

¿Cómo sacar el activo de la masa del concurso del arrendatario financiero?

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Prolegómenos sobre naturaleza del *leasing*

- (1) No es nueva la doctrina jurisprudencial, ya consolidada, según la cual, con más o menos matices —pero en la práctica sustancialmente de manera uniforme—, el contrato de arrendamiento financiero no se reputa contrato bilateral (sinalagmático) del cual surjan obligaciones correspectivas continuadas para arrendador y arrendatario. El origen de esta tesis en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se retrotrae a su Sentencia de 19 de febrero del 2013 y es singular que se entronice dicha apuesta precisamente cuando la reforma concursal operada por la Ley 38/2011 hacía bastante más difícil encajar un argumento en este sentido; reforma que manifiestamente se produce en este punto para neutralizar la jurisprudencia del 2010 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que es la que finalmente ha terminado triunfando en el Tribunal Supremo, a pesar de que la reforma del 2011 se coló por medio, sin éxito, según se ha podido comprobar (*cfr.*, agudamente, SAP Burgos, Secc. Tercera, de 18 de diciembre del 2012, JUR 2013\40445).
- (2) La jurisprudencia al respecto es sistemáticamente opaca porque una vez y otra confunde la circunstancia de que el *leasing* sea o no un contrato bilateral
- (es evidente que lo es, y lo es durante toda la duración del contrato) y que se trate de un contrato bilateral con obligaciones respectivamente pendientes de cumplimiento por ambas partes cuando se declara el concurso del arrendatario. Que no sea lo segundo no equivale a que tampoco sea lo primero, ni tiene sentido referirse aquí al mal llamado *senalagma funcional*, en virtud del cual el contrato dejaría de ser sinalagmático desde el mismo momento en que una parte hubiera completado la prestación que le compete.
- (3) Con todo, el asunto anterior es de importancia menor, pues es cierto que a efectos de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal (LCon) importa si se trata de contrato con prestaciones correspectivas mutuamente pendientes de cumplimiento al tiempo del concurso. En otro caso, parece, el acreedor no puede resolver por incumplimiento del concursado, producido antes o después del concurso, aunque el contrato en cuestión resultara ser también sinalagmático. También vamos a dejar esta cuestión en los presentes términos y no especularemos sobre si cabe en el artículo 62 de la Ley Concursal resolver un contrato con el concursado cuando ya la parte *in bonis* ha realizado toda su prestación. La sentencia del Tribunal Supremo a la que

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

a continuación nos vamos a referir parece dar a entender que no cabe expandir los términos del artículo 62.1 de la citada ley para permitir resoluciones contractuales como la mencionada. Tampoco voy a profundizar en esta idea, que en el presente contexto me parece sin más un tributo pagado a prejuicios dogmáticos (*cf.*, en el buen sentido en este particular, SJMER Alicante 2, de 11 de abril del 2011, AC 2011\511).

- (4) Hasta el día de hoy, la jurisprudencia que negaba al contrato de arrendamiento financiero la cobertura de los artículos 61.2 y 62 de la Ley Concursal se había producido con carácter exclusivo con objeto de determinar el importante extremo de si las cuotas devengadas después del concurso tenían rango de deudas a cargo de la masa del arrendatario financiero *ex art.* 84.1.6.º de la Ley Concursal. El parecer negativo es ya unánime: dado que el contrato no generaba obligaciones recíprocas, las devengadas después del concurso eran, como los plazos de un préstamo, deudas concursales, en su caso asistidas de una «garantía real» a los efectos de producir el privilegio concursal del artículo 90.1.4.ª de la ley mencionada.

2. La sentencia

- (5) *La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio del 2016 va un paso más allá.* Sacando la natural consecuencia de la doctrina ya consolidada, sanciona que el arrendador financiero no puede resolver el contrato de *leasing*, con independencia de si el arrendatario incumple antes o después de la declaración de concurso. La doctrina de esta sentencia no es nueva en el panorama jurídico, y ya estaba adelantada enteramente, por ejemplo, en «Conclusiones VII Congreso Jueces de lo Mercantil» (Bilbao, octubre 2010).
- (6) ¿Qué puede hacer entonces el financiador ante este escenario usual de incumplimiento del arrendatario fallido? La sentencia nada dice sobre que

el arrendador pueda reivindicar el bien de la masa conforme al artículo 80 de la Ley Concursal. Tampoco explica que pueda reclamar el cobro de su crédito sobre la base de un privilegio concursal porque la sentencia —que cita de pasada el artículo 90.1.4.º— no aclara cómo podría existir un privilegio crediticio sobre «cosa propia del acreedor» (el error de perspectiva ya viene de lejos: STS de 28 de julio del 2011). La resolución se limita a sostener que los titulares de estos créditos «que reúnan los requisitos exigidos en el art. 56.1 de la LCon puedan ejercitar las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Inmuebles o formalizados en documento que lleve aparejada acciones de ejecución de garantías *reales* [*sic*]». Según la sentencia, la entidad financiadora no ha hecho uso de esta vía y se limitó a mencionar el artículo 56 «a los solos efectos del plazo previsto en tal precepto». La sentencia cita también el contenido del artículo 155.2 de la Ley Concursal, que, por el contrario, nunca sería aplicable a un arrendamiento financiero, salvo que —no se sugiere tal cosa en la sentencia— se entienda que la decisión de pagar tomada por la administración concursal comporte automáticamente la decadencia de la norma del artículo 82.5 y que el bien pase a propiedad del arrendatario, y de esta forma ya pueda, eventualmente, contar el arrendador en el futuro con ejecutar la garantía real (ya sobre bien «ajeno») en caso de que no se cumpla el compromiso de pagar las cuotas pendientes a su devengo. Porque si las cuotas futuras del *leasing* no son ya de suyo deudas de la masa por el artículo 84.1.6.º de la Ley Concursal (como yo creo que en efecto lo son), entonces no hay forma de convertirlas en deudas de masa por el artículo 155.2, porque, dígase lo que se diga, el arrendador financiero carece de un derecho real de garantía y carece de privilegio mientras la cosa no se encuentre en el patrimonio del arrendatario.

- (7) Lo más llamativo de la sentencia es la razón *sustancial* con la que quiere justificar que el arrendador financiero no pueda resolver. La cosa se justifica «porque en caso de acordarse la resolución del contrato y la restitución al arrendador de los bienes cedidos en arrendamiento financiero, se le estaría permitiendo extraer de la masa del concurso determinados bienes o derechos y librarse de sus consecuencias, frente a los demás acreedores concursales que deberían pasar por las consecuencias negativas que para su crédito supone la declaración de concurso».

3. Crítica

- (8) Para darnos cuenta del desatino con que se produce la sentencia, representémosnos una vez más qué es lo que podría hacer el arrendador financiero ante el impago de las cuotas, aparte de acomodarse estoicamente a la situación y reclamar la satisfacción de su crédito en convenio o en liquidación. Para empezar, no se podría llevar limpiamente el bien, porque para ello tendría que resolver previamente el contrato en el que se funda el derecho de uso del arrendatario. Salvo que —como resulta muy habitual en la práctica— la administración concursal y el arrendador *convengan en resolver* y que el segundo se lleve el activo inútil y costoso para el concurso. Fuera de esta excepción «fáctica», la imposibilidad de resolver comportaría igualmente la inviabilidad de querer sacar el activo de la masa del concurso.
- (9) Es claro que el artículo 56.1 *in fine* de la Ley Concursal está equiparando el remedio del arrendador financiero al que sería propio del titular de una garantía real. Pero no es una garantía real, sino una acción «recuperatoria» de los bienes cedidos en *leasing*. El propósito de la norma es atribuir (para bien y para mal) a las acciones recuperatorias de la disposición adicional primera de la Ley 28/1998 y del artículo 250.1.11.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) el mismo estatuto concursal que sería propio de las

garantías reales: posibilidades de «ejecución» (impropia) separada y sometimiento al plazo de espera anual que impone la norma. Esta vía singular no cursa como «ejecución privilegiada», sino como «recuperación» del activo, causalizada en una «resolución» contractual (*cf.* apartados 3 y 4 de la Ley 28/1998 y artículo 250.1.11.^o *in fine* LEC: «previa resolución del contrato»).

- (10) Incluso si se limitaran las opciones del arrendador a «ejecutar la garantía real» —suponiendo entonces que aquél ha insinuado en el concurso la totalidad de su crédito más la cuota de opción de compra final, de forma que la cosa pasa a ser propiedad del concursado— es así que de nuevo el activo saldría de la masa activa del concurso y el financiador cobraría con privilegio, con lo que también fracasaría el argumento sustancial de la igualdad de armas de todos los acreedores en el concurso.
- (11) La resolución contractual es tan necesaria para conseguir la «recuperación» en especie a que se refiere el artículo 56.1 de la Ley Concursal como lo sería para obtener la restitución fundada en la *reivindicatio* concursal del artículo 80 de la misma ley. También en este segundo caso sería preciso resolver previamente como condición para «sacar» los bienes de la masa y ser «puestos a disposición del arrendador financiero» (disp. adic. primera, n.º 5 II de la Ley 28/1998).
- (12) En otros términos, si el arrendador financiero es «propietario» de los bienes, como quiere el artículo 82.5 de la Ley Concursal o si pretende recuperarlos en su calidad de acreedor insatisfecho, ya por vía de la «resolución ordinaria» del artículo 62 de dicha ley, ya por vía de la resolución específica de la disposición adicional primera de la Ley 28/1998, lo cierto es que en todo caso es precisa una resolución. Y, si no se quiere acceder a que el arrendador financiero pueda resolver mediante el incidente genérico resolutorio del artículo 62.1, habrá que permitirle al menos que articule

un incidente resolutorio específico para que pueda hacerse efectiva la «propiedad» que le reconocen los artículos 82.5 y 56.1 de la Ley Concursal.

- (13) El arrendador financiero no necesita «pasar» por el artículo 62.1 para acceder al nicho procesal resolutorio específico del artículo 56.1, ambos de la Ley Concursal, ni tan siquiera para resolver por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso. De hecho, tampoco añadiría nada que pudiera o debiera pasar por aquel precepto antes de acceder al nicho específico, porque en todo caso el incidente de resolución del artículo 62.1 tendría que cursar por la vía del juicio verbal propio de la disposición adicional primera de la Ley 28/1998 y del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- (14) En consecuencia, lo único particular de la resolución singular de que tratamos es que ha de estar sujeta a los plazos y modos del artículo 56 y quedará suspendida y rehabilitada en los mismos tiempos y causas que se establecen para la ejecución de garantías reales. Y sólo cuando se trate de bienes necesarios, que no será el caso cuando la empresa deje de seguir funcionando tras la declaración de concurso. No cuestionamos ahora si este régimen *multinivel* tiene sentido y si no hubiera sido óptimo reconducir toda la especie al artículo 62 de la Ley Concursal.
- (15) Por tanto, es erróneo suscitar el fundamento sustancial a que se refiere la sentencia para privar al arrendador financiero de la vía de resolución. Pues es evidente que de una manera u otra puede resolver y sacar el activo de la masa activa y que de una manera u otra no

se le puede imponer la misma condición de sujeción a convenio que es propia del resto de los acreedores. No hay una *par conditio* que se permita hurtar el recurso a la resolución.

- (16) Y, si es el caso que el acreedor va a poder resolver el contrato y que esta posibilidad es incontestable, no tiene ningún sentido especular si se está ejerciendo la acción a través del «nicho resolutorio» del artículo 62.1 o del «nicho recuperatorio» del artículo 56.1, siempre que se respeten los plazos y condiciones de este último. Por tanto, no es que el acreedor tuviera que haber acudido a otra vía, como si se tratara de una resurrección de los procedimientos *per formulas*, sino que el acreedor sólo podrá resolver en los tiempos y modos marcados por el artículo 56.1 de la Ley Concursal y con sujeción a la normativa procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley 26/1998, que a estos menesteres despliegan también efectos concursales.
- (17) Finalmente, es en propio daño del concurso que se niega la posibilidad de aplicación de los artículos 61.2 y 62 de la Ley Concursal. Con ello se está privando a la administración concursal de la posibilidad de resolver el contrato cuando la continuidad del *leasing* no interese al concurso, solución absurda, pero de implacable lógica, como se sostiene, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, de 23 de enero del 2013 (AC 2013\654). Se está también privando a la masa del concurso del remedio excepcional del artículo 62.3 cuando la continuidad del contrato se corresponda con el interés del concurso, aun existiendo causa de resolución.