de garantizar, pero igualmente podríamos calificar el hecho de que el Estado (legislador) privilegie sus propios créditos. En este sentido resulta ilustrativo el Criterio 13.º de la Comunicación del Ministerio de Justicia a la CGC en 1994 (*BIMJ*, suplemento al núm. 1768, de 15 de febrero de 1996), donde, al tiempo que se exigía una reducción de los privilegios, se añadía: «exceptuando en todo caso como créditos privilegiados los tributarios, los de Seguridad Social y, en general, los de Derecho público».

Las ventajas producidas por garantizar los créditos son evidentes: sustituyen la transferencia de información, inmunizan contra todo comportamiento incorrecto del deudor, reducen los costes del control y reducen los gastos de transacción (vid. J. DRUKARCZYK, «Secured debts, bankruptcy, and creditors bargain model», *International Review of Law and Economics*, 1991, núm. 11-2, p. 219). Es así que cabría preguntarse cuál es la razón por la que no optan por garantizar sus créditos todos los acreedores. Obviamente este razonamiento excede nuestras pretensiones (y capacidades). La doctrina americana se ha planteado la cuestión y se inclina por razones de especialización en el *monitoring* de las actividades del deudor [vid. ROJO AJURIA, «Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América)», *ADC*, julio-septiembre de 1989, p. 733].

Otra explicación puede aquí apuntarse: el comportamiento frente al riesgo no es homogéneo en todo sujeto, sino que hay individuos cuyo comportamiento comercial es averso al riesgo y otros que son propensos. Piénsese que estamos situándonos *ex ante* de la insolvencia, cuando ésta no es más que una posibilidad sobre la que hacer un cálculo de probabilidad. Las conductas posibles son así: 1) *Mostrar inclinación al riesgo*; 2) *Mostrarse neutral al riesgo*; 3) *Mostrar rechazo ante el riesgo*. Tales posibles estrategias tendrán un reflejo inmediato en la disposición del acreedor a asumir el coste de reducir el riesgo de insolvencia, mediante, por ejemplo, la suscripción de una póliza de seguro o de una garantía. Quien se inclina al riesgo sólo estará dispuesto a pagar una prima si ésta es inferior al valor previsto del daño; quien es neutral situará su umbral en una prima igual o inferior al valor previsto del riesgo; por último, quien sufre aversión al riesgo podría llegar a abonar una prima superior al riesgo previsto. Vid. *adde*. SCHÄFER y OTT, *Manual de Análisis Económico...*, *op. cit.*, nota 30, p. 267. Las distintas actitudes que se pueden tener frente al riesgo y que pueden alterar un comportamiento racional en la negociación, han sido estudiadas entre otros por J. K. ARROW, «Alternative Approaches to the Theory of Choice in Risk-Taking Situations», recogido en ARROW, *Essay in the Theory of Risk Bearing*, 1976. Sobre la reasignación de riesgos mediante contrato, vid. POSNER y ROSENFELD, «Impossibility and Related Doctrines in Contract Law. An Economic Analysis», *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, pp. 83 ss.

³² Los créditos laborales han sufrido diversos avatares hasta el texto definitivo de la "Ley Olivencia" desde una aproximación, en los textos prelegislativos, a otros créditos derivados de contratos bilaterales. Vid. RÍOS SALMERÓN, «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia», *AL*, núm. 21, 2003, p. 24.

vación del deudor, y la pasividad de estos acreedores garantizados cuando la quiebra es inminente³³. Posteriormente volveremos sobre el tema.

La solución consistente en la preferencia para el cobro según el principio *prior in tempore potior in iure* obviamente tampoco puede considerarse como la más acertada para la satisfacción del común de los acreedores: la ejecución del deudor se convertiría en un sistema de pillaje³⁴.

La teoría económica parece enseñarnos que la máxima satisfacción de los acreedores vendrá si éstos acuerdan cooperar. Se ha intentado explicar la necesidad y conveniencia de esta colaboración desde el llamado "dilema del prisionero". En cualquier caso, sea cual fuere el dilema planteado para explicar los posibles comportamientos estratégicos, lo cierto es que se tratará de un juego de n-personas de suma no cero³⁵, del que se desprenderán claramente algunas enseñanzas: es más conveniente un comportamiento cooperativo inducido por el ordenamiento³⁶

³³ Vid. W. HENCKEL, «Wert und Unwert der juristischer Konstruktion», en HENCKEL y JAHR (eds.), *Festschrift für F. Weber*, 1975, pp. 237-259; DRUKARCZYK, *op. cit.*, nota 31, pp. 203 ss.

Paralelamente, la existencia de privilegios o créditos garantizados supone un desincentivo para labores de control por parte de los acreedores no privilegiados. La razón es clara, si debe sustanciar su crédito en un proceso concursal sólo conseguirá compartir el producto de la liquidación a prorrata una vez satisfechos todos los que tengan un orden de prelación anterior al suyo. Vid. GARRIDO, «El privilegio del acreedor instante de la quiebra», *RDM*, núm. 206, octubre-diciembre de 1992, pp. 807-808, *idem*, «Le spese del creditori istante nel giudizio di opposizione al fallimento: logica e giustizia nell'apertura del concorso», *Giur. comm.*, 21.1, enero-febrero de 1994, pp. 164 ss.

³⁴ Y, sin embargo, se estaría premiando la diligencia del acreedor, *vid. JAEGER, op. cit.*, nota 5, p. 59.

³⁵ Más recientemente se ha acudido a otros modelos explicativos, como el llamado dilema de las pesquerías, del caladero común, el ejido, o la tragedia de los bienes comunales. En nuestra opinión el dilema del caladero común no es más que una evolución del propio dilema del prisionero. La aplicación del dilema del prisionero a los conflictos concursales fue utilizado ya entre nosotros por BISBAL, *op. cit.*, nota 15, pp. 58-72. La matriz que presenta CABRILLO (*op. cit.*, nota 24, p. 47) también responde a un dilema del prisionero. Puede encontrarse una sencilla explicación de este juego en M. D. DAVIS, *Introducción a la teoría de juegos*, J. C. Gómez Borrero (trad.), 4.ª ed., Madrid, 1986, pp. 122-132. Esta evolución la acoge también BISBAL, *op. cit.*, 6, p. 851] siguiendo la evolución de JACKSON (*op. cit.*, nota 20, pp. 10-11). En la literatura en castellano no abundan las explicaciones y menos las aplicaciones del dilema de las pesquerías, puede verse una explicación de este dilema en H. R. VARIAN, *Microeconomía Intermedia. Un enfoque moderno*, 3.ª ed., Barcelona, 1993, pp. 584-587; y una aplicación en J. C. MARTÍNEZ COLL, «La economía natural, la economía política y la pesquería», en G. RUIZ BRAVO y A. RUIZ MOLINA (coords.), *Acuicultura y economía*, Madrid, 1991, pp. 9 ss. *Vid. add. GARRIDO, op. cit.*, nota 21, p. 100.

³⁶ Esto ya había sido puesto de manifiesto por la doctrina tradicional. Así, RAMÍREZ, *op. cit.*, nota 19, p. 187, venía a subrayar cómo los acreedores sólo pujarían por el interés común como resultado de una imposición legal, que se consideraba exigencia de justicia. En concreto afirmaba que tal comunión o consorcio (masa pasiva) no se produce por voluntad de los acreedores que lo integran, sino precisamente pese a su voluntad en contrario, y sólo por ministerio legal en pro de la *par conditio creditorum*, si gracias a su integración en la masa pasiva, el acreedor queda privado del ejercicio de sus tales derechos, habremos de entender que dicho consorcio o comunión surge imperativamente por ministerio legal, y a los fines de sustituir la justicia conmutativa —interés privado del acreedor frente al interés privado del deudor— por la distributiva —reparación proporcional del crédito público—, supremo interés del Estado. *Cfr. add. GARCÍA VALDECASAS, Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction, Light and Power*, Madrid, 1953.

Paralelamente, en la actualidad se acoge esta misma función de estímulo a la cooperación, desprovista de todo enfoque de justicia, y amparada en la propia legitimación de la norma desde la mayor

en el que se consiga *ex post* la solución a la que habrían llegado los acreedores *ex ante*³⁷, solución que realmente no podría haberse alcanzado previamente porque los costes de transacción habrían hecho inviable el acuerdo³⁸, y de haberse conseguido éste, habrían de soportar nuevos costes de vigilancia del comportamiento leal de los restantes acreedores³⁹.

En tercer término, la intervención pública en los procedimientos concursales supone ella misma una generación de costes⁴⁰, por lo que la justificación debe incluir también la persecución de fines que compensen tales costes. El Derecho concursal, al obligar a los acreedores a actuar en un procedimiento de ejecución colectiva, está aplicando una economía de escala frente a las ejecuciones aisladas⁴¹. Dichos costes, además, serán calificados en muchos casos como deudas de la masa, que por su carácter prededucible, supondrán una minoración de las expectativas de cobro del colectivo de acreedores.

En cuarto lugar, la intervención vía legal/judicial debe poder forzar un comportamiento homogéneo de todos los acreedores, o, al menos, de aquellos que con

eficiencia respecto de las ejecuciones individuales. En este sentido, BISBAL señala que estas consideraciones no estriban: «en consideraciones de orden distributivo, sino porque en un mundo de recursos escasos no es justo desarrollar conductas que los malbaraten» (*op. cit.*, nota 6, p. 851, vuelve sobre esta idea en la p. 858). Cfr. *adde.* CABRILLO, *op. cit.*, nota 24, p. 39.

³⁷ Seguimos a BISBAL, *op. cit.*, nota 6, pp. 853-854. Las conclusiones de este autor son, concretamente: 1) la solución concursal es la solución racional que se habría de adoptar *ex ante* si los acreedores hubiesen negociado el modo de satisfacer sus créditos ignorando el grado de satisfacción que obtendrían en el supuesto de insolvencia de su deudor, ya que, admitiendo que los acreedores tienen aversión al riesgo, siempre preferirán el montante de un valor seguro a una cifra igual de un valor esperado; 2) la solución concursal ha de ser establecida coactivamente por el ordenamiento; 3) la solución colectiva es la mejor con independencia del resultado obtenido.

³⁸ En este sentido afirmaba CORDERO LOBATO que en una primera aproximación debe decirse que la regulación de los intereses de las partes debe ser aquella que los distintos acreedores y el deudor hubieran pactado, pero que no hicieron porque ello hubiera supuesto costes de transacción positivos (*op. cit.*, nota 22, p. 32). *Vid.* JACKSON y KRONMAN, «Secured financing and priorities among creditors», *Yale L. J.*, 1979, vol. 88, pp. 1143 ss., en especial 1148 y 1158 ss.

³⁹ *Vid.* BISBAL, *op. cit.*, nota 6, pp. 846-847, quien concluye: en este universo es en el cual el Derecho concursal emerge con una función clara: reducir los costes de transacción en el particular proceso de reasignación de recursos que exige la insolvencia de un deudor teniendo en cuenta que el mercado, a causa de los costes que entraña su utilización, las complejas transacciones necesarias para emplear el patrimonio del deudor en su mejor uso probablemente no se producirán y, consiguientemente, no podrá obtenerse el valor máximo de ese patrimonio; el ordenamiento proporciona un instrumento alternativo, el Derecho concursal, destinado a conducir el patrimonio del deudor insolvente al empleo más adecuado: esto es, al empleo al que se destinaría, si el mercado funcionara sin costes de transacción.

⁴⁰ Costes para las partes intervinientes y para la misma Administración. En este sentido, señalaba CABRILLO que la administración de justicia es un bien que el sector público ofrece a los particulares y empresas a precios que se encuentran debajo de su coste de producción. No obstante lo cual, añade el autor citado, se trata de una subvención estatal que significa una reducción de los gastos procesales de las partes, lo que creará incentivos para resolver en juicio mayor número de disputas (*op. cit.*, nota 24, pp. 43-44).

⁴¹ En este sentido, JACKSON, *op. cit.*, nota 20, p. 86. CORDERO LOBATO se pronunciaba en favor de la intervención del Estado en el sistema de distribución del riesgo de insolvencia patrimonial bajo el argumento de que es económicamente eficiente porque ahorra costes de los procesos ulteriores que se producirían si los acreedores se vieran obligados a perseguir separadamente los bienes de su deudor, dadas las condiciones de información asimétrica: se multiplicarían los costes en litigios, sin que por ello se multiplicasen las posibilidades de cobro (*op. cit.*, nota 22, p. 31).

un comportamiento hostil pudiesen hacer peligrar la consecución de los fines de política legislativa marcados o la conveniencia de los mismos. Además, las soluciones legales ante créditos diversos deben ser entre sí homogéneas. Y es que los acreedores no tienen entre sí *a priori* ningún afán solidario, sino que sus intereses son, no ya divergentes, sino opuestos. Será la norma jurídica la que imponga la obligatoriedad de un comportamiento cooperativo.

Por último, parece que una opción básica es la del manteniendo del orden preconcursal de cobro, o su sustitución por un orden concursal. Sin embargo, en el Derecho concursal español se producen una mixtura de criterios, manteniendo el orden preconcursal, privilegiando a determinados créditos o protegiendo a algunos acreedores⁴². Sin embargo, el *par conditio creditorum*, como principio general, es la "idea-fuerza" del sistema concursal, frente al que se presentan como excepciones muchas otras circunstancias, calificables jurídicamente según los criterios antedichos (ejecución separada, prededucción, privilegio...). Este carácter excepcional, sobre el que habremos de volver, apunta ya una de las consecuencias del *par conditio creditorum*: la ruptura del principio de igualdad de condición de los acreedores debe reunir algunas características desde la perspectiva de su validez jurídica: *legalidad*, en cuanto que sólo en virtud de la ley la ruptura es posible, lo cual comporta además un principio de *numerus clausus* y excluye las posibilidades de la analogía; no se excluye, obviamente, las situaciones que con amparo legal puedan convencionalmente producir las partes; existencia de *causa suficiente* para justificar dicha ruptura basada en intereses superiores de política económica, política general o política jurídica, lo que supone además un primer criterio hermenéutico, pues deben ser interpretados en función del interés superior perseguido; *excepcionalidad*, propia de toda forma de privilegio, entraña al tiempo un segundo criterio hermenéutico, pues exige siempre una interpretación que debe ser restrictiva⁴³.

De todo lo anterior puede concluirse que la mejor opción del Derecho concursal parece pasar por forzar un comportamiento cooperativo de todos los acreedores⁴⁴. Dicha cooperación debe estar cimentada en la existencia de un trato paritario para todos los acreedores independientemente de la fecha de creación de su crédito o de la forma en que éste se hubiese documentado o generado. La formulación jurídica de tal fin parte de afirmar que el patrimonio del deudor insolvente era igual garantía para sus acreedores y, por tanto, llegada la insuficiencia de ese patrimonio, a todos los acreedores se les ha de satisfacer en similar proporción⁴⁵. Ésta es la *par conditio creditorum* como "idea-fuerza" de nuestro Derecho concursal, si bien, como ya se

⁴² Cuando sobre la regla de la paridad de acreedores se reintroduce el sistema de privilegios, ha sido calificado por U. SANTARELLI como la reabsorción del *ius commune* (*Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, p. 266, y reiterado en *Mercati e società tra mercanti*, Torino, 1992, 2.ª ed., p. 93, de este mismo autor).

⁴³ Vid. L. DÍEZ-PICAZO, «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en AAVV, *La reforma del Derecho concursal*, Madrid, 1982, pp. 294-295. Vid. la STS de 14 de febrero de 2002.

⁴⁴ Vid. JACKSON, *op. cit.*, nota 20, p. 16.

⁴⁵ Estas dos vertientes han sido enunciadas por algún autor como la formulación positiva y negativa del principio de la *par conditio creditorum*. En efecto, PÉREZ PÉREZ distingue —quizás sin demasiada utilidad— una doble perspectiva en el *par conditio creditorum*: el aspecto positivo, identificado con el artículo 1.911 CC, por el que a todos los acreedores responde el deudor con todo su patrimonio; y

verá, no es exactamente la plasmación legal de la misma. En la desgracia común, cada acreedor sufriría una pérdida estrictamente proporcional de su derecho de crédito. A pesar de que ese ideal no se alcanza con el principio de la comunidad de pérdidas, dicho principio sigue informando, hoy con mayor intensidad, los procedimientos concursales, y la consecuencia inmediata de su valor actual es que los acreedores del deudor común son agrupados *ex lege* y renuncian coactivamente a sus acciones individuales para ser tratados por la ley de la igualdad⁴⁶. Tal agrupación se basa en el sometimiento de todos los acreedores a la concursabilidad en un procedimiento universal. Así, el elemento que resulta definitorio de la nueva situación creada en el conjunto de acreedores de un deudor común, cuando acaece la insolvencia del mismo, es la concursabilidad⁴⁷.

Debe advertirse, no obstante, que la comunidad de pérdidas no está exenta de efectos perversos en cuanto desincentiva comportamientos diligentes tanto en el período de concesión del crédito como en el período en el que la insolvencia es un hecho. En el primer sentido, recibiría igual trato, en una aplicación del principio sin excepciones, aquel acreedor que invirtió en información o que ha soportado gastos de vigilancia (*monitoring costs*) dotando a su crédito de garantías, que aquel otro que no ha afrontado ninguno de esos gastos y no se ha cubierto contra la posible insolvencia⁴⁸. Por otra parte, todos los créditos incorporarían una mayor prima de riesgo en previsión de la insolvencia, lo que supondría un incremento

el aspecto negativo de esa *par conditio creditorum* es, por tanto, la de soportar cada acreedor, hasta tanto el deudor común llegue a mejor fortuna, una remisión o, por lo menos, un aplazamiento de forma proporcional si no hubiera producto líquido con que satisfacer su respectivo crédito («Concepto, naturaleza jurídica y clases de acreedores privilegiados», *REDTr*, 1980, IV, pp. 485-486).

⁴⁶ Esta idea es común a la jurisprudencia y a la doctrina anterior a la "Ley Olivencia". Entre las resoluciones jurisprudenciales son muchas las que cabe citar; no obstante, permítasenos referirnos a la STS (Sala 1.^a), de 17 de marzo de 1988, donde se puede leer: «La finalidad del juicio de quiebra no es otra que, ante una situación de insolvencia, que impide al comerciante hacer frente a todas sus obligaciones, sujetar todo el caudal y masa de acreedores a un proceso conjunto universal, donde puede lograrse la efectividad de los distintos créditos de un modo proporcional y equitativo, sin otra preferencia que aquella que la ley expresamente reconozca». De forma semejante, innumerables resoluciones de la jurisprudencia menor y del Tribunal Supremo. Por ejemplo, cfr. SAT de Burgos, de 19 de septiembre de 1980; o, más recientemente, SAP de Barcelona de 26 de enero de 1995.

Vid. adde. JAEGER, *op. cit.*, nota 5, pp. 88 ss.; BONSIGNORI, «La natura giuridica dei procedimenti concorsali», *Dir. fall.*, 1981, I, pp. 185 ss.; BELTRÁN, *op. cit.*, nota 9, pp. 84-85.

⁴⁷ Ceteramente señalaba BELTRÁN: «La esencia de la quiebra se centra en el concurso de acreedores. La concursabilidad constituye el principio unitario de la quiebra y de los demás procedimientos concursales, una de cuyas manifestaciones fundamentales, la *par conditio creditorum*... Precisamente por tratarse de un procedimiento concursal, los acreedores no reciben un tratamiento individualizado, sino que son considerados como un complejo, como una masa, cuya formación es exigencia inmediata de la concursabilidad» (*op. cit.*, nota 9, p. 109).

⁴⁸ En este sentido afirma BISBAL, *op. cit.*, nota 6, p. 855, que «... la comunidad de pérdidas, en la medida en que implica modificar un orden basado en la diligencia preconcursal de los acreedores, o en su prioridad temporal, establece una igualdad *ex post* que ignora los factores que han influido en la fijación del coste del crédito concedido...». *Vid.*, además, la STS de 30 de octubre de 2002. Algún autor, sin embargo, se muestra poco sensible a este efecto perverso, considerando que la inversión de reducir riesgos no debe entrañar, necesariamente, unas mejores expectativas de cobro. Así, ARROVO, refiriéndose al proceso de reforma del Derecho concursal español, señala: «No es descubrir nada nuevo decir que el sistema de privilegios y categorías de acreedores daba al traste con la igualdad de trato... Ser más listo, ni más avisado, ni tener mejor información no eran títulos para justificar un trato pre-

del coste del pasivo del deudor. Paralelamente, la ausencia de incentivos que una rigurosa aplicación de la *par conditio creditorum* conllevaría, sería un elemento más para acrecentar un problema esencial en los procedimientos concursales: cuanto más tiempo pasa entre la declaración y el acaecimiento real de los hechos, las expectativas de los acreedores empeoran. Al ordenamiento le conviene, de una parte, forzar un comportamiento cooperativo de todos los acreedores; pero, de la misma forma, le interesa incentivar en los acreedores un esfuerzo de vigilancia y control del deudor para que el lapso entre insolvencia real y legal no se acreciente. Dicho incentivo pasa necesariamente por un trato discriminatorio hacia ciertos acreedores. Así se puede entender el privilegio general que el artículo 91.6.º “Ley Olivencia” concede al acreedor no subordinado que hubiere solicitado la declaración de concurso por la cuarta parte de su crédito.

De cuanto antecede parece extraerse la idea de que nuestro Derecho concursal acoge una paradoja que no tiene por qué ser negativamente valorada: se afirma la presencia de un principio general, enunciado en función de un fin, al que se acompañan excepciones. La cuestión pasa por valorar si las excepciones coadyuvan a la finalidad del concurso o no.

4. La *par conditio creditorum* es un efecto de la concursalidad

La referencia es constante por parte de la doctrina concursal al imperio de la *par conditio creditorum* en el seno de los procedimientos concursales en general, si bien pocos son los autores que se han preocupado por profundizar en su justificación⁴⁹. Bajo la idea de justificación entendemos un doble concepto. En primer lugar, cuál es el arraigo legal o supralegal para que efectivamente pueda apreciarse la vigencia de tal principio. En segundo término, la justificación del principio debe venir por la vía del efectivo cumplimiento de los fines perseguidos en el procedimiento concursal.

Respecto de la primera acepción, los autores que se han ocupado del tema han dado diversas fundamentaciones⁵⁰. En nuestra opinión, la *par conditio creditorum* es un método o un sistema por el que se puede optar libremente. No existe

ferente. Sin embargo, el Derecho amparaba *de facto* esa situación» («La disciplina de los procesos concursales», *Homenaje Girón*, Madrid, 1991, p. 132).

⁴⁹ De forma paralela, y respecto a la doctrina italiana, se manifestaba JAEGER, *op. cit.*, nota 5, p. 92.

⁵⁰ Varias son las líneas que se pueden apuntar: a) la *par conditio creditorum* es un principio extraconcursal y prelegal; b) la *par conditio creditorum* es un principio extraconcursal y constitucional; c) la *par conditio creditorum* es un principio extraconcursal con arraigo en ley ordinaria; d) la *par conditio creditorum* es un principio concursal; y e) la *par conditio creditorum* es un efecto de la concursalidad. Las diferentes posturas no deben interpretarse a título de “greguería” jurídica, sin más trascendencia que asociar a sus precursores a una idea con vocación de ser reiterada entre los tratadistas. Por el contrario, cada una de estas construcciones tiene una muy diversa eficacia jurídico-positiva. Aunque dichos efectos se puedan poner en evidencia al tratar cada una de estas categorías, baste en este punto un ejemplo, si consideramos que el *par conditio creditorum* está inserto en el modelo constitucional, el legislador ordinario nada podría hacer para modificarlo, excepcionarlo o matizarlo, sin afectar al propio texto constitucional. Por demás, plagado el sistema de excepciones al principio, todo nuestro

un derecho subjetivo a la *par conditio creditorum*, tampoco existe una solidaridad "ideal" que conlleve la *par conditio creditorum*, sino que el derecho concursal está encaminado a la cancelación de las obligaciones de los acreedores, y con ello a su satisfacción, pudiendo existir diversos medios para perseguir tal satisfacción.

La insolvencia del deudor no genera ninguna solidaridad entre los acreedores, antes al contrario, por lo que el ordenamiento los somete forzosamente a una situación de concursalidad para que colectivamente ejerzan la ejecución del patrimonio del deudor insolvente. La concursalidad es compatible con la disparidad de tratamientos de los acreedores⁵¹. Cuando el legislador diseña el sistema en el que los acreedores cobrarán en caso de insolvencia del deudor, inevitablemente cualquier regulación supondrá una pérdida de interés crediticio para alguien, esto es, cualquier regulación de esta materia supondrá una distribución del riesgo de insolvencia del deudor⁵². Dada la contradicción de sus intereses es impensable que el conjunto de acreedores llegue por sí mismo a un acuerdo sobre el procedimiento de satisfacción de sus créditos (costes de transacción), por lo que el ordenamiento interviene coactivamente.

Ahora bien, ¿por qué hay una intervención pública?, porque si es cierto que el Derecho concursal es un mecanismo de extinción de obligaciones y, como tal, abocado al servicio de los acreedores, existe al tiempo un interés público de que no se malbarate el patrimonio del deudor o, dicho de otra forma, de que los bienes productivos que conforman dicho patrimonio se asignen de forma óptima. Y los acreedores no pueden alcanzar este resultado por sí, pues su conducta no cooperativa impediría llegar a un acuerdo cuyo coste sería mayor que el valor añadido por el mismo acuerdo; así, se hace necesaria una intervención pública que incentive los comportamientos cooperativos. Esta intervención reducirá sin duda los costes de transacción, no los hará desaparecer, pero al tiempo generará unos nuevos costes. Podemos así recoger tres principales tipos de costes sociales: 1) la reducción del valor social que experimentan los activos del deudor cuando se produce la reasignación de factores de producción (no obstante, artículo 149.1.1.ª "Ley Olivenca" ⁵³); 2) el desempleo de recursos productivos y el deterioro que puedan expe-

ordenamiento concursal podría ser tenido, si llevamos esta idea a sus últimas consecuencias, por inconstitucional. Véase a GARRIDO, *op. cit.*, nota 3, p. 724.

⁵¹ JAEGER, *op. cit.*, nota 5, p. 102.

⁵² CORDERO LOBATO, *op. cit.*, nota 22, p. 35.

⁵³ Es el llamado *going concern value*. Sin embargo, mantener el mismo no siempre es fácil, y no nos referimos ahora a dificultades de realización, mantenimiento de la capacidad productiva y dirección empresarial, sino a las dificultades de alcanzar esa solución conservativa en el seno del procedimiento concursal. Los acreedores privilegiados, con mayor probabilidad de alcanzar la satisfacción de sus créditos no tienen estímulos en ese sentido; los acreedores subordinados o los ordinarios cuando el activo no les vaya a alcanzar, encontrarán incentivos para defender el convenio conservativo aun cuando éste sea ineficiente. Puede resultar de interés POSNER, *op. cit.*, nota 24, pp. 382-383. Pese a que en este trabajo hemos optado por la finalidad del sistema concursal como sistema colectivo de satisfacción de los acreedores mediante las soluciones eficientes, puede que ambos términos se alcancen no mediante la liquidación del activo sino mediante la reestructuración de ese activo poniendo en evidencia que un patrimonio puede ser insolvente y económicamente viable. En los últimos años han proliferado los trabajos que pretende modelizar la viabilidad empresarial. A título de ejemplo, *vid.* GALLEGU, GÓMEZ

rimentar los bienes de capital mientras dura el procedimiento; y 3) el coste en sí del procedimiento legal⁵⁴.

Los costes generados por el procedimiento de ejecución colectiva pueden además variar en función de que los acreedores estén efectivamente motivados a un comportamiento cooperativo o, por el contrario, se enzarcan de discusiones intra-procedimiento: lo alargarán y aumentarán las actuaciones por la litigiosidad de las partes. Una primera medida correctora del sistema es someter a los acreedores a la concursabilidad. Sin embargo, ello no es suficiente: la existencia de privilegios especiales o generales provocarán estrategias individuales que pueden convertir en ineficiente el procedimiento⁵⁵. La misma prelación para el cobro puede convertir en muy litigioso el procedimiento de reconocimiento y gradación de créditos. Por lo anterior, la "idea-fuerza" que se muestra más eficiente es la *par conditio creditorum*.

Realmente, antes de la situación de concursabilidad los acreedores no tienen derecho a un trato paritario porque sus situaciones son desiguales. Podría argüirse el artículo 1.911 CC como fundamento de la igualdad preconcursal, pues el patrimonio presente y futuro del deudor es la garantía de todos sus acreedores; sin embargo, tampoco esto es así, pues el patrimonio garante es distinto en cada momento, ya que su pasivo está gravado con las obligaciones preasumidas o vencidas con anterioridad, fundamento éste del *prius in tempore potior in iure*⁵⁶. En lo único que son iguales todos los acreedores antes del concurso es en que han de ser satisfechos en su deuda.

La *par conditio creditorum* es eficaz desde la declaración de concurso, momento en el que surge en los acreedores el derecho a trato paritario⁵⁷. Derecho que les

y YÁÑEZ, «Modelos de predicción de quiebras en empresas no financieras», *Actualidad Financiera*, mayo de 1997, pp. 3-14. Como el título indica, el trabajo se centra en el período anterior a que la empresa entre en período concursal. Sobre la empresa sometida ya al procedimiento concursal puede verse a HEMMEN, «Posibilidades y limitaciones en la modelización económica de las salidas judiciales a la crisis empresarial. Una aplicación al caso español», *WP*, Universidad Autónoma de Barcelona, junio de 2000; con la misma orientación, pero con referencia al mercado USA, véase CAMPBELL, «Predicting bankruptcy reorganization for closely held firms», *Accounting Horizons*, septiembre de 1996, vol. 10-3, pp. 12-25.

⁵⁴ CABRILLO, *op. cit.*, nota 24, pp. 50 ss.

⁵⁵ Si el procedimiento concursal es generador de costes ineficientes el sistema económico en su conjunto soporta las consecuencias toda vez que el coste de recuperación se incrementará y por ello el coste de los créditos. Véase a JACKSON, *op. cit.*, nota 20, p. 13.

⁵⁶ *Vid.* POSNER, *op. cit.*, nota 24, p. 383, y JACKSON, *op. cit.*, nota 20, pp. 4-8.

⁵⁷ Así, afirma GARCÍA MARTÍNEZ («Principios de Derecho Concursal: La igualdad de acreedores», *La Ley*, 1984-III, p. 884) que tanto antes como después de la quiebra la paridad no existe. Obviamente, esto no quiere decir que no quepa retrotraer sus efectos. En este sentido, por más que nos resulte difícil considerar la reintegración de la masa como una exigencia de la *par conditio*, nuestra jurisprudencia en ocasiones las ha asociado. Así, las SSTs de 20 de septiembre de 1993, de 28 de octubre de 1996, de 22 de enero de 1999, de 2 de diciembre de 1999, 8 de febrero de 2001 o 28 de febrero de 2003. *Vid. add.* GORDILLO CAÑAS, «*Par conditio creditorum* y protección del tráfico (Un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal)», *La Ley-Actualidad Civil*, núm. 17, 21-27 de abril de 2003, pp. 413-432.

Un problema referido a la relación entre igualdad y concursabilidad se encuentra en la vinculación de los acreedores al convenio cuando no estaban incluidos en la lista de acreedores. El problema se

reconoce el ordenamiento, si bien pudiera no hacerlo. Ahora bien, si hemos sostenido que la finalidad pública para su intromisión en la situación de insolvencia se encuentra en favorecer la maximalización del patrimonio del deudor insolvente en beneficio de la satisfacción de los acreedores, y esto sólo puede lograrse mediante la cooperación entre los propios acreedores, parece razonable que se imponga un sistema en el que todos los acreedores estén interesados en el correcto desarrollo del concurso, por lo que las excepciones a la *par conditio* deberán también favorecer estas finalidades.

II. EXCEPCIONES A LA *PAR CONDITIO CREDITORUM*: PRIVILEGIOS

El principio de *par conditio creditorum* es inmanente a muchas instituciones concursales y por ello es criterio hermenéutico de las mismas. Sin embargo, la efectiva prevalencia del principio debe hacerse presente en el momento de cobro o liquidación de los acreedores⁵⁸. No debe olvidarse que, en convivencia con otras finalidades, el Derecho concursal se ordena a la mejor satisfacción de las expectativas de cobro de los acreedores del deudor común.

Inicialmente vimos que la teoría económica señalaba que es precisamente la regla de la paridad de trato entre los acreedores la decisión óptima del ordenamiento concursal, de cara a la maximalización del valor del patrimonio del concursado, por ser la que mejor estimula comportamientos cooperativos de los acreedores concurrentes. Junto a esta coerción a la colaboración, en otras ocasiones, el legislador concede a determinados créditos la consideración de extraconcursoales (*vid.* artícu-

lo planteó el TS manteniendo una posición jurisprudencial variable. Así, las SSTS de 21 de abril de 1934, 30 de mayo de 1959 y 4 de julio de 1966 se inclinaban por extender la eficacia del convenio a acreedores concurrentes o no; por su parte, las SSTS de 22 de febrero de 1926, 8 de junio de 1966 y 15 de noviembre de 1967 señalaron que el acreedor omitido no está afectado por los acuerdos adoptados en el convenio. Aquella primera era la línea que estaba adoptando hasta fechas recientes nuestra jurisprudencia menor. Así, la SSAP de Murcia de 17 de noviembre de 1997, Baleares de 17 de diciembre de 1998, de Granada de 8 de marzo de 1999, de Madrid de 4 de diciembre de 1999 y 6 de junio de 2000, de Cantabria de 10 de octubre de 2000 y el auto de La Rioja de 13 de febrero de 2001, o de Tarragona de 24 de julio de 2002, entre otras. Precisamente dichas resoluciones señalan que «las previsiones legales demuestran la preocupación para llegar a una declaración que tenga virtualidad *erga omnes* y que, respondiendo a la naturaleza especial del convenio, haga posible la *par conditio creditorum*». No obstante, la segunda línea jurisprudencial descrita seguía siendo aplicada en algunas resoluciones de la llamada jurisprudencia menor hasta fechas muy recientes. Así, la SAP de Alicante de 20 de septiembre de 2002. Por su parte, la «Ley Olivencia» adopta una posición propia imponiendo la concursabilidad incluso a los acreedores (ordinarios o subordinados), «aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos» (art. 134.1), mientras que los acreedores privilegiados, ajenos, pues, a la comunidad de intereses, sólo estarán vinculados si hubieran votado a favor de la propuesta o se hubieran adherido (art. 134.2).

⁵⁸ En muchas ocasiones de este trabajo parece que se contempla exclusivamente la finalización liquidatoria del concurso. Por más que esta solución pueda ser, por imperativa, donde más palmariamente se ponga de manifiesto la eficacia de la *par conditio*, no se restringe a ella su ámbito de eficacia, sino que está presente en diversas instituciones y previsiones. A modo de ejemplo, el cumplimiento parcial del convenio es contrario a la *par conditio* pues, en su parcialidad favorecerá a unos acreedores frente a otros. *Vid.* la STS de 23 de noviembre de 1993 y SAP de Valencia de 7 de noviembre de 1952; SAP de Burgos de 14 de abril de 1999; SAP de Córdoba de 25 de septiembre de 2002.

lo 84 "Ley Olivencia"), por razones propias del procedimiento. En otras ocasiones, aun dentro de la concursabilidad, determinados créditos o acreedores obtienen un privilegio especial que los aproxima a los derechos de ejecución separada (arts. 90 y 155 "Ley Olivencia"). Éstos y los créditos con privilegio general (arts. 91 y 156 "Ley Olivencia") pueden suponer así una fuente de efectos perversos para el sistema concursal⁵⁹.

La estructura jurídica de los anteriores supuestos es diferente. Mientras que en los "derechos de ejecución separada", el legislador ha optado por mantener a tales créditos en una situación afín a la extraconcursabilidad⁶⁰, los créditos con privilegio general sí son créditos concursales concurrentes a los que no afecta la regla de la equidad de trato, sino que responden a un principio contradictorio: el de la graduación⁶¹. Las excepciones se habían acumulado antes de la "Ley Olivencia"; poco o nada quedaba del principio de paridad de trato, pues se sucedían los grupos, grados, categorías y subcategorías relegando a la paridad de trato en el cobro efectivo de los créditos al mito.

Y es que en la organización legal del concurso, se pueden distinguir dos etapas presididas por dos principios concursales diferentes que tienen su frontera en el procedimiento de graduación de créditos. En el período de integración en la masa pasiva y en el ejercicio de las acciones los acreedores concurrentes están sometidos a la paridad de trato; en el momento de la liquidación de los créditos, los acreedores

⁵⁹ En este sentido, el prelegislador de 1983, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, decía: «La compleja trama de preferencias y privilegios del Derecho anterior, constituida a lo largo de la historia a medida que consolidaban su influencia los beneficiarios de este trato especial resulta en la actualidad difícil de justificar. Un examen pormenorizado de los créditos privilegiados sirve para poner de relieve tanto los criterios heterogéneos —y, en ocasiones, contradictorios entre sí— que se han seguido para la concesión del privilegio, como la correlativa falta de fundamento económico y social que en la actualidad caracteriza a la mayor parte de esos créditos. Sólo la inercia de la tradición, o el egoísmo de quienes disfrutaban de ese trato desigual, ha permitido la pervivencia de tan lamentable situación. Por estas razones, la Ley parte de la consideración de que, declarado el concurso, todos los acreedores del deudor hasta la fecha de la admisión a trámite de la solicitud, quedan de derecho integrados en la masa, si bien rindiendo tributo a exigencias que no pueden desconocerse, admite, además de créditos a los que se reconoce la preeducibilidad, la existencia de acreedores especialmente privilegiados, así como un número mínimo de privilegios generales. Fuera de estos casos, la paridad de trato es el principio general, desapareciendo por completo las preferencias derivadas de la particular forma en la que el crédito consta o del momento de su constitución, a la vez que se eliminan los sistemas de reparto basados en la naturaleza de los bienes» (EM § V).

⁶⁰ Recuerda BELTRÁN que el término "privilegio" es utilizado en la ciencia jurídica en varios sentidos. Así, en el ámbito concursal podemos distinguir los que son propiamente privilegios concursales, también llamados *privilegios sustantivos* e identificados con la concesión legal a determinados créditos de la facultad de ser pagados con preferencia a otros acreedores sobre lo que se obtenga con la liquidación de los bienes del deudor, pero dentro del concurso (arts. 913 ss. CCo). En otros casos se refiere la doctrina a *privilegios sustantivos y procesales*, a los que la ley permite ejercer sus créditos al margen del propio procedimiento concursal (*op. cit.*, nota 9, p. 106). Propiamente, en este segundo caso no estamos ante privilegios, sino ante derechos de ejecución separada. *Vid.* DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, nota 43, p. 296; y G. RUIST, A. PALERMO y C. PALERMO, *I Privilegi*, Torino, 1980, pp. 74-78].

⁶¹ *Vid.* DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, nota 43, p. 299] y S. CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983, *passim*, en especial pp. 21-24.

concurrentes están sometidos al principio de graduación o prelación⁶², convirtiéndose la *par conditio creditorum* en un criterio supletorio intragrados (arts. 156 *in fine*, 157.2, 158.2 "Ley Olivencia")⁶³. La principal novedad de la norma no es tanto que se haya variado esta utilidad intragrados, cuanto la reducción drástica de los créditos privilegiados.

Tal sucesión de criterios, en definitiva, no es más que una opción del legislador, conscientemente o como resultado de lo que, con fortuna, se ha llamado el "acarreo histórico"⁶⁴. Sin embargo, la anterior opción no debe considerarse escindida de sus consecuencias, pues son las mismas las que legitiman la intervención del legislador. Si anteriormente vimos que la intervención de éste se producía en busca de la maximalización del patrimonio del deudor insolvente promoviendo la cooperación de los acreedores sin generar costes de transacción y que la regla de la igualdad de trato era el estímulo necesario para el comportamiento cooperativo, ahora podemos afirmar que la opción por el principio de prelación puede deslegitimar la intervención del Derecho concursal⁶⁵. Esta opinión se funda en que las miras de los acreedores no son otras que la satisfacción de sus créditos y, por tanto, es en el período de cobro donde debe concentrarse el estímulo a la cooperación. Por lo demás, el sometimiento de los créditos a la concursalidad supone una distribución paritaria del riesgo de insolvencia del deudor.

⁶² En este sentido, ESPERANZA MARTINEZ-RADIO («Consideraciones en torno al privilegio en el Código civil», *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 11, febrero de 1958, p. 13) cuando afirmaba que «reconocida la imposibilidad del deudor para pagar sus créditos por el orden que prefiera, en el concurso, voluntario o necesario, los acreedores cobran de acuerdo con el principio de prelación (privilegio) que determina una preferencia atribuida a un acreedor determinado (o a grupos de ellos) con relación a los demás que con él concurren sobre los bienes del deudor, para satisfacer su crédito».

En el sentido sostenido en el texto pensamos que hay que entender el negativo panorama expuesto por MENÉNDEZ MENÉNDEZ cuando sentencia la inexistencia del *par conditio creditorum* por «... la existencia de múltiples créditos privilegiados que se han ido acumulando a lo largo de la historia en función de las presiones de los grupos sociales...» (A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Breves reflexiones sobre la reforma concursal», *Homenaje a J. M. Chico*, Madrid, 1995, p. 1323). El Prof. MENÉNDEZ opta por la restauración del principio de paridad de trato añadiendo: «No parece dudoso que el sistema vigente, fundado en el peculiar principio de graduación o jerarquización, debe dejar paso a un sistema radicalmente distinto en el que se reconozca efectivamente el principio de paridad de trato, con un muy reducido número de privilegios».

⁶³ El orden de prelación refleja así un criterio de escalonamiento, de preferencia en la defensa de algunos acreedores, a riesgo de los demás. El principio *par conditio creditorum* cede ante esta tabla de valores que inspira la graduación, y se refugia dentro de cada clase —con excepciones significativas— o queda como residuo una vez atendidos los acreedores preferentes. *Vid.* OLIVENCIA («El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma», en AAVV, *La reforma de la Legislación mercantil*, Madrid, 1979, p. 320). GULLÓN [«Comentarios a los arts. 1.911 a 1.929 del Código Civil», en C. PAZ-ARES, L. DíEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y SALVADOR (dirs.), *Comentario al Código Civil*, t. II, Madrid, 1991, p. 208] afirma que, en cuanto a los acreedores comunes, se aplica en todo su vigor el principio *par conditio creditorum*, sin consideración alguna de sus fechas. Parece el anterior un enfoque más correcto que aquél que se adapta a la realidad desnaturalizando el principio de paridad de trato. Así, RAMÍREZ (*op. cit.*, nota 19, p. 64, nota 37, y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho mercantil*, México, 1952, vol. II, p. 286, afirman que *par conditio creditorum* no implica pago por igual, sino pago según el orden y en la proporción que establece la Ley; GARRIDO, *op. cit.*, nota 21, p. 97.

⁶⁴ *Vid.* OLIVENCIA, *op. cit.*, nota 63, p. 320.

⁶⁵ Contrariamente, MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, nota 4, p. 110.

Obviamente la regla de la paridad de trato puede tener excepciones, pero excepciones que se justifiquen en coherencia con la legitimación del sistema concursal, como señala la propia "Ley Olivencia" (EM § V.1). Así, cabe establecer tratos preferentes o privilegiados, pero éstos se deben corresponder con la generación de estímulos a conductas que conlleven un aumento del rendimiento del patrimonio del deudor o un recorte en los costes derivados de la propia insolvencia y su resolución concursal.

Bajo las anteriores premisas, un privilegio que favorezca estos comportamientos eficientes puede considerarse que genera estrategias cooperativas en los acreedores privilegiados que redundan en la mejora de la situación de la masa pasiva. La opción legislativa que significa excepcionar la regla de la paridad de trato para establecer este tipo de privilegios puede considerarse legítima; por su parte, resultaría ilegítima la actual situación, que no encuentra otro argumento que la propia voluntad del legislador⁶⁶.

Creemos que el anterior debería haber sido el criterio preeminente a la hora de abordar la creación o permanencia de un determinado principio o el establecimiento o defensa de excepciones al mismo. Si se afirman unos fines determinados para el Derecho concursal, las soluciones legislativas deben confluír en tales fines. Así, desde una óptica exclusivamente concursal, carecen de fundamento muchos de los privilegios que siguen tutelados en la "Ley Olivencia"⁶⁷.

Podría objetarse a nuestro planteamiento crítico que si hemos defendido el Derecho concursal como la recreación *ex post* de lo que las partes habrían convenido *ex ante*, nada más acertado que el respeto en el procedimiento concursal a las garantías y privilegios preconcursales. De hecho era posición común de la doctrina anterior a la "Ley Olivencia" reconocer que el sistema de privilegios de nuestro ordenamiento reproducía, y en alguna medida aún reproduce, la escala o graduación de créditos preconcursales⁶⁸. No podemos estar de acuerdo. En primer lugar, porque hasta el procedimiento concursal el comportamiento estratégico de los acreedores

⁶⁶ De singular relieve resultan las palabras de CORDERO LOBATO, *op. cit.*, nota 22, p. 53], cuando afirma que si la única razón de la existencia de privilegios es su mera existencia legal, manifestada a través de esas causas concretas determinadas por el legislador, esto es, la norma, hay que concluir que los privilegios no tienen ningún fundamento jurídico.

⁶⁷ De otra forma las soluciones legislativas se ponen al páreo de la capacidad de presión de unas u otras categorías de acreedores, sin que exista un criterio de legitimidad. Posición contraria es la sostenida por CICCARELLO que nos puede servir de ejemplo de otros planteamientos acrílicos. En efecto, este autor sostiene que entre el criterio de *par conditio creditorum* y el de preferencia hay una cierta mezcla: Aunque se opte por el criterio de preferencia, basado en la distinción jerárquica de todos los créditos, el criterio de la igualdad emerge al menos como regla de reparto proporcional interna de cada grupo o clase. Y se si opta por un régimen de igualdad, no será razonable aceptar que no se admita cierta preferencia a algunos créditos, porque el legislador no puede mostrarse indiferente a la realidad de determinados acreedores (*op. cit.*, nota 61, p. 15).

⁶⁸ En este sentido se puede considerar que el examen y reconocimiento de los créditos tiene también por finalidad determinar la naturaleza de cada uno de ellos, pues la ejecución concursal respeta la naturaleza, la garantía o el privilegio que adorna a cada uno de ellos antes de la declaración del concurso. La *par conditio creditorum* no significa que deban asimilarse o tratarse por igual todos los créditos, sino que deben someterse a idéntico tratamiento los créditos de igual naturaleza. El fenómeno no es exclusivo del ordenamiento patrio, sino que aparece con similar relevancia en otros. La confusión es

no es cooperativo, puesto que antes de la concursabilidad no hay una comunidad de intereses entre los acreedores, sino el interés individual de cobrar íntegra y oportunamente sus créditos, independientemente de la suerte que corran los restantes acreedores. Desde la concursabilidad, el comportamiento cooperativo se impone porque existe un común interés: la maximalización de la liquidación del activo concursal o su reestructuración. Lo que se trata de reproducir *ex post* es un comportamiento cooperativo que hubiese precedido a la concursabilidad, pero que resultó imposible porque habría entrañado unos costes de transacción muy elevados. En segundo término, se trata de reproducir *ex post* el comportamiento cooperativo que habrían generado entre sí los acreedores del deudor común; mientras que las garantías pre-concursales son fruto de la negociación entre acreedor individual y deudor común.

Por todo lo anterior parece aconsejable dedicarnos desde luego a tratar algunas cuestiones en torno al concepto, características y oportunidad de los privilegios concursales.

1. Concepto y caracteres de los privilegios concursales. Eficacia extraconcursal de los privilegios

a) *Concepto de privilegio*

El ordenamiento español no contiene concepto alguno sobre qué hemos de entender por privilegio concursal⁶⁹. No obstante, tal laguna no oscurece la posibilidad de aproximarnos a su concepto. Siempre que sobre un mismo bien concurren dos derechos incompatibles, el ordenamiento tiene que establecer una preferencia, amparando preeminentemente la satisfacción de uno de ellos. Lo anterior sucede tanto en el ámbito concursal como en la generalidad de situaciones —como la descrita— con relevancia jurídica. Cuando el patrimonio del deudor que sirve de garantía a la globalidad de sus créditos se muestra insuficiente para satisfacerlos es también necesario que el ordenamiento establezca un criterio de distribución de la insolvencia acaecida. Hemos reiterado que al concurrir una pluralidad de acreedores el ordenamiento opta por someterlos a la concursabilidad y, por ello, el criterio de distribución del riesgo de insolvencia es la paridad de trato. Empero, sobre ese criterio, el propio ordenamiento yuxtapone la situación de determinados créditos o acreedores para los que excepciona la regla de la paridad estableciendo en su

tal que ya RUBINO [D. RUBINO, «L'ipoteca immobiliare e mobiliare», en MESSINEO y CICU (dirs.), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, t. XIX, Milano, 1956, p. 385] definía el privilegio como «derecho de garantía, que derogando la *par conditio creditorum* respecto de la responsabilidad patrimonial del deudor, atribuye el poder de satisfacerse sobre el valor de uno o más bienes con preferencia a los otros acreedores».

⁶⁹ El Proyecto de Código Civil de 1851 definía el privilegio (art. 1.923) diciendo que «privilegio es el derecho que concede la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otros acreedores. Los privilegios son generalmente sobre todos los bienes del deudor, o especiales sobre los bienes expresamente determinados por la ley».

favor una preeminencia al cobro. A tal distinción denominamos privilegio⁷⁰. El privilegio no supone un cobro previo (anterior en el tiempo), sino que se detrae previamente del activo liquidado.

Ahora bien, cuando son varias las excepciones a la regla general de la *par conditio creditorum*, se hace igualmente necesario establecer un orden; en definitiva, un orden de preferencia o prelación. Ese principio supone un cambio radical en el sistema de distribución del riesgo de insolvencia empresarial. Efectivamente, cuando el ordenamiento acoge un nuevo privilegio concursal está reduciendo la cuota de riesgo de insolvencia que van a asumir los titulares del crédito privilegiado en los procedimientos concursales. De igual forma, está aumentando la cuota que habrán de asumir los acreedores no privilegiados, o los acreedores privilegiados con un grado de prelación inferior⁷¹. Llegada la insolvencia, y en trámite de liquidación, la decisión del legislador se traducirá en la renuncia al sistema proporcional de imputación de pagos y pérdidas y en la aplicación de una ley del dividendo no paritaria⁷². Ahora bien, esa decisión del legislador ni es necesariamente negativa (privilegios que favorecen la finalidad concursal) ni proyecta sus efectos exclusivamente en el período concursal (en la fase preconcursal el precio del crédito incorporará una prima de riesgo variable en razón de las expectativas de cobro concursales).

b) *Naturaleza jurídica del privilegio*

Hemos sostenido que el privilegio es la preferencia que el legislador concede a un crédito o acreedor para que, inserto en la concursalidad del procedimiento de ejecución colectiva, pueda ver satisfecho su crédito. Ahora bien, el legislador puede adoptar varios comportamientos según establezca distintos niveles de garantía para un crédito, niveles entre los cuales puede insertarse uno de carácter procesal: su consideración como privilegio concursal.

El privilegio no es propiamente una cualidad del derecho de crédito, sino una característica procesal asociada a procedimientos de ejecución. Si anteriormente defendimos el origen o causa de la *par conditio* en un efecto de la concursalidad, el privilegio, como excepción al principio, debe compartir con aquél al menos el origen temporal⁷³. Respecto de la obligación de pago que asume el deudor y la garantía que representa el conjunto de su patrimonio para el colectivo de acreedores,

⁷⁰ Así, DÍEZ-PICAZO, para quien entendemos por privilegio toda ruptura o excepción del principio de igualdad de trato de los acreedores y de estricta aplicación de la ley del dividendo, que se produce cuando se concede a un acreedor o a un crédito la facultad de cobrar o de obtener satisfacción antes que los demás acreedores, llamados por esto ordinarios (*op. cit.*, nota 43, p. 296); GULLÓN, *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, 1962, p. 16; GULLÓN, *op. cit.*, nota 63, pp. 681 y 299; BELTRÁN, *op. cit.*, nota 9, pp. 115-116; CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, nota 18, p. 1.282.

⁷¹ *Vid.* PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, nota 45, p. 487; SCHWARTZ, *op. cit.*, nota 31, pp. 1 y 7; CORDERO LOBATO, *op. cit.*, nota 22, pp. 21 ss.

⁷² *Vid.* CORDERO LOBATO, *ob. ult. cit.*, p. 34.

⁷³ *Vid.*, de forma crítica, GARRIDO, *op. cit.*, nota 3, p. 729. Contrariamente RAMÍREZ considera que el privilegio pertenece a la propia naturaleza del crédito y que el legislador no lo altera por el hecho

no existe diferencia entre los acreedores ordinarios, los privilegiados y subordinados. El deudor está obligado a pagar a todos sus acreedores con sus bienes ⁷⁴.

No obstante, siendo necesario discernir entre la propia naturaleza del derecho de crédito que asiste al acreedor y su configuración como privilegio, hay que reconocer que el legislador, a lo largo del proceso histórico de generación de privilegios, ha ido gestándolos en atención a las características o naturaleza de determinados derechos o acreedores (o a la documentación en que consten; *vid.* artículo 90.2 "Ley Olivencia") ⁷⁵, lo que ha contribuido aún más a la confusión entre tal naturaleza y su trascendencia procesal. Se podría hablar genéricamente de que la creación de todos los privilegios atiende a la naturaleza de los créditos, pues cualquier privilegio personal es concebible en clave objetiva. Así, no son los trabajadores los privilegiados, sino el crédito laboral; no es el Erario el privilegiado, sino los créditos tributarios.

de estar sometido dicho crédito a la concursabilidad. Así, afirma que «el legislador, que estableció, en ciertas condiciones, un determinado privilegio, garantía, o preferencia para ciertos créditos, entendió que el mismo no había de perderse o desaparecer por el hecho de la quiebra del deudor, razón por la cual recogió su subsistencia en los supuestos concursales —concurso y quiebra—. Y precisamente por ello, surgido un juicio de quiebra, y por fuerza de aquel principio de liquidación única, se procede en el mismo a la graduación o clasificación de los créditos concurrentes, y a los fines de determinar el orden en que los mismos —según la ley— deberán pagarse con el producto de la realización o liquidación del activo» (*op. cit.*, nota 19, p. 880).

⁷⁴ Ni siquiera frente a los demás acreedores se puede reconocer al acreedor privilegiado un derecho, si el término correlativo de derecho es la obligación (CARNELUTTI, «Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni», en *Studi di Diritto processuale*, Padova, 1928, vol. II, p. 280; *idem*, *Sistema de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1944, II, pp. 650 ss.). Como puede verse, adaptamos aquí la configuración procesalista del privilegio, por otra parte coherente con la propia fundamentación de la *par conditio creditorum*, que ya hicimos anteriormente (*supra* III). Contrariamente, entre nosotros, sostenía ESPERANZA que el privilegio no es un derecho, sino una cualidad o especial modo de ser que la Ley atribuye a un crédito, sea éste simple, sea garantizado con prenda o hipoteca, por lo que puede definirse como una «cualidad o propiedad inherente a un derecho de crédito que se traduce invariablemente en un rango específico de preferencia» (*op. cit.*, nota 62, p. 15). También en contra, GARCÍA DE HARO, *El salario como crédito privilegiado*, Pamplona, 1960, pp. 49-52.

No obstante, recuérdese que la materia de la naturaleza del privilegio concursal ha generado variadas explicaciones e intensas controversias. Las diversas teorías pueden encuadrarse en el siguiente esquema. 1) Teorías sustantivas; 1.a) *teorías unitarias* (que afirman la naturaleza común de todos los privilegios), así, POPLASKI afirma que todos los privilegios son derechos reales; *teorías plurilaterales*, que afirman la distinta naturaleza de los privilegios generales y los especiales; y 2) Teoría procesalista. Sobre estas teorías puede verse la exposición de GULLÓN, *op. cit.*, nota 70, pp. 149 a 165; GARCÍA DE HARO, *op. ult. cit.*, pp. 27-55, y ESPERANZA, *op. ult. cit.*, pp. 16-18.

⁷⁵ Así, señala GULLÓN que el privilegio puede definirse como la facultad que tienen determinados acreedores para cobrar con preferencia a otros sobre un bien o bienes del deudor común, *en razón a la naturaleza o causa del crédito, o del título*, donde consta (*op. cit.*, nota 63, pp. 2064-2065). *Vid. adde.* OLIVENCIA, «Los privilegios del crédito salarial. Sobre el reciente libro de B. Ríos Salmerón», *REDTr*, 1984, núm. 18, pp. 186-187. La admisión o justificación de los privilegios suele asociarse a la naturaleza o causa del derecho de crédito. Tal vínculo está presente en algunos de los ordenamientos que sí incorporan conceptos de privilegios. Así, tanto el artículo 1.952 del antiguo CC italiano [*Un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito* (el derecho de prelación que la ley crea en relación a la causa del crédito)], como el vigente artículo 2.095 del CC francés [*Le privilege est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers...* (El privilegio es un derecho que la cualidad del crédito otorga a un acreedor de ser preferido a otros acreedores...)], consideran el privilegio como un derecho acordado —en la primera norma— por la ley en consideración a la causa del crédito, y concedido —en la segunda— por la propia cualidad del crédito.

No obstante, en la configuración de tales privilegios el elemento personal ha tenido también una gran incidencia. Bien es cierto que un trabajador no vería protegido un crédito derivado de vínculo distinto a la relación laboral con la concesión de privilegio, pero no lo es menos que es la supuesta impotencia del trabajador, y el que dependa su subsistencia y la de su prole de las rentas de trabajo, lo que lleva al legislador a conceder discriminación procesal de sus créditos. De la misma forma, y, aunque por motivos totalmente contrarios al supuesto anterior, alguna incidencia debe tener la titularidad de los créditos tributarios a la hora de considerarlos privilegiados.

La tendencia entre la doctrina ⁷⁶ y en los procedimientos de reforma foránea ⁷⁷ ha sido limitar o suprimir los que podemos llamar “privilegios personales”. Esta tendencia, que puede ser valorada muy positivamente cuando nos referimos a los concretos créditos privilegiados que son señalados para su desaparición, no debe llevarnos a considerar inocua la personalidad de los titulares de los créditos. De esta forma, si asumimos que se debe privilegiar a aquellos créditos en los casos en que tal privilegio incentive un comportamiento favorable al colectivo de los acreedores (o retirar el privilegio si deseamos desincentivar otros comportamientos actuales), hemos de atender a quienes son los titulares de los créditos privilegiados, pues de ellos pretendemos un comportamiento cooperativo ⁷⁸. La idea motriz debe ser —insistimos— la maximalización del valor del activo al menor coste.

La configuración del privilegio como instrumento procesal en atención a las características de un crédito o de su forma de documentación ha creado en ocasiones tratamientos que tienden a confundir la propia naturaleza con el hecho de que sea privilegiado su tratamiento en la liquidación concursal ⁷⁹. Así, como seguidamente veremos, se tiende a considerar el privilegio y la garantía real como una misma cosa, de forma que muchas de la especulaciones sobre los privilegios concursales de nuestra civilística están ancladas en la hipoteca y la prenda. Y es que una garantía plena no puede considerarse como tal si no es eficaz *erga omnes* y en cualquier circunstancia, por lo que las garantías reales —ya legales, ya convencionales— han llevado aparejada una correlativa protección procesal vía pri-

⁷⁶ Así lo afirmaba GULLÓN, según el cual la evolución histórica de los créditos privilegiados muestra una tendencia sucesiva a la desaparición de los preferentes en razón de la persona del acreedor sin tener en cuenta la naturaleza intrínseca del crédito (*op. cit.*, nota 63, pp. 2064-2065). Dado el largo proceso de reforma de nuestra legislación concursal, el Profesor GULLÓN ya vislumbraba esa tendencia treinta años antes (*op. cit.*, nota 70, p. 17). De la misma forma, MENÉNDEZ critica los privilegios públicos y los laborales (*op. cit.*, nota 62, pp. 1323-1324).

⁷⁷ Ésta ha sido la línea sostenida por la nueva Ley Concursal portuguesa, que ha eliminado los privilegios atribuidos a los créditos del Estado, Entidades Locales e Instituciones de la Seguridad Social (*vid. GOZALO, op. cit.*, nota 11, p. 624).

⁷⁸ Como ejemplo, podemos considerar que los titulares de los créditos hipotecarios sobre bienes inmuebles suelen ser entidades de crédito que pueden asumir a un más bajo coste las labores de vigilancia; consideraciones similares se pueden realizar respecto del trato a dispensar a los trabajadores (*insiders*) o a los organismos públicos.

⁷⁹ Véase la STS de 30 de octubre de 2002, donde, en referencia a créditos documentados en escritura pública, se subraya por el juzgador que es la forma y no el crédito quien concede el privilegio.

vilegio⁸⁰. No obstante, conviene mantener que son fenómenos distintos⁸¹ y no necesariamente tienen que aparecer juntos, sino que ésta es una contingencia a solventar por el legislador. Es más, desde una perspectiva exclusivamente concursal, cabe plantearse si es lo más aconsejable que la existencia de un derecho de garantía real configure el orden de prelación llegada la liquidación, puesto que éste tiene una dimensión pública no compartida enteramente por nuestro sistema de garantías⁸², motivo por el cual la autonomía de la voluntad no es operativa en el ámbito de los privilegios⁸³.

Configurado el privilegio como un particular trato procesal dispensado a algunos créditos, podemos sacar las consecuencias necesarias sobre la posible eficacia extraconcursal de dichos privilegios. Es evidente que siempre que concurren dos o más derechos sobre un mismo bien o patrimonio, y dichos derechos sean incompatibles entre sí, el ordenamiento debe establecer un orden de prelación para el ejercicio de estos derechos. La prelación entre derechos de crédito puede existir aunque no haya privilegios, siempre que dos o más créditos concurren sobre un objeto determinado para su satisfacción. Esa prelación el ordenamiento la puede establecer utilizando varios mecanismos, siendo el más habitual la prevalencia de los derechos con garantía real. Estos derechos con garantía real tienen tal cuota de protección o prevalencia que su preeminencia la sostiene el ordenamiento incluso en caso de un procedimiento concursal. Ahora bien, en nuestra opinión se trata de circunstancias cumulativas (es un derecho real; como tal, es eficaz *erga omnes* y además es privilegiado en el concurso) que generalmente se incorporan a nuestro ordenamiento pero de forma contingente. Las coincidencias pueden ser grandes: una alteración radical de la prelación preconcursoal y concursal estimulará comportamientos estratégicos tendentes a provocar la concursabilidad; la intrascendencia concursal de la eficacia *erga omnes* supondría relativizarla (preferencia sobre un bien en caso de no insolvencia) y, por ello, un incremento en el crédito garantizado.

Esta delimitación al ámbito concursal de los privilegios no está exenta de controversia y los argumentos, más o menos afortunados, se suceden⁸⁴. Así, se han

⁸⁰ Vid. OLIVENCIA, *op. cit.*, nota 75, p. 187. Sobre la formación histórica del sistema de privilegios y su convivencia y conflicto con las garantías reales, vid. J. A. ÁLVAREZ DE CAPEPOCHIPI, «Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», *RCDI*, núm. 627, marzo-abril de 1995, pp. 291-302. Desde la perspectiva de este plus de protección, podemos decir que la constitución de una garantía real genera una externalidad negativa que han de soportar los restantes acreedores, en la medida en la que reduce sus expectativas de cobro, pues el ordenamiento, la «Ley Olivencia» le concede un privilegio especial sobre el valor liquidatorio del bien que soporta la garantía. En este sentido, véase GARRIDO, *op. cit.*, nota 21, p. 19.

⁸¹ Sobre las diferencias de privilegio y garantías, *vid.*, entre otros, ESPERANZA, *op. cit.*, nota 62, pp. 18-19. Vid. ROJO AJURIA, *op. cit.*, nota 31, p. 734.

⁸² Vid. ROJO AJURIA, «Comentario a la STS de 21 de mayo de 1987», *CCJC*, abril-agosto de 1987, pp. 4644-4645.

⁸³ Queremos decir que los particulares, al amparo de su libertad, podrán establecer entre sí los pactos que estimen, generando derechos reales de garantía, pero que la consideración de como privilegiado del crédito de tal forma garantizado no devendrá de la autonomía de la voluntad, sino de una decisión del legislador que concede a tal derecho un trato privilegiado, excepcionando la paridad de trato de los acreedores, si bien las partes pueden constituir o no esa garantía, pero el derecho procesal es indisponible y, por ello, sin sanción legislativa no habrá privilegio. Véase GARRIDO, *op. cit.*, nota 21, p. 12.

⁸⁴ En el ámbito civil, GULLÓN se plantea la posibilidad de ejercicio o relevancia del privilegio extra-

querido sostener posturas enfrentadas en función de la ubicación de las normas sobre privilegios. Para abordar correctamente la cuestión creemos necesario volver a los aspectos conceptuales. Los créditos privilegiados obedecen a la voluntad de legislador de establecer un orden de prioridad dentro de los créditos concursales; por derogación, en favor de determinados créditos del principio de igualdad de todos los acreedores. Por ello, el carácter privilegiado de algunos créditos es esencialmente concursal, pues, si bien el crédito preexiste al concurso, el privilegio surge cuando en la concurrencia de acreedores se quiere hacer prevalente la posición de algún o algunos acreedores. Así, se puede afirmar que el privilegio opera exclusivamente en fase de reparto. Ahora bien, el problema que se plantea en el procedimiento concursal de concurrencia de varios acreedores sobre un patrimonio insuficiente, se presenta también en supuesto de ejecución singular cuando, no rigiendo el principio de paridad de trato, y ejercitándose acciones derivadas de derechos entre sí incompatibles, se hace necesario establecer un orden de prelación entre los acreedores⁸⁵.

concurral y recoge como argumento favorable a la realización en el concurso la colocación de los artículos 1922 ss. (*op. cit.*, nota 70, p. 21). En contra de esta postura, VALLET DE GOYTISOLO indica como razones favorables al ejercicio extraconcursal otros detalles de situación de preceptos sobre privilegios (VALLET DE GOYTISOLO, «Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», *RDP*, 1953, p. 532, nota 195). El argumento de la ubicación también podría ser utilizado en el ámbito mercantil.

El Tribunal Supremo ha mantenido así una postura poco clara, pues mientras que señalaba cómo los artículos 913 y 914 del CCo sólo tienen aplicación cuando se declara la quiebra de un comerciante, y que «no se concibe, dada la estructura de la legislación mercantil y la finalidad que persiguen los preceptos relativos al juicio de quiebra, que dos acreedores puedan discutir en un juicio singular para establecer preferencias en el cobro de sus créditos», añadía como excepción aquellos supuestos «en que un acreedor tiene derecho preferente a hacer efectivo un crédito en determinados bienes del deudor...» (STS de 29 de octubre de 1927. También la STS de 11 de febrero de 1928. La STS de 25 de enero de 1957 resolvía la cuestión con una simple remisión a las reglas del Derecho privado).

La jurisprudencia menor más reciente tampoco aporta criterios claros, pues en la mayor parte de los casos, la conclusión de las resoluciones tienen un apoyo legal expreso al margen de las simples remisiones a la normativa concursal. Por ejemplo, la Sentencia de la AP de Badajoz de 27 de octubre de 1994 o la SAP de Pontevedra de 11 de octubre de 1994 atienden la preferencia de créditos laborales (que, como es sabido, tiene expresamente reconocida su prevalencia dentro y fuera del concurso) o la SAP de Córdoba de 21 de diciembre de 1994 aborda la prevalencia de una prenda sin desplazamiento, utilizando como criterios de apreciación la documentación y la inscripción en el Registro, para concluir que no le corresponde el derecho de preferencia *que le está expresamente reconocido* por la Ley de 16 de diciembre de 1954 en su artículo 10, que sí se remite expresamente a la normas del concurso.

Problema paralelo al que sostiene la eficacia extraconcursal del principio de *par conditio creditorum* (*vid. ORDUÑA, La insolvencia*, Valencia, 1994, p. 240, nota 259).

⁸⁵ Es el supuesto de la tercera de mejor derecho. Así, GULLÓN, *op. cit.*, nota 63, p. 2066] o CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, nota 18, p. 1283]. Por contra, objetaba ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, *op. cit.*, nota 62, p. 11, para quien: «si bien parece que el privilegio tiene efectividad aun en los casos de agresión individual a través de la tercera de mejor derecho, es de señalar que esta virtualidad es debílsima y de oportunidad, porque actúa solamente cuando el acreedor acciona judicialmente, no cuando el deudor paga de modo espontáneo o a requerimiento del acreedor. En casos de acción judicial, sólo actúa mientras el procedimiento está en curso, puesto que lo interrumpe; no si este procedimiento concluyó con el consiguiente pago al acreedor ejecutante»; porque vienen a ser concurso de acreedores en un proceso singular, dos ejecuciones simultáneas contra un mismo deudor. Realmente no hay más que una ejecución y dos acreedores como posibles beneficiarios de la realización de los bienes, por lo que los privilegios concursales, en defecto de otra previsión legal (créditos salariales, garantías reales) suponen un orden de prelación en el cobro. Ésta es la posición sostenida por la jurisprudencia. En tal sentido puede verse

c) *Caracteres de los privilegios concursales*

De cuanto antecede podemos ahora destacar dos afirmaciones: de una parte, los privilegios suponen una excepción a la regla de la *par conditio creditorum*, que en el sistema español vigente llegaron a suponer la negación de eficacia de tal principio en el proceso liquidatorio. No obstante, la "Ley Olivencia" ha supuesto un nuevo punto de equilibrio entre igualdad de trato y privilegios, disminuyendo el número de éstos. En segundo término, por la presencia de un interés público muy calificado, y por ese mismo carácter excepcional, la autonomía privada es poco relevante en su creación y configuración, y su origen debe ser una fuente legal (art. 89.2 "Ley Olivencia")⁸⁶.

De los elementos anteriores se pueden deducir los caracteres esenciales de la institución⁸⁷. Lo que ahora nos interesa es precisamente extraer las consecuencias hermenéuticas de tal configuración. Y nos interesa para destacar que, en nuestra opinión, toda interpretación de los privilegios concursales debe estar presidida por la coherencia con los fines que persigue el privilegio y con una tendencia restrictiva.

Muy brevemente, es necesario señalar que una institución que entraña la renuncia a los principios legitimadores del Derecho concursal, cual es el privilegio, debiera en todo caso ser interpretado (y legislado) en exquisita coherencia con el fin de política económica o social que se convierte en política legislativa y hace surgir el privilegio. Este enunciado debe hacer interpretar los privilegios en función de que cumplan o no la función encomendada⁸⁸ y, paralelamente, exige un juicio de legitimidad del tratamiento legal que reciban⁸⁹.

la reciente STS de 23 de abril de 2003. La STS de 21 de febrero de 1975 sostenía que: «la prelación o preferencia es común a todas las tercerías de mejor derecho; la STS de 18 de marzo de 1993, en la que se aplican las normas civiles concursales para establecer la eficacia de una tercería de mejor derecho. También las SSTS de 3 de noviembre de 1989, 29 de octubre de 1991, 5 de diciembre de 1991 y la SAP de Asturias de 18 de enero de 1994 y SAP de Burgos de 6 de octubre de 1994.

Recuérdese que la Disposición Adicional 33.ª de la "Ley Olivencia" prevé la remisión a las Cortes de un Proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en ejecuciones singulares antes del 1 de marzo de 2005. *Vid.*, además, GARRIDO, *op. cit.*, nota 21, p. 9.

⁸⁶ En cuanto que los privilegios derogan el principio de la *par conditio creditorum*, es preciso destacar que constituyen siempre, incluso cuando se habla de privilegios convencionales, causas de prelación, legislativamente previstas en relación con créditos que derivan de particulares relaciones. G. Tucci, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milano, 1974, p. 161; ROJO AJURIA, *op. cit.*, nota 31, p. 723.

⁸⁷ Así, GULLÓN recoge cómo la doctrina generalmente señala en los privilegios los siguientes caracteres: 1. Ser exclusivamente legales; 2. Estar taxativamente determinados, destinados a garantizar ciertos créditos en relación a su causa; 3. Ser accesorios del mismo (art. 1.528 CC); 4. Ser de interpretación estricta (*op. cit.*, nota 70, p. 18, caracteres que reitera en obras posteriores).

⁸⁸ No puede ser un criterio que amplie los privilegios a aquellas situaciones en que, sin estar previstas legalmente, aparezca el mismo bien jurídico amenazado, ya que los privilegios son de creación legal.

⁸⁹ Permítasenos un ejemplo relativo a la materia. Parece indudable que el carácter privilegiado de los créditos salariales está justificado por la situación de absoluta dependencia económica del trabajador de las rentas salariales, o, dicho de otra forma, porque el trabajador sufre una concentración absoluta de riesgos en la solvencia de su empleador. Este fundamento ha sido unánimemente recogido por la doctrina en la materia. *Vid.*, por todos, a B. RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, pp. 275-276. También por la jurisprudencia, así la STS (Sala de conflictos) de 28 de

El segundo criterio hermenéutico que podemos resaltar impuesto por el principio de igualdad de trato es la interpretación restrictiva de los privilegios. Hay que advertir que este segundo criterio es objeto de controversia. En primer término, porque, en algunos casos, la jurisprudencia judicial y dogmática ha dado prevalencia al carácter funcional de los privilegios en defecto de otra consideración, indicando que las normas que los regulan, si bien son derogatorias del principio *par conditio creditorum*, no llevan forzosamente a una interpretación restrictiva, siempre y cuando se respete la finalidad de la norma⁹⁰. Una segunda postura definiendo un criterio restrictivo amparado no porque el privilegio tenga carácter excepcional a la igualdad de trato, sino restrictivo en función de la finalidad perseguida por la norma creadora

enero de 1983. Tal finalidad debiera llevar al legislador a discernir aquellos supuestos en los que es necesario mantener el tratamiento privilegiado del crédito y cuando, al desaparecer la necesidad, falta justificación a ese tratamiento procesal. Sin embargo, tales premisas, que parecen evidentes, no siempre son respetadas. Si cabe interpretar con la clave enunciada las restricciones cuantitativas que nuestra legislación laboral impone, pues por encima del umbral recogido en la norma no es admisible considerar que se trata del imprescindible sostenimiento vital del trabajador. Así, los créditos por salarios, para considerarse deudas de la masa se ceñirán a los últimos treinta días y en cuantía que no supere el duplo del salario mínimo interprofesional (art. 84.2.1.º "Ley Olivencia"); como también están limitados los créditos laborales en cuanto generalmente privilegiados (art. 91.1 "Ley Olivencia"). Por contra, en los supuestos en los que se produzca el abono por tercero de tales salarios se producirá la subrogación de ese tercero en el crédito con la consecuencia jurídica inmediata: la subrogación se hace en el crédito y sus accesorios (*vid.* artículo 1.212 CC) y, por tanto, el crédito del que ya es titular el tercero permanecerá siendo privilegiado. Cabría cuestionarse que por esa vía se transfiriera al subrogado el tratamiento de privilegiado que al crédito se reconocía, pues no es un derecho, sino un tratamiento procesal, lo que no parece amparado en el 1.212 CC; sin embargo, como veremos en seguida, la subrogación también en el privilegio está expresamente prevista para estos créditos.

Esto es lo que sucede tanto en el ordenamiento español como en otros ordenamientos. Adviértase que la hipótesis planteada se identifica con el actuar ordinario del Fondo de Garantía Salarial. La subrogación del mismo en el crédito no encuentra justificación para que tal crédito siga obteniendo del Derecho concursal la consideración de privilegiado, pues ya no hay concentración alguna de riesgos, ni la retribución garantiza el sostenimiento del trabajador y su prole. Empero, ésta no ha sido la línea seguida por nuestra legislación: el artículo 33.4.º del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido) señala que: «Para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32...». De esta forma, se mantiene una excepción al principio de *par conditio creditorum* que carece totalmente de justificación. El artículo 32 del ET ha sido objeto de una nueva redacción por la Disposición Adicional 14.ª de la "Ley Olivencia". Cabría, no obstante, hacer una interpretación, en nuestra opinión forzada, para negarle al FOGASA la posibilidad de actuar como acreedor privilegiado en la defensa de los créditos salariales en los que se hubiese subrogado. El artículo 89.2 "Ley Olivencia" niega el carácter de privilegiado a quien no se le conceda tal condición en la propia Ley; y el privilegio del FOGASA procede del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, no creemos que se pueda sostener tal tesis por cuanto la posición del organismo público procede de la subrogación en la posición del acreedor original del crédito privilegiado por la "Ley Olivencia", por lo que el privilegio devendrá de la propia norma y simplemente se producirá una novación subjetiva.

⁹⁰ Es la opinión de GULLÓN, *op. cit.*, nota 63, p. 2065. En la jurisprudencia no hay una línea clara. Si bien pueden citarse en apoyo de esta interpretación "no necesariamente restrictiva" las SSTs de 7 de noviembre de 1940, de 27 de junio de 1941, de 28 de septiembre de 1968 y de 24 de enero de 1970. También la anterior parece ser la línea sostenida por las STS de 10 de noviembre de 1977 (con comentario de CUAJAT EDO, «Comentario a la STS de 10 de noviembre de 1977», *RDM*, núm. 150, 1978, pp. 617 ss.) y la de 21 de junio de 1984. Si bien en estos dos últimos casos se trataba de interpretar el carácter privilegiado o no de los créditos que constan en la letra B del número 3.º del artículo 1.924 CC y si existía un correctivo derecho de abstención.

del privilegio⁹¹. Por último, se ha afirmado, y nosotros nos sumamos a tal opinión, la necesaria interpretación restrictiva de todos los privilegios, porque al exceptuarse la norma óptima de la igualdad de trato, toda interpretación expansiva supone incidir en los efectos perversos del privilegio⁹². Como se ve, el anterior planteamiento estriba en dos principios hermenéuticos: interpretación conforme a su función e interpretación conforme a su carácter excepcional. Ambos enfoques coinciden en una aproximación restrictiva al ámbito de los privilegios.

2. Oportunidad y conveniencia de los privilegios concursales

La concurrencia de créditos sobre un mismo patrimonio que se anuncia insuficiente es el origen de la concursalidad, y la regla óptima acogida por el legislador es el principio de igualdad de trato. La proposición anterior, reiterada con una u otra formulación a lo largo del texto, no puede hacernos perder de vista la existencia de tratos privilegiados, grados u orden de prelación. Estas excepciones al principio de la *par conditio* nos han hecho afirmar que en el proceso de graduación y liquidación de los créditos rige realmente el principio contrario al inicialmente enunciado: el principio de prelación⁹³. Planteado en estos términos, parece que la existencia de los privilegios convierte al sistema concursal en una paradoja, pues definido como óptimo un sistema, el ordenamiento opta por el contrario.

Afrontamos ahora el intento de investigar cuál es la motivación que induce a ese comportamiento por parte del legislador para poder estudiar la justificación o legitimidad, no ya de cada uno de los elementos de esas excepciones, sino de la categoría de privilegios.

⁹¹ Es la posición sostenida por CORDERO LOBATO, quien defiende la interpretación restrictiva de los privilegios «No porque se trate de normas que excepcionan la aplicación de la regla de la *par conditio creditorum*, sino porque, en este caso, la excepcionalidad carece de justificación...» (*op. cit.*, nota 22, p. 54).

⁹² Posición sostenida por CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, nota 18, p. 1285, y SACRISTÁN REPRESA, «Comentario a la STS de 21 de junio de 1984», *CCJC*, núm. 6, septiembre-diciembre de 1984, p. 1890, quien opina: «Personalmente estimo atendibles las razones que apoyan una interpretación restrictiva, acorde con la convicción que se extiende hoy entre los juristas, de la necesidad de fortalecer en el ámbito de las instituciones concursales el principio de la *par conditio creditorum*, y de hacer de esta idea uno de los criterios de modernización y mejora del Derecho concursal».

Vid. adde. la STS de 21 de mayo de 1987, para la que el principio de la *par conditio creditorum* obliga a interpretar los privilegios de los acreedores restrictivamente.

⁹³ Que en ocasiones es presentado como una exigencia de justicia. En este sentido la explicación de Díez-Picazo (*op. cit.*, nota 43, pp. 293-294), quien afirma: «La graduación es una operación que viene impuesta por el hecho de que, aunque el concurso se rige básicamente por el principio de *par conditio creditorum*, esto es, por la idea motriz de que todos los acreedores son de igual condición frente al patrimonio del deudor común, algunos créditos, por razones de política económica o de política social, es justo que sean antepuestos a los demás.

a) *Notas sobre la defensa del sistema de privilegios.*
Beneficio colectivo y aversión al riesgo

Y es que la existencia de privilegios no debe ser por sí misma estigmatizada como contradictoria con el proceso concursal, pues en ocasiones el establecimiento de un privilegio puede resultar un eficaz incentivo de comportamientos en los que, persiguiéndose el interés particular de un acreedor, se adopte un comportamiento que redunde en beneficio del colectivo de la masa pasiva o, por lo menos, reduzca el daño al colectivo por depreciación del patrimonio del deudor.

Esta segunda vertiente fue explotada por los defensores del pretérito sistema de privilegios. La idea básica era que un crédito que se privilegia reduce su costo y, consecuentemente, reduce el pasivo del deudor⁹⁴. Ahora bien, ese planteamiento desplaza una parte del coste del crédito hacia los acreedores ordinarios. Los acreedores, en función de la valoración que hacen del riesgo de insolvencia del deudor, conceden sus créditos. Aquellos acreedores que consideren que este riesgo de insolvencia es bajo, exigirán una retribución menor por tal riesgo (prima de riesgo del crédito). Por contra, aquellos acreedores que consideren que el riesgo de insolvencia es elevado exigirán una prima de riesgo más elevada y, por tanto, sus créditos tendrán un mayor coste. Una forma de reducir el coste de esa prima de riesgo es reducir el efecto negativo que el acaecer de la insolvencia tendría sobre esos acreedores, con lo que reducirán su prima de riesgo⁹⁵.

Un discurso paralelo puede hacerse en función del comportamiento de los acreedores frente al riesgo⁹⁶. Aquellos que sean manifiestamente aversos al riesgo exigirán una prima superior al daño que sufrirían si el deudor deviniese insolvente⁹⁷; la reducción de tal prima exigirá reducir el daño que sufrirían si efectivamente llega la insolvencia del deudor. Por su parte, los acreedor inclinados al riesgo exigirán una prima menor⁹⁸. Los beneficios de este planteamiento serían tanto mayores cuanto mayor fuese el plazo de vencimiento de los créditos, pues la incertidumbre sobre la insolvencia aumentaría⁹⁹.

Se ha pretendido también ver en el sistema de garantías privilegiadas un factor más para la eficiencia del sistema. La negociación de una garantía sólo es eco-

⁹⁴ Así, señala CABRILLO, *op. cit.*, nota 24, p. 118, que: «la existencia de los privilegios es eficiente, en cuanto los beneficios que la empresa deudora y los acreedores privilegiados obtienen son superiores a las pérdidas ocasionadas a los acreedores ordinarios». *Vid. adde.* CORDERO LOBATO, *op. cit.*, nota 22, p. 28, y DRUKARCZY, *op. cit.*, nota 31, p. 219.

⁹⁵ *Vid.* GARRIDO, *op. cit.*, nota 21, p. 67.

⁹⁶ Específicamente sobre el comportamiento frente al riesgo y quiebra puede verse a WHITE, «Efficiency Justifications for Personal Property Security», *Vand. Law Journal*, 473, 1984, pp. 491-502.

⁹⁷ *Vid.* CABRILLO, *op. cit.*, nota 24, p. 120.

⁹⁸ Empero tan idílico planteamiento contrasta con el sostenido, quizás con más realismo por el Prof. OLIVENCIA, *op. cit.*, nota 63, pp. 320-321, según el cual, en el sistema de privilegios han ido situándose en lugares de preferencia los intereses dominantes en cada momento. Nuestro Derecho —añade— prima especialmente a los acreedores mercantiles y, dentro de la clase, a los que más desconfianza o menos complacencia han dispensado al deudor, a expensas de quienes, más inexpertos o pacientes, han intentado salvarlo de su difícil situación.

⁹⁹ *Vid.* SCHWARTZ, *op. cit.*, nota 31, pp. 13-14; CABRILLO, *op. cit.*, 24, p. 120.

nómicamente eficiente si con ella se obtiene un crédito adicional o un crédito a menor coste. La disponibilidad o la reducción de costes en cualquier caso debe superar los propios gastos de negociación de la garantía, de manera que las partes únicamente pactarán una garantía cuando el beneficio exceda de los costes de la misma por lo que la posición del pasivo mejorará ¹⁰⁰.

Tales soluciones precisan para ser válidas de la existencia de un nivel suficiente y común de información. Esta información se supone que la facilita el propio deudor, dado que es el sujeto que la puede conseguir a más bajo coste, y considerando que el coste de obtención de esa información por los acreedores le sería repercutido directamente en el crédito.

b) *Notas sobre las falacias en torno a los privilegios*

Las proposiciones anteriores tienen, sin embargo, algunas fallas. En primer término, si se afirma que todos los acreedores tiene un nivel de información similar, el resultado no sería la obtención de beneficios por el carácter privilegiado de unos créditos, sino que la situación se equilibraría, ya que la empresa no obtendría ventajas de garantizar determinados créditos, pues el menor coste de éstos se vería compensado por el mayor de los créditos ordinarios.

Desde nuestro punto de vista, conviene hacer algunas matizaciones a dichas proposiciones y fijar algunos objetivos al sistema de privilegios. En primer término, se parte de un hecho dado que no es cierto: no todos los privilegios surgen de un proceso negocial en el que cada parte pudiese tutelar sus intereses, ni todos los acreedores pueden negociar garantías, ni todas las deudas tienen un origen negocial ¹⁰¹. Si, además, afirmamos que todos los acreedores de origen negocial incorporan el riesgo de insolvencia a su negociación, deberemos admitir igualmente que si los privilegiados reducen el coste de su crédito, también el riesgo de insolvencia repercutirá en el coste de los créditos no privilegiados. Además, y por ejemplo, existen acreedores extracontractuales sobre los que se hará recaer el daño derivado de la insolvencia sin que ellos puedan garantizar su crédito o exigir una contraprestación suficiente ¹⁰². Tampoco es correcto que todos los acreedores puedan acceder a un nivel de información suficiente o que ésta se pueda obtener a un coste

¹⁰⁰ *Vid.* SCHWARTZ, ob. ult. cit., pp. 1-7, y, entre nosotros, CORDERO LOBATO, *op. cit.*, nota 22, p. 29.

¹⁰¹ Una tesis sobre la que gravitan las afirmaciones comprendidas en el texto principal es que aquellos acreedores que, pudiendo negociar una garantía para su crédito no lo hicieron, es porque el riesgo de insolvencia les parecía menor que los costes inherentes a la negociación de la garantía. Por ello deberán estar privilegiados aquellos cuyos costes sean menores, por autotutela, y aquellos que no pudieron acceder al mercado de garantías (privilegios). Contrariamente a este poder de negociación, *vid.* recientemente ALBERT y ARTÉS-CASELLES, *op. cit.*, nota 4, p. 6, con ulteriores referencias.

¹⁰² En este sentido parece haber una tendencia entre nuestra doctrina a privilegiar (*proteger ex lege*) a aquellos acreedores cuyo derecho de crédito no deriva de un título contractual, sino que tiene su fuente en la ley. En este sentido puede verse a MENÉNDEZ, *op. cit.*, nota 62, p. 1324; CORDERO LOBATO, *op. cit.*, nota 22, p. 60; BISBAL, *op. cit.*, nota 6, p. 859; ALONSO LEDESMA, «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en GARCÍA VILLAVARDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Derecho Concursal*, Madrid, 2003, pp. 357-408, en especial pp. 385-386.

proporcionalmente igual. Podría así argüirse que aquellos acreedores que pueden obtener la información a un menor coste (*insiders*, acreedores profesionales o públicos) deben ser incentivados para hacer públicas sus informaciones mediante la obtención del beneficio derivado de un privilegio, y que la exigencia de garantías para la protección de su crédito será interpretado por los restantes acreedores como una señal al mercado de la desconfianza que merece el deudor¹⁰³. Este enfoque del privilegio como señal, en nuestra opinión, sólo es útil en un sistema en el que la prioridad temporal fuese la regla general en convivencia con un catálogo de privilegios. La aparición del privilegio sirve de aviso a los acreedores posteriores, que saben que el sujeto garantizado ha detectado un nivel suficiente de riesgo de insolvencia tal que habría optado por garantizar el crédito en lugar de aumentar el coste del mismo. En un sistema que parte de la regla general de la paridad de trato, la adopción de la garantía privilegiada puede producirse en cualquier momento sin que tenga utilidad informativa para acreedores anteriores¹⁰⁴. El resultado, sin embargo, es que los acreedores públicos no están incentivados a generar información y que sus créditos no tienen origen negocial; que los acreedores privados tampoco servirán para emitir información por cuanto sus comportamientos estratégicos no tienen por qué estar vinculados a situaciones de insolvencia detectada; y que los *insiders* no deben ser privilegiados por causantes de la insolvencia y que su carácter de subordinados impulsará que eviten la declaración de tal insolvencia.

Igualmente falaz es afirmar la imposibilidad de previsión de la insolvencia como considerar paritaria la capacidad de los acreedores en detectarla e introducirla en la negociación de su crédito¹⁰⁵. Siendo, por tanto, previsible la insolvencia, y disponiendo los acreedores de medios para desarrollar un comportamiento de pillaje desde el momento en que se detecta la insolvencia, el Derecho concursal, a los efectos de poder maximizar el valor del patrimonio del deudor, debe impedir que durante el periodo en el que su posibilidad es significativa se disponga de ese patrimonio de un modo distinto a como se dispondría de él en el procedimiento concursal¹⁰⁶. Dado que se trata sólo de la previsibilidad de la insolvencia, el mejor modo de obligar a los acreedores a conducirse de forma cooperativa desde el comienzo es establecer un sistema que se desencadene *ex post*. Ello justifica la conveniencia de modificar en sede concursal la disciplina de las obligaciones preconcursales que se hayan establecido teniendo en cuenta la posibilidad real de insolvencia (en este sentido el artículo 71 "Ley Olivencia").

Por otra parte, en ocasiones los planteamientos sobre los privilegios parten de un enfoque cuestionable. Se dice que, en efecto, el Derecho concursal debe repro-

¹⁰³ Vid. S. A. Ross, «The determination of Financial Structure: the Incentive-Signalling Approach», *Bell Journal of Economics*, 1977, núm. 8, pp. 23 ss., y SCHWARTZ, *op. cit.*, nota 31, pp. 14-21.

¹⁰⁴ Desde esa perspectiva, el privilegio del instante (art. 91.6 "Ley Olivencia") debe ser favorablemente valorado. Ahora bien, no se consigue por esta vía que el comportamiento de los acreedores con posibilidad de detectar el riesgo de insolvencia con menores costes tenga utilidad para los restantes acreedores antes de que adquieran la condición de acreedores.

¹⁰⁵ Vid. BISBAL, *op. cit.*, nota 6, pp. 857-858, y GARRIDO, *op. cit.*, nota 21, p. 109.

¹⁰⁶ El Derecho concursal reduce así coactivamente los costes derivados de comportamientos estratégicos de los acreedores en la etapa previa al concurso; vid. JACKSON, «Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements, and creditors' bargain», *Yale Law Journal*, núm. 91, 1982, pp. 857 ss., en especial p. 862.

ducir *ex post* el resultado al que habrían llegado los acreedores, sin costes de transacción inaccesibles, *ex ante*, y, sin embargo, se aborda el problema de los incentivos concursales desde un planteamiento más acorde al sistema del pillaje que a comportamientos cooperativos. Además, se parte de otra premisa que es cuestionable, pues cabe pensar como hipótesis que no existan privilegios y, en consecuencia, la posibilidad de no asumir el coste de la insolvencia quedaría fuera de la negociación, por lo que no se exigirán contrapartidas por asegurar o no los créditos¹⁰⁷. Por contra, las aproximaciones al problema del concurso parten siempre de la renuncia a la paritaria imputación del riesgo y a la distribución proporcional del daño; así, tomando como punto de partida el principio de prelación, se centran en imputar el daño gradualmente¹⁰⁸.

c) *Notas para la imputación de tratos privilegiados*

1. La imputación del coste de detección de la insolvencia. El *timing problem*

Ante la posibilidad de que se produzca un estado de insolvencia deben habilitarse desde el ordenamiento soluciones consistentes en cómo hacer menor el daño causado por la insolvencia. Una primera vía para reducir tal daño es la de crear incentivos o castigos que generen una rápida¹⁰⁹ detección del desfase patrimonial.

Entre el colectivo de acreedores y el sujeto que va a detectar la insolvencia existe una relación de agencia¹¹⁰. Sin embargo, no puede conocerse quién va asumir la función de agente, por lo que transaccionalmente no puede dispensarse un *trade*

¹⁰⁷ Vid. SCOTT, «A relational theory of secured financing», *Columbia Law Review*, vol. 86, núm. 5, junio de 1986, p. 913.

¹⁰⁸ Un ejemplo de este planteamiento es el sostenido por BISBAL, cuando afirma que reconocer que no todas las categorías de los acreedores han podido reflejar en las condiciones de su crédito la información necesaria para prever la insolvencia, indica la conveniencia de introducir otro criterio que permita considerar esa diversidad —o si se quiere— esa asimetría en la información. Ahora no se trata de renunciar a la *par conditio creditorum* que, como hemos visto, es una regla razonable en el interior de cada clase, sino de alterar las relaciones externas de las clases en función del grado de previsibilidad de la insolvencia. El fundamento de esa alteración, como se ve, no se halla en la justicia del reparto, sino en la conveniencia de desactivar la posibilidad de cualquier comportamiento estratégico que malbarate el valor del patrimonio del deudor antes de que la insolvencia se declare abiertamente. Vid. BISBAL, *op. ult. cit.*, p. 858. Por contra, parece que la dirección de la reforma de nuestro Derecho concursal ha tendido a hacer prevalente el principio de *par conditio* también en el proceso de liquidación del patrimonio. Así, ya ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *op. cit.*, nota 11, p. 528, consideraba que la reforma debe orientarse en el sentido del retorno al principio de la *par conditio creditorum*, reduciendo al máximo tanto las ejecuciones separadas como los derechos de cobro preferente sobre el precio de una cosa determinada. Recuérdese al respecto que la eficiencia del sistema concursal debe medirse en función de la minimización de costes sociales; es preciso, en primer lugar, tratar de identificar cuáles son esos costes en el caso específico de los procedimientos concursales y que los privilegios son, en sí, generadores de costes, pues estimulan comportamientos no cooperativos.

¹⁰⁹ Vid. GARRIDO *op. cit.*, nota 33, pp. 799 ss., *passim*. Add. JACKSON, *op. cit.*, nota 20, pp. 193 ss., y ROJO, *op. cit.*, nota 4, pp. 113-117.

¹¹⁰ Vid. FRIERMAN y VISWANATH, «Agency problems of debt, convertible securities, and deviations from absolute priority in bankruptcy», *J. L. & E.*, 1994, october, pp. 457-460; K. H. DAIGLE y M. T. MALONEY, «Residual claims in bankruptcy: an agency theory explanation», *J. L. & E.*, 1994, april, pp. 157-192;

off sobre los costes y beneficios. Esto nos lleva a que deba ser el ordenamiento el que incorpore un sistema de incentivos y castigos. Ante la insolvencia es necesario que el Derecho concursal impute las funciones de vigilancia a aquel que pueda asumirlas al menor coste. Desde esa perspectiva, es deseable incentivar la especialización en labores de *monitoring*¹¹¹. La función de detección puede encomendarse (incentivarse o castigarse) tanto al propio deudor¹¹² como a los acreedores¹¹³.

¿Cómo afronta el sistema actual este problema? Obviamente los acreedores invertirán en control y vigilancia del deudor en la medida en que ello suponga un beneficio o, al menos, una reducción de las pérdidas que ha de sufrir por la insolvencia. En nuestro sistema actual hay que distinguir previamente entre dos tipos de acreedores: los llamados acreedores de la masa y los acreedores concursales. A los primeros no se les puede imputar la labor de vigilancia, ni incentivar que controlen al deudor, ni castigar su indolencia. La razón es muy sencilla: sus créditos surgen precisamente con posterioridad a la insolvencia, por lo que previamente no tenían interés alguno en la marcha del empresario. De la misma forma, el que tales acreedores tengan derecho a la prededucción de sus créditos es inocuo desde la perspectiva en que nos encontramos.

Así, las labores de vigilancia son propias de los acreedores concursales. Los acreedores con privilegios especiales no soportan el daño de la insolvencia, ni sufren mayor perjuicio porque ésta no se detecte oportunamente siempre y cuando el bien sobre el que recae su privilegio sea suficiente para satisfacer la deuda del concursado; por ello se puede decir que carecen de incentivos para vigilar la solvencia del deudor, y, sin embargo, se encuentran entre los sujetos con mayor capacidad de control y a menor coste. Similares consideraciones pueden hacerse de los acreedores privilegiados que ocupen los primeros grados en el orden de prelación¹¹⁴.

Los acreedores subordinados tampoco encuentran incentivos para la vigilancia del deudor por motivos cercanos a los que acabamos de manejar. Puesto que existen acreedores con derecho de prededucción y privilegiados, el acreedor subordinado sabe que el efecto de la concursabilidad será que su crédito no será satisfecho o lo será mínimamente. ¿Qué se incentiva con esto? Un comportamiento no cooperativo. Iniciará la ejecución singular, puesto que, en caso de llevar la ejecución a

este último trabajo es de gran interés; además, contiene una muy completa referencia comentada a la bibliografía existente sobre teoría de agencia y quiebras, si bien con el desfase temporal propio de su fecha de edición (pp. 159-161).

¹¹¹ Vid. JACKSON y KRONMAN, *op. cit.*, nota 38, p. 1143; CABRILLO, *op. cit.*, nota 24, p. 120. *Adde. vid.* GARRIDO, *op. cit.*, nota 33, p. 801.

¹¹² Así, JACKSON, *op. cit.*, nota 20, pp. 193-208.

¹¹³ Hasta donde conocemos, la propuesta inicial fue de LOPUCKI, «A general theory of dynamics of the state remedies/bankruptcy system», *Wisconsin Law Review*, 1982, pp. 311 ss.

¹¹⁴ En este sentido advertía el Prof. MENÉNDEZ: «...el acreedor privilegiado carece de interés en que se abra oportunamente un procedimiento concursal, pues, al gozar de privilegio, puede demorar la adopción de la medida dirigida a la satisfacción del crédito sin que dicha satisfacción quede, por ello, comprometida», MENÉNDEZ MENÉNDEZ (*op. cit.*, nota 62, p. 1323). *Vid. adde.* DRUKARCZY (*op. cit.*, nota 31, p. 205). De forma coincidente, PULGAR EZQUERRA, «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», en GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO ÚREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Derecho Concursal*, Madrid, 2003, pp. 55-135, en especial pp. 126-127.

término, obtendrá un pago total. Al no tener ningún estímulo para iniciar un procedimiento concursal, intentará cobrar en ejecuciones singulares hasta que sea posible, momento en el cual el patrimonio del deudor estará vacío. Para solucionar el *timing problem* se propuso crear un privilegio para el acreedor instante. Se supone que precisamente aquellos acreedores ordinarios encontrarían así el estímulo necesario para la vigilancia de la situación patrimonial del deudor, porque, solicitada la quiebra, sus créditos mejorarían en la prelación¹¹⁵. La propuesta que ha sido acogida en la "Ley Olivencia" es claramente interesante, no obstante lo cual, se le pueden hacer algunas matizaciones: en primer término, parte de la premisa de un sistema de prelación como el propio de los Códigos de Comercio, donde el conflicto entre los acreedores se sustancia en movimientos a lo largo de la escala de la prelación. Como hemos reiterado, en nuestra opinión, se debe restablecer el principio de paridad de trato y, sólo excepcionalmente, admitir privilegios.

En segundo término, el acreedor ordinario es quizás también el que a mayor coste puede prever la insolvencia del deudor, pues la captación de información le requiere afrontar unos costes de vigilancia grandes, por lo que no siempre el valor emergente por su actuación compensará el coste necesario¹¹⁶. Añádase a lo anterior que si el acreedor ordinario tiene conocimiento de la insolvencia, muy probablemente intentará de forma previa la ejecución individual que, de prosperar, garan-

¹¹⁵ La "Propuesta Rojo" incentivaba más la actitud vigilante de los acreedores, pues el privilegio se extendía a la mitad del crédito (art. 125.1.7.º), al tiempo que le señalaba para adquirir la condición de síndico (art. 29.2). PULGAR, *op. ult. cit.*, advierte de la posibilidad, por no incluirse límite alguno respecto de la cuantía de la masa, de que este privilegio suponga el vaciamiento de la masa y, por ello, el fin de las expectativas de los acreedores comunes, presuntos beneficiarios de la «señal de alarma» que emite el instante. *Vid.* GARRIDO, *op. cit.*, nota 33, pp. 804-805, y la bibliografía que allí se cita. Esta propuesta pasa por la indubitable consideración como deudas de la masa, de los gastos de iniciación del procedimiento, si bien esta necesidad ya está solventada a juicio de la doctrina. *Vid.* BELTRÁN, *op. cit.*, nota 9, pp. 137-138. Véase el artículo 84.2.2.º "Ley Olivencia". Además de los beneficiosos efectos de la propuesta consignados en el texto, añade GARRIDO dos datos más. Este privilegio «disminuye los incentivos para utilizar la ejecución singular, ya que mientras ésta se desarrolla puede ocurrir que otro acreedor inste la quiebra y adquiera un derecho de prelación frente al acreedor que solicitó la ejecución singular» y «el privilegio obedece, además, a razones objetivas de equidad: el acreedor instante realiza un acto que beneficia al resto de los acreedores: no parece exagerado ni incorrecto que reciba algún tipo de compensación» (GARRIDO, *op. ult. cit.*, pp. 812-813). Contraria a la medida, ALONSO LEDESMA, *op. cit.*, nota 102, p. 387, la considera "superflua" y "peligrosa", entrando en debate con GARRIDO, *op. cit.*, nota 12, pp. 237 s.

¹¹⁶ Quizás por ello en el proceso de reforma de la legislación concursal germana se propuso que se dedicara un porcentaje del valor de los bienes que garantizan créditos privilegiados a la satisfacción de los gastos procesales y al reparto entre los acreedores ordinarios. Esto debía suponer un incentivo a los acreedores ordinarios a estimular procedimientos de quiebra, pues con ello su garantía se vería acrecentada con este incremento; CABRILLO, *op. cit.*, nota 24, p. 122. Este problema suscitó una gran controversia, pues la Comisión Alemana sobre la Ley de Quiebra propuso respetar en principio los acuerdos contractuales de garantía, pero reduciendo un 25 por 100 las pretensiones de los acreedores que tuvieran derechos sobre la propiedad en la quiebra. Esta propuesta se basaba en dos argumentos principales: 1) que los acreedores garantizados no tendrían posibilidades de adoptar posiciones completamente cubiertas porque las capacidades de control de los acreedores no asegurados no se pueden considerar elevadas; y 2) que la posición de los acreedores no garantizados en los procedimientos de quiebra no es tan relevante como para compensar el hecho de que la mayoría de los acreedores de garantía real no acceden lo suficiente a registros públicos, DRUKARCZY, *op. cit.*, nota 31, p. 205.

tizaría la totalidad de su crédito¹¹⁷. La iniciativa del concurso debe tenerla aquel a quien menores costes le reporte la captación de la información. En este sentido, es el deudor quien puede hacerlo a menor coste. La solución, sin embargo, en nuestra opinión, no pasaba por concederle un beneficio o incentivo, pues sería inícuo conceder ventajas al causante del daño común de los acreedores; así, la alternativa debía inclinarse por desincentivar una inoportuna solicitud de declaración de quiebra en el deudor, mediante la imposición de correctivos, que podrían llegar incluso a la trascendencia penal, por los retrasos maliciosos¹¹⁸. Realmente, la "Ley Olivencia" ha incorporado también estímulos a la solicitud del concurso voluntario (arts. 22.1, 40.1, 40.2, 105.6), así como sanciones al deudor que incumpla el deber de solicitar el concurso (arts. 5, 105.6, 165.1)¹¹⁹.

2. Imputación del daño de la insolvencia

El daño derivado de la insolvencia debe imputarse a quien pueda controlarlo a menor coste. En su defecto, tal imputación debiera realizarse a quien pueda asegurarlo a menor coste, o, por último, al que menos quebranto le produzca. Esta lógica de la imputación, debe interpretarse, no supone la renuncia al principio de proporcional reparto del daño causado por la insolvencia, sino que pretende, una vez acaecida la misma, que el sistema concursal proyecte su eficacia *ex ante* procurando un castigo a aquellos comportamientos que, pudiendo controlar el riesgo de insolvencia a bajo costo, no lo hicieron, causando con ello un quebranto a la colectividad de acreedores. Introducir ese castigo no es más que estimular comportamientos diligentes *ex ante*.

Así, consideramos que tras la poda de privilegios debe subsistir un trato discriminatorio para aquellos sujetos a los que en lógica económica debiera imputarse el daño. Por tanto, la regla general propugnada sigue siendo la *par conditio creditorum*. Este planteamiento choca con otras aproximaciones al problema de los privilegios, pues parten de la prevalencia del principio de prelación y pretenden introducir nuevos grados que protejan a acreedores con pocos medios para su auto-defensa¹²⁰. En nuestra opinión, tal posibilidad sólo encuentra justificación en el caso de acreedores extracontractuales, pues el riesgo de insolvencia no es más que

¹¹⁷ Así, ALONSO LEDESMA, *op. cit.*, nota 102, pp. 387-388.

¹¹⁸ De injusta califica la posibilidad de incluir privilegios a favor del deudor, o afines, FERNÁNDEZ DEL POZO, «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal», en Á. ROJO (dir.), *La Reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, pp. 9-86, en particular, p. 22, nota 24.

¹¹⁹ *Vid.* una exposición del sistema en PULGAR EZQUERRA, *op. cit.*, nota 114, pp. 120-125.

¹²⁰ Este planteamiento, por ejemplo, es el sostenido por CORDERO LOBATO, en cuya opinión el privilegio deberá ser disfrutado por acreedores que no estén en condiciones de disponer de otro medio de evitación del riesgo de insuficiencia patrimonial de su deudor. Esta imposibilidad de acceso al mercado de garantías puede deberse a varias razones, entre las que se puede destacar: la escasa cuantía del crédito, carecer de poder de negociación... (CORDERO, *op. cit.*, nota 22, p. 58). Para comprender la posición de la autora añadamos que, en su opinión, la posibilidad de que existan créditos privilegiados es una exigencia para el funcionamiento eficiente del sistema jurídico; pues teniendo en cuenta que la regla de la onerosidad de la prestación se incrementa cuando el riesgo de insolvencia es mayor, las garantías

una faceta más del riesgo empresarial asumido voluntariamente por todo sujeto cuando se interrelaciona. Así, no cabe afirmar que el acreedor por responsabilidad extracontractual deba asumir ningún tipo de riesgo empresarial. Este criterio ha sido asumido por la “Ley Olivencia” en el artículo 91.5.º al otorgar un privilegio general a los acreedores por responsabilidad extracontractual ¹²¹.

permiten reducir aquella onerosidad y, además, supondrán una reducción de los costes de vigilancia de la conducta del deudor; por otro lado, se evitarán costes de negociación entre los acreedores para determinar la prioridad entre sus créditos (CORDERO LOBATO, *op. ult. cit.*, p. 35). *Vid. addé.* JACKSON y KRONMAN, *op. cit.*, nota 38, pp. 1143 ss., en especial pp. 1148 y 1158 ss..

¹²¹ La “Propuesta Rojo” (art. 125.1.1.º) incluía como primer crédito con privilegio general el crédito extracontractual.