

# MEDIDAS CAUTELARES DE EMBARGO EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Y SUS REQUISITOS

**M.<sup>a</sup> DEL MAR CABREJAS GUIJARRO**  
*Magistrada*

**Palabras clave:** concurso de acreedores, medida cautelar: requisitos.

## **ENUNCIADO**

La medida cautelar contemplada en el artículo 48.3 de la Ley Concursal ampara la posibilidad de trabar embargo en los bienes pertenecientes a los administradores sociales de una entidad declarada en concurso cuando concurren una serie de circunstancias que se contemplan como requisitos específicos para su adopción; el objeto del presente caso versa sobre la interpretación de la suficiencia de dichos requisitos a la hora de tomar la decisión de oficio por el juez mercantil o a instancias de la Administración concursal puesta de manifiesto por las distintas Audiencias Provinciales, o la necesidad de aplicar extensivamente los recogidos con carácter general en la regulación de las medidas cautelares de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

## CUESTIONES PLANTEADAS:

Concurso de acreedores: medida cautelar de embargo de bienes a los administradores sociales.

## **SOLUCIÓN**

En un primer momento procede recordar que el artículo 48.3.º de la Ley Concursal permite al juez del concurso, de oficio o a instancia de la Administración concursal, ordenar el embargo pre-

ventivo de bienes y derechos de los administradores de hecho o de derecho de la concursada, y de quienes hubieran tenido dicha condición dentro de los dos años anteriores a la declaración, cuando «de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas». Dicho precepto, pues, debe ponerse en relación con el artículo 164 de la misma Ley Concursal, que establece los títulos de imputación de culpabilidad, y con el artículo 172.3.º, por el que «si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa».

La cuestión que se viene planteando por las Audiencias Provinciales está constituida por la exigencia, para adoptar tal medida, de los requisitos únicamente exigidos en el artículo 48.3 de la Ley Concursal, o la necesidad de añadir los requisitos generales previstos para la adopción de las medidas cautelares en el procedimiento civil ordinario.

Efectivamente, parte de la doctrina difiere sobre si los requisitos del artículo 728 de la LEC deben también exigirse cuando se presenta un supuesto de los del artículo 48.3 de la Ley Concursal (entre ellos los Autos de los Juzgados de lo Mercantil 2 de Barcelona de 5 de mayo y 18 de julio de 2005, además de los Autos JM-1 Vizcaya de 23 de marzo de 2005, JM-3 Barcelona de 18 de febrero de 2005, JM-2 Barcelona de 18 de julio de 2005, donde parecen bastar los requisitos del art. 48.3 de la Ley Concursal); otra parte de la doctrina entiende que tales requisitos se hallan implícitos, los del artículo 728 de la LEC en el artículo 48.3 de la Ley Concursal (como el Auto JM-1 de Cádiz de 5 de mayo de 2006 y el Auto JM-5 de Madrid de 10 de octubre de 2005); por último, están los que consideran que los artículos 48.3 de la Ley Concursal y 728 de la LEC se deben integrar (como en la SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2006).

Como ejemplo de la doctrina que entiende que los requisitos del artículo 728 se hallan implícitos en el artículo 48.3 de la Ley Concursal, encontramos el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 17 de junio de 2009, cuando establece que «el artículo 48 de la Ley Concursal viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar, conforme al artículo 172.3 de la Ley Concursal, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. De otra parte, el *periculum in mora* estriba en evitar que durante la tramitación del concurso de administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer conforme al citado artículo 172.3 de la Ley Concursal».

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, en Auto de 25 de junio de 2008, reconoce que la medida cautelar prevista en el artículo 48.3 de la Ley Concursal contiene unas particularidades que avalan su especial dureza, destacando «la posibilidad de acordarla de oficio,

lo que no es posible según el régimen general de la LEC (art. 721), con la lógica consecuencia de la no necesidad de caución propia del régimen general (art. 728.3 de la LEC), sin que sea preciso esperar al informe de la calificación del concurso del artículo 169.1 de la Ley Concursal y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 de la Ley Concursal)»; reconoce a su vez otros requisitos ya subsumidos en el propio artículo 48.3 como cuando afirma que «y otros animan la adopción de cualquier medida cautelar, como el peligro en la mora y la apariencia de buen derecho (art. 728 de la LEC), que se entienden ya subsumidos en la especial situación que describe el artículo 48.3, es decir, una fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas; o la admisión de la posibilidad de caución sustitutoria, aunque restringida por el legislador a un aval de entidad de crédito». Mas finalmente opta por la integración de dicha medida dentro del régimen general previsto en los artículos 722 y siguientes de la LEC al afirmar que «como ya hemos tenido ocasión de señalar, la regulación específica del artículo 48.3 de la Ley Concursal, que singulariza el embargo al administrador frente al régimen general de las medidas cautelares previstas en los artículos 722 y siguientes de la LEC, es insuficiente y debe ser integrada con el referido régimen general e interpretada de forma sistemática con las normas que regulan la calificación concursal (arts. 163 y ss. de la Ley Concursal). Estas especialidades no empecen a la referida relación de accesoriedad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores (o liquidadores) por los créditos no satisfechos con la liquidación, ni a que, en función de ello, deban cumplirse los requisitos generales del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, analizados siempre en relación con dicha acción principal».

En el mismo sentido se pronuncian la mayoría de las Audiencias, destacando la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, Auto de 31 de octubre de 2007, en la que se afirma que «es opinión común y criterio general de las resoluciones judiciales que el precepto de mención no regula de forma completa la mecánica de este embargo, por lo que ha de ser integrado con otras normas, como el artículo 172.3 de la Ley Concursal, que vincula el embargo a la posible condena de los gestores sociales al pago de los créditos que integran la masa pasiva en la sentencia que pone término a la sección de calificación, y los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, que establecen los supuestos y presunciones para que el concurso pueda ser declarado culpable. Asimismo, y como quiera que no contiene ninguna norma de carácter procesal, a diferencia de lo que sucede con el artículo 17 de la Ley Concursal, el artículo 48.3 de la Ley Concursal ha de ser completado con las disposiciones dedicadas a las medidas cautelares que contiene la LEC, a la que la disposición final quinta de la Ley Concursal confiere carácter supletorio cuando dice en lo no previsto en esta ley, será de aplicación la LEC.... En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la LEC en cuanto a la ordenación formal y material del proceso».

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 722 y 728.
- Ley 22/2003 (Ley Concursal), arts. 48, 163, 164, 165, 167, 169 y 172.
- AAP de Zaragoza, Secc. 5.ª, de 31 de octubre de 2007, y de Tarragona, Secc. 1.ª, de 17 de junio de 2009.