

FRANCISCO JAVIER ARIAS VARONA*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos**F.J. Arias Varona*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2006** en la Modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Juan CADARSO PALAU, don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO y don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

EL procedimiento concursal, por sus propias características, sólo puede incorporar lo que es del deudor, por lo que todo aquello que no le pertenece, ha de retirarse de la masa a través de las acciones de separación. A veces, lo que se pretende no puede restituirse porque ya no está en la masa y no es posible recuperarlo. Así, por ejemplo, si un bien fue vendido a un tercero que ha adquirido un posición inatacable. En tales casos, debe decidirse si el sujeto perjudicado tiene algún derecho sobre el posible contravalor derivado del acto que ocasionó la pérdida de su derecho (típicamente, el precio comprometido o pagado). El trabajo pretende ofrecer pautas de solución para estos supuestos, tanto para los resueltos en el artículo 81 de la Ley Concursal (LC), como para aquellos que no tienen una respuesta legislativa expresa.

Sumario:

1. Introducción.
 - 1.1. Derecho de separación, inexistencia en la masa activa y contravalor.
 - 1.2. Panorama de derecho comparado.
2. El reconocimiento legal del derecho a la contraprestación pendiente (art. 81 LC).
 - 2.1. Preliminar.
 - 2.2. Presupuestos.
 - 2.2.1. Titularidad de un derecho de separación «perjudicado».
 - 2.2.2. Enajenación anterior a la declaración del concurso.
 - 2.2.3. Irrevindicabilidad de lo reclamado.
 - 2.3. El derecho de separación sobre el crédito por la contraprestación pendiente de cumplimiento.
 - 2.4. La insinuación de un crédito concursal.
3. Otras posibilidades.
 - 3.1. Contraprestación no exigible.
 - 3.2. Enajenación posterior a la declaración del concurso.
 - 3.3. Pérdida por causas distintas a la enajenación.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Derecho de separación, inexistencia en la masa activa y contravalor.

El concurso, como mecanismo legal para articular la satisfacción colectiva de los acreedores en caso de insolvencia del deudor común, requiere que la totalidad de su patrimonio se incorpore a este procedimiento. De ahí que todos los acreedores del deudor queden sujetos al concurso, salvo las excepciones legalmente impuestas (art. 49 LC) y, al mismo tiempo, que todos los bienes y derechos del concursado se integren en el concurso, también salvo excepciones muy concretas, según el principio de universalidad dispuesto en el artículo 76 de la LC. Este conjunto de bienes y derechos, que se denomina tradicionalmente masa activa, será el que se emplee para la satisfacción de los acreedores y, precisamente por su destino, sólo puede incorporar aquellos elementos patrimoniales que, según las reglas generales, podrían ser ejecutados en beneficio de un acreedor. De ahí, por tanto, que en esa masa activa no se incorporen los bienes y derechos que no tienen carácter patrimonial, aquellos que no son embargables y, en especial, aquellos que, por no ser del deudor, no pueden ser empleados para el cumplimiento de sus obligaciones (v. arts. 76 y 80).

Así pues, los bienes que no sean del deudor concursado nunca pueden formar parte de la masa activa. Sin embargo, las circunstancias particulares asociadas a todo procedimiento concursal hacen posible que se pretendan incluir, en un primer momento, elementos patrimoniales de otras personas. Habitualmente, eso sucederá (a) porque la titularidad ajena no era evidente y, al tratarse de bienes muebles y ser poseídos por el deudor, se presumió que eran de este último; (b) porque la existencia de ese derecho ajeno sobre determinados bienes o derechos es discutible y, ante la duda, se incorporan como patrimonio del deudor o, en fin, (c) porque, tratándose de bienes registrados, consten como del deudor y como tal se consideren en defecto de la oportuna corrección del contenido del registro con arreglo al régimen general en esta materia. Ante esa posibilidad, es necesario arbitrar el procedimiento mediante el cual el auténtico titular del bien o derecho puede reclamarlo del concurso, evitando así su utilización en beneficio de los acreedores de quien no es su propietario. Esa es la finalidad cubierta por el derecho de separación, regulado en el artículo 80 de la LC, que es uno de los tipos de operaciones de la masa, cuyo objeto es garantizar que la masa activa de hecho pasa a ser la que de derecho corresponde.

Con independencia de los restantes requisitos, cuyo análisis no procede en este momento, la propia naturaleza del derecho de separación reclama que aquello sobre lo que recae se encuentre en

la masa activa del concurso. Este requisito ha de ser adecuadamente comprendido. No se trata, en realidad, de que lo reclamado estuviera materialmente bajo la posesión del deudor y en tal concepto se haya integrado en su concurso. Lo relevante es que se pretenda como del deudor algo que no le pertenece, al margen de su posesión inmediata. Por ello, este requisito también se da cuando los bienes o derechos ajenos están en manos de un tercero, pero el deudor mantenía su posesión indirecta porque podía reclamar su restitución¹. Un buen ejemplo de ello sería el de un deudor, arrendatario de un bien, que lo depositó o cedió en mutuo a un tercero. De ahí que los casos en los que lo reclamado no se encuentra materialmente en la masa activa, pero puede ser recuperado del tercero, poseedor inmediato, y el concurso interpreta que ese bien o derecho ajenos son del deudor, son supuestos en los que sigue siendo aplicable el régimen del derecho de separación. Es decir, no hay imposibilidad de separación por inexistencia de lo reclamado en la masa activa. Sencillamente, ante la situación concreta, lo que sucederá será que el objeto del derecho de separación ha de ajustarse, pasando de ser el bien o derecho ajenos, a serlo el derecho a reclamar del tercero la restitución del bien. Además, lo lógico será que se acompañe la petición al concurso de que anule cualquier pretensión sobre esos objetos².

La situación, en cambio, es radicalmente distinta en los casos en los que, por así decirlo, la inexistencia del objeto de la separación en la masa activa es absoluta. Esto es, aquellos en los que el bien o derecho ajenos ni se encuentran materialmente, ni pueden ser recuperados. Esto sucede cuando se han perdido o destruido o están en manos de un tercero que adquirió un derecho inatacable sobre ellos, incluso frente al dueño original. En tales circunstancias, es obvio que el derecho de sepa-

¹ Sostiene, a mi juicio erróneamente, la necesidad de la posesión material, probablemente por una equivocada identificación del derecho de separación con la reivindicatoria, GUILARTE, art. 80, en SÁNCHEZ CALERO, J.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid, 2004, pág. 1.629. Puede verse un planteamiento más correcto de esta cuestión, con referencias al modo de articular el derecho de separación cuando el objeto del derecho no está bajo la posesión directa del deudor y, por ende, del concurso, en ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación en la quiebra*, Pamplona, 2001, págs. 166 y ss.; también v. RECALDE, art. 81, en ROJO, A.; BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pág. 1.473; ARIAS VARONA, art. 80 en PULGAR, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C.; ALCOVER GARAU, G., *Comentarios a la Legislación Concursal*, Madrid, 2004, pág. 830 y BELTRÁN, E., «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Madrid, 2002, pág. 169.

² La posibilidad de exigir a la administración concursal que recupere los bienes que salieron del patrimonio del concursado, cuando ello es posible, pasa a tener una importancia central en el supuesto indicado en el texto. De ser así, el derecho de separación no tendría porqué sufrir cambio alguno, dado que se podría reclamar que se recuperara del tercero para atender la petición del separante. Sin embargo, parece que tal posibilidad debe excluirse, pues supone un comportamiento gravoso para la masa que, en cambio, no beneficia a los acreedores, sino exclusivamente al titular del derecho de separación. Desde esta perspectiva, ha de reconocerse a la administración concursal la capacidad de decidir para cada caso concreto si es más aconsejable, para el conjunto de los acreedores, la recuperación o la simple cesión del derecho a exigir del tercero la restitución, como será lo más probable. Entre nosotros ya se propuso esta conclusión para el régimen del Código de Comercio (v. ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación...*, cit., pág. 172), y parece generalmente reconocida para el régimen ahora en vigor (v. RECALDE, art. 80, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC...*, cit., pág. 1.455; ARIAS VARONA, art. 80 en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, *Comentarios...*, cit., pág. 830. Por otra parte, tal parece la solución admitida, por ejemplo, entre la doctrina italiana, que se ha ocupado con detalle de esta cuestión, dada la dicción de su artículo 79 (v. PAJARDI, P., *Manuale di Diritto Fallimentare*. Milano, 1993, pág. 480; GUGLIEMUCCI, L., *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*. Art. 72-83, en *Commentario Scialoja-Branca Legge Fallimentare* (coord. por BRICOLA, F.; GALGANO, F.; SANTINI, G.), Bologna, 1979, pág. 340; CELORIA, C.; PAJARDI, P., *Commentario della Legge Fallimentare*. Vol. I, Milano, 1963, pág. 666; BONSIGNORI, A., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico e dell'economia (dir. por F. GALGANO)*. Vol. IX. *Il Fallimento*, Padova, 1986, pág. 438 y DE MARTINO, V., *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare*. Arts. 69-103. (dir. por ALESSI; BENINCASA, B.; CURCIO, M.; MANZELLA, B.; VERDE, F.). Roma, 1971, pág. 222).

ración no es posible y, ante la inexistencia en la masa activa, la posición de su titular ha de ser resuelta de otro modo. En principio, lo normal es que pase a ser un simple acreedor, en el orden que corresponda, por el perjuicio derivado del acto del deudor que ocasionó la pérdida del bien, si es que tal crédito existe con arreglo al régimen general. Esta conclusión, sin embargo, no puede aceptarse con carácter absoluto, porque los supuestos de inexistencia de lo reclamado en la masa del concurso esconden, en realidad, situaciones cualitativamente bien distintas. No es lo mismo una enajenación que la mera pérdida de un bien, incluso aunque intervenga la culpa del deudor, luego concursado, que justifique una reclamación de los daños causados. De hecho, en todos aquellos casos en los que la inexistencia en la masa activa del concurso puede verse compensada por la generación, en virtud del acto que la causó, de un derecho a lo que podríamos denominar, quizás de forma algo imprecisa, como un contravalor por el bien que ya no puede separarse, se plantea un problema específico. Tanto que, en no pocos ordenamientos, se ha tratado de resolver de manera expresa por la normativa concursal. El ejemplo más claro, pero no el único, como luego se verá, es el de la enajenación de un bien ajeno por el deudor, que implica para el tercero adquirente la correlativa obligación del pago de un precio que, en ocasiones, incluso puede que todavía no se haya satisfecho cuando se declara el concurso.

La duda que se plantea en este tipo de situaciones es si procede un tratamiento singular para el titular del derecho de separación perjudicado, teniendo en cuenta que, aunque no puede reclamar su derecho original, la existencia de un contravalor que representa lógicamente a lo perdido puede recomendar una solución alternativa. Lo cierto es que, no pudiendo recuperar el bien o el derecho, no parece excesivamente justo reducirle a la condición de acreedor, cuando podría orientarse la reclamación hacia el contravalor, más aún cuando está pendiente de cumplimiento por parte del tercero responsable.

Conviene aclarar, desde este primer momento, que la situación indicada puede presentar perfiles diferentes. En primer lugar, aunque el supuesto prototípico sea la enajenación, no debe desecharse la posibilidad de que se den circunstancias equiparables en otros casos. Es posible que ese contravalor no derive de una contraprestación a cambio de una enajenación, sino de la obligación de indemnizar la pérdida o destrucción del bien o derecho, ya sea por parte del tercero directamente responsable, ya sea por parte de la compañía en la que se aseguró el bien. En segundo lugar, el comportamiento del que se derivó la pérdida del derecho de separación y que es origen de ese contravalor, puede ser anterior o posterior a la declaración del concurso. A su vez, en este último caso, puede ser atribuible a los órganos encargados de la gestión y administración del patrimonio concursal o al propio deudor. En tercer lugar, el contravalor puede estar aún pendiente cuando se ejercita el derecho de separación o, por el contrario, haberse extinguido ya la obligación correlativa. De ser así, además, la extinción puede haberse dado antes de la declaración del concurso o con posterioridad a ella.

La diversidad de situaciones que pueden presentarse reclama un análisis cuidadoso, en tanto que la posición del titular del derecho de separación perjudicado por la inexistencia del objeto en la masa del concurso será bien distinta. La necesidad de ese análisis se incrementa ante el hecho de que nuestro legislador ha optado por dar respuesta específica tan sólo al caso paradigmático de la enajenación y, además, tan sólo a una de sus posibilidades. En concreto, a los derechos que tendrá el titular de un derecho de separación que no puede ser atendido, porque aquello sobre lo que recae fue

enajenado por el deudor antes de la declaración de concurso y la contraprestación debida por el tercero aún está pendiente. Ello deja huérfanas de solución legal expresa el resto de las posibilidades que se han anotado. Es cierto que la mayoría de los supuestos pueden ser razonablemente resueltos recurriendo a una interpretación completa y sistemática de la normativa concursal, pero también lo es que se generan algunas dificultades especialmente delicadas. Antes de proceder al estudio detallado de la solución acogida en nuestro derecho, en el que se distinguirá, como no podía ser de otro modo, el caso resuelto por el artículo 81 de la LC y el resto de las situaciones, creo que puede ser muy útil un breve repaso a la situación de esta materia en el derecho comparado.

1.2. Panorama de derecho comparado.

La posible existencia de un derecho de separación sobre algo que no se encuentra en poder del deudor, pero para lo que existe una contrapartida debida por un tercero, es algo que ha merecido la atención del legislador en otros ordenamientos a lo largo del tiempo. La manera de afrontar esta situación, sin embargo, difiere según los casos, aunque creo que, de todos los modelos, el más avanzado es el plasmado en la *Insolvenzordnung* alemana (en adelante, InsO), que, por otra parte, se ha limitado a mantener en lo sustancial lo dispuesto en la antigua *Konkursordnung* (en adelante, KO). De hecho, puede concluirse con bastante seguridad que nuestro legislador se ha inspirado sin duda en la experiencia de este país. Por este motivo, interesa observar en primer lugar las líneas que caracterizan la solución de este ordenamiento, para más adelante observar de qué forma se ha afrontado el problema en otros.

La legislación concursal alemana ya incorporaba en la KO un precepto específicamente dirigido a resolver la posición del titular de un derecho de separación perjudicado por la venta del bien o derecho al que se refería. Su contenido era muy similar al de nuestro artículo 81 de la LC, si no en la solución concreta, sí al menos en el planteamiento básico. En efecto, ya el §46 de la derogada KO regulaba, bajo la rúbrica *Ersatzaussonderung*, esto es *Derecho de separación del equivalente*, los atribuidos al titular de un derecho de este tipo ante la enajenación del objeto reclamado sobre el precio que aún estaba pendiente de pago por el adquirente. Con ciertas variaciones, de entidad no menor, el actual §48 InsO ha mantenido el modelo tradicional. Es decir, regular la posición del titular de un derecho de separación cuando la enajenación de su objeto impide su reconocimiento en el concurso. Bajo ese régimen, quien no puede separar un elemento patrimonial, porque fue enajenado por el deudor, antes de la apertura del procedimiento, o por el síndico después, tienen la posibilidad de separar la contraprestación pendiente, o la misma contraprestación ya satisfecha si es identificable³. Los términos de la solución legal son, por tanto, equivalentes a la de nuestro artículo 81 de la LC, de mane-

³ Debe anotarse que la exigencia de que la enajenación por el quebrado debía ser anterior a la declaración de quiebra no presentaba dudas bajo el régimen de la KO (v., por todos, HOCHMUTH, H., *Die Ersatzaussonderung*, Leipzig, 1931, págs. 16 y ss. y JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen*, T. I, 8.ª ed., Berlín, 1958, pág. 674), pero las modificaciones introducidas por la InsO, cuyo §42 también incorpora a la masa el patrimonio sobrevenido con posterioridad a la apertura del procedimiento podrían generarlas con la nueva normativa. No obstante, la redacción del §48 InsO parece seguir exigiendo que la enajenación por el deudor sea anterior a la declaración del procedimiento (sobre el problema, v. DIECKMANN, A., «Zur Reform des Ersatzaussonnungsrechts», en *Festschrift für Wolfram Henckel*, Berlín, 1995, pág. 117, núm. 83).

ra que las propuestas interpretativas de ese ordenamiento constituyen una fuente de primer orden para el nuestro. Siempre, claro está, con las debidas precauciones que impone no sólo la diferencia en la solución concretamente adoptada ⁴, sino las del modelo jurídico de base. De cualquier forma, el carácter ejemplar del derecho alemán para nuestro legislador puede observarse no sólo con relación al artículo 81, sino con una simple ojeada al contenido completo del régimen del derecho de separación. Probablemente no tanto porque se considere una solución preferible frente a otras de entidad semejante, sino porque se crea que, como en tantos otros extremos del derecho concursal, las soluciones aportadas por el ordenamiento alemán con la KO constituyeron un hito evolutivo en esta disciplina y ofrecen un modelo de regulación de indiscutible calidad técnica.

Conviene no olvidar, de todos modos, que la situación resuelta por el artículo 81 de la LC no ha sido desconocida para los diferentes ordenamientos, ya desde la época de la codificación, por más que el derecho alemán fuera el pionero en afrontar la solución del problema desde una perspectiva global y asociada sistemáticamente al derecho de separación, como categoría abstracta propia de las operaciones de la masa. Ciertamente, ya en los Códigos de Comercio derivados del francés de 1807, existían previsiones que resolvían una situación similar a la contemplada en nuestro artículo 81. Sin embargo, ese régimen, asociado a los clásicos supuestos de la reivindicatoria concursal, era observado en el plano estricto de la posición del comitente de venta frente a su comisionista, cuando el bien dado en comisión ya había sido enajenado a un tercero, pero aún no se había transferido del comisionista al comitente el precio por la operación. En esos casos, se permitía que el sujeto perjudicado pudiera reclamar el precio pendiente ⁵ (arts. 575 CCom francés de 1807 y 803 CCom italiano de 1882) ⁶. Puede observarse, sin necesidad de mayores detalles, que la situación es sólo aparentemente idéntica, dado que en este tipo de operaciones quien enajenó lo hizo contando con la autorización del titular del posible derecho de separación, cuando el tratamiento general con que afronta el problema nuestro artículo 81 ha de partir de su ausencia.

⁴ La diferencia más notable con el derecho alemán se encuentra, sin duda, en el reconocimiento expreso de una posición preferente, incluso cuando la contraprestación ya no estuviera pendiente, si fuera distinguible como tal en la masa activa. En eso, por otra parte, la InsO ha obligado a alterar la tesis tradicional en Alemania, que consideraba perdido el derecho en caso de que la contraprestación ya hubiera sido satisfecha (así, v., por todos, para el §46 KO, KUHN, G.; UHLENBRUCK, W., *Konkursordnung Kommentar*, München, 1994, pag. 792; KILGER, J.; SCHMIDT, K., *Konkursordnung*, München, 1993, pág. 277; JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar...*, cit., pág. 674). Es llamativo que la introducción de este cambio tan notable se produjera durante el trámite posterior, dado que los proyectos iniciales mantenían el criterio precedente, sin que haya constancia alguna de los motivos, más allá de las aportaciones doctrinales sumamente críticas con el modelo anterior (v., sobre todo, GERHARDT, W., «Der Surrogationsgedanke im Konkursrecht- dargestellt an der Ersatzaussonderung», en *KTS*, 1990, págs. 1 y ss. y DIECKMANN, A., «Zur Reform...», cit., págs. 101 y ss.).

⁵ La existencia de una *reivindicatoria concursal* sobre el precio se ceñía, en general, al precio pendiente de pago, entendiéndose que el ya satisfecho no podía reclamarse, pues se habría confundido en el patrimonio del quebrado (v., entre la doctrina francesa del CCom, sobre todo LYON-CAEN, Ch.; RENAULT, L., *Traité théorique et pratique des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*. T. II, 5.^a ed., Paris, 1936, pág. 124; PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*. T. II, Paris, 1937, págs. 434 y ss. y PARDESSUS, J.M., *Cours de Droit Commercial*. T. II, Paris, 1857, pág. 518; entre los italianos de la época, por todos CUZZERI, M.; CICU, A., *Commento al Codice de Commercio*. Vol. IX, *Del fallimento* (dir. por BOLAFFIO, L.; VIVANTE, C.). Torino, 1927, pág. 505; SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*, Firenze, 1881, pág. 69 y VIDARI, E., *Corso di Diritto Commerciale*, Vol. VIII, Milano, 1886, pág. 629).

⁶ Un tratamiento extenso y exhaustivo del modelo de los códigos decimonónicos en materia del derecho de separación o, siguiendo la terminología característica de ellos, los casos de reivindicatoria concursal puede verse en ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación...*, cit., págs. 33 y ss.

Con posterioridad a la KO alemana, la reforma italiana de 1942, por la que se sustituyó el régimen del CCom por la actual *Legge Fallimentare* (en adelante, LFall) también contempló el supuesto, aunque desde una perspectiva bien distinta a la germana. Sistemáticamente, en la LFall, el tratamiento se traslada del derecho de separación, del que son un corolario lógico los derechos sobre el posible contravalor, al régimen aplicable a las relaciones pendientes⁷. Por otra parte, no se resuelve el derecho a reclamar el precio aún por pagar, sino que el artículo 79 reconoce, o bien el derecho a insinuar un simple crédito si el bien se perdió antes de la declaración de quiebra, o bien el derecho al valor íntegro, como deuda de la masa, si sucedió después del precintado⁸. En fin, la posibilidad de que el titular de un derecho de separación pueda exigir a la administración concursal la cesión del derecho de crédito pendiente de cumplimiento por un tercero al que se transmitió el bien sólo cabe por aplicación del régimen general del mandato, al que se remite la propia LC, y que permite la sustitución del mandante por el mandatario para ejercitar frente a los terceros con los que contrató este último los derechos de crédito que le correspondían en virtud del contrato celebrado (art. 1.705 CC, téngase en cuenta, en todo caso, las exigencias particulares reclamadas en el art. 1.707 para que ese derecho pueda ejercitarse frente a los acreedores del mandatario⁹). En una línea muy parecida se mantiene el derecho portugués, en el que el artículo 142 del Código de Insolvencia y Recuperación de Empresas, de 12 de enero de 2004, se dedica a los casos de inexistencia en la masa de los bienes sometidos a un derecho de separación, pero sólo para fijar el deber de recuperación a cargo de la administración concursal si es más beneficioso para la masa (en la línea interpretativa de la doctrina italiana, con relación al art. 79 LFall) y la existencia de una deuda de la masa en caso de pérdida posterior a la apertura del procedimiento. La posible existencia de un derecho a favor del titular del derecho de separación sobre el crédito al precio debido por el tercero, adquirente del bien, sólo se contempla en el limitado marco del contrato de mandato o comisión de venta, en el artículo 141.5.

Por lo que se refiere al derecho francés vigente, la caótica situación en esta materia, en el que las reformas se han ido acumulando sin mucho criterio, lo hace escasamente útil. Conviene anotar,

⁷ La situación del artículo 79 en la parte dedicada a los efectos de la quiebra sobre las relaciones preexistentes se explica, tanto por el origen histórico y su relación con la quiebra de algunas entidades de crédito italianas (v. DE SEMO, G., *Diritto Fallimentare*. Padova, 1967, pág. 386 y GUGLIEMUCCI, L., *Effetti del fallimento...*, cit., pág. 335), como porque la causa más frecuente por la que se genera este derecho es la existencia de una relación contractual previa, cuya extinción permite al acreedor reclamar la restitución del bien (v. GUGLIEMUCCI, L., *Effetti del fallimento...*, cit., pág. 337 y ANDRIOLI, V., voz “Fallimento”, en *Enciclopedia del diritto*. Milano, 1967, pág. 432).

⁸ Hasta la reciente reforma de la *Legge Fallimentare* por efecto de la Ley 80/2005, en vigor desde el 15 de mayo de 2005, lo dispuesto con relación al precio debía ser completado con lo previsto en el (ahora derogado) artículo 103.5 LFall, que impedía al titular del derecho la repetición de las cantidades ya cobradas por los acreedores en el procedimiento, en caso de que no reclame el bien, sino su precio. Ello hacía que la doctrina aceptara sin mayores problemas la extensión al caso del concurso de lo dispuesto en el artículo 620 del *Codice di Procedura Civile*, que reconocía el derecho al precio recibido si el bien era vendido a pesar de la oposición de un tercero o porque ésta llegó después de la venta. V., por todos, SATTI, S., *Diritto fallimentare* (3.ª ed., puesta al día por R. VACARELLA y F. P. LUISO), Padova, 1996, pág. 359. Tras la reforma, el artículo 103 hace referencia tan sólo al sistema probatorio específicamente dispuesto en el artículo 621 *c.p.c.*, aunque la situación que resolvía el artículo 620 ha sido definitivamente acogida en la LFall, al disponerse en el último inciso del artículo 103 que la pérdida de la posesión de un bien sometido a un derecho de reivindicación o restitución, después de haber sido asumido por el síndico, genera a favor del titular del derecho original la posibilidad de exigir el contravalor del bien, que será pagado con prededucción, es decir, como una deuda de la masa.

⁹ La aplicación de lo previsto en los artículos 1.705 y 1.707 en el procedimiento concursal no plantea dudas en la doctrina italiana, a pesar de que la remisión legal se hace al 1.706 CCiv exclusivamente; v., por todos, SANTAGATA, C., «Del mandato. Disposizioni generale, art. 1703-1709», en *Commentario del Codice Civile* (coord. por SCIALOJA, A. y BRANCA, G.). Roma, 1985, pág. 479.

en todo caso, en cuanto a los derechos atribuidos en los casos de venta del objeto sometido al derecho de separación, que se mantiene el modelo tradicional del Código de Comercio. Así, esa posibilidad se vincula a los casos de depósito o entrega en comisión de venta¹⁰, reconociéndose al sujeto perjudicado el derecho a *reivindicar* la totalidad o la parte del precio aún impagada (o no incorporada a título o compensada en cuenta corriente entre el deudor y el comprador, tal y como en su momento rezaba el CCom). Como novedad destacable, el ordenamiento francés es el único en el que se hace una mención expresa al supuesto de la indemnización derivada del aseguramiento de la pérdida del bien, que es equiparada al precio pendiente (v. arts. L624-18 y L624-16 CCom actualmente en vigor, incorporados a este cuerpo legal por virtud de la Ley 2005-845, de 26 de julio de 2005).

La somera exposición del derecho comparado permite observar dos planteamientos de base en esta materia, que en ocasiones se superponen en una misma regulación. Una posibilidad, que en cierta manera reproduce los modelos históricos en cuanto a la separación de bienes por la vía de la reivindicatoria concursal, es afrontar el problema desde la perspectiva limitada de una relación jurídica concreta. Quizás por arrastre histórico y por su conexión lógica, en este modelo se afronta el problema del derecho sobre el contravalor por referencia al mandato o la comisión. Es el caso, como vimos, de los códigos del siglo XIX, de la LFall italiana y del derecho concursal vigente en Francia y Portugal. Esta opción plantea el problema de que la situación tiene un alcance más general y, teniendo en cuenta que en el mandato o la comisión de venta el deudor tenía autorización para enajenar, puede ser muy discutible una extensión analógica de lo ahí dispuesto para otros casos de enajenación o, más aún, cuando ni siquiera hay una enajenación, sino que nos movemos en el plano de la destrucción del bien y el deber de indemnizar por un tercero. La alternativa, desde una perspectiva sistemática, es ofrecer una solución a los derechos sobre el contravalor en el marco del derecho de separación y desde una perspectiva general, desligando la solución de la existencia de una relación jurídica de mandato o comisión. El ordenamiento que sigue este modelo de una forma más pura es el alemán, dado que, aunque en otros hay presencia de normas parecidas, la solución al problema de los derechos sobre el precio se hace por referencia a la comisión o el mandato. La gran ventaja de este sistema es que permite evitar los problemas que genera la solución de este conflicto cuando no hay la relación jurídica de base para la que se fija la norma expresa. Ciertamente, como la solución, aunque general, suele ceñirse a algunos supuestos determinados (enajenación y precio pendiente, o no), subsisten problemas de aplicación de la norma, pero estos se minimizan. Desde estas consideraciones, puede entenderse que la adopción por nuestro legislador del modelo alemán es un acierto, a mi juicio. Tan sólo se ve empañado por una restricción excesiva en el supuesto de hecho regulado, como hemos de ver, lo que obliga a un trabajo interpretativo algo mayor, pero siempre menos exigente que si se hubiera adoptado un sistema como el italiano, el portugués o, aún peor, el francés.

¹⁰ Es preciso anotar que la legislación francesa no ha evolucionado en absoluto en este sector, manteniéndose anclada al defectuoso y problemático sistema de la codificación decimonónica, asentada sobre las bases de la *reivindicatoria concursal*, formulada en términos casuísticos y que carece de una enunciación abstracta y global del derecho de separación en el procedimiento concursal. De ahí que la referencia legal se haga a un supuesto concreto (depósito, mandato de venta o venta con reserva de dominio), aunque se admite en general que la referencia al depósito ha de interpretarse como una manifestación ejemplificativa de todos aquellos casos en los que la separación sería posible. De ahí que, posiblemente, la referencia a los derechos sobre el precio pendiente de pago tenga un alcance más general del que pudiera pensarse a primera vista. V. RIPERT, G.; ROBLOT, R., *Traité de Droit commercial*. T. II, Paris, 1992, pág. 1.089 y, en el mismo sentido, también ARGENSON, J.; TOUJAS, G., *Traité théorique et pratique des procédures collectives*. Paris, 1992, págs. 752 y 776; v. también SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*. Paris, 1995, pág. 395.

2. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DERECHO A LA CONTRAPRESTACIÓN PENDIENTE (ART. 81 LC)

2.1. Preliminar.

Nuestro legislador ha optado por resolver expresamente tan sólo un supuesto concreto de las diferentes posibilidades que pueden darse, a través de lo dispuesto en el artículo 81 de la LC. En efecto, en este precepto de la LC se determina la situación en la que queda el titular de un derecho de separación que no puede ser reconocido, en la pretensión concretamente planteada, por la inexistencia del bien o derecho en la masa activa, porque antes de la declaración del concurso ese bien o derecho fue enajenado por el deudor a un tercero, del que no puede ser recuperado. Sintéticamente, y sin perjuicio del desarrollo que seguirá más adelante, en esos casos la ley permite elegir entre dos posibilidades: o bien reclamar el derecho al precio pendiente, o bien insinuar un crédito por el valor de lo enajenado. Para que pueda efectivamente optarse por una de ellas, es claro que han de concurrir los requisitos a los que el propio artículo 81 condiciona su aplicación. Es decir, (a) el reclamante debe ser titular de un derecho de separación sobre un bien o derecho; (b) el derecho de separación no puede ser reconocido en el concurso porque el objeto sobre el que recaía fue enajenado antes de la declaración del concurso, el cual (c) no puede ser recuperado del poseedor actual, dado que éste ha adquirido una posición inatacable (en los términos empleados por el legislador, el objeto es irreivindicable). Además, creo que la norma sólo debería aplicarse si la contraprestación debida por el tercero aún está pendiente. El análisis de la situación del titular del derecho de separación perjudicado requiere, en primer lugar, un estudio más detallado de estos requisitos, que plantean interesantes cuestiones de índole jurídica. En segundo término, se tratará de observar en qué se concreta exactamente el derecho concedido por el legislador y el régimen al que queda sometido. En ese extremo, el objeto del presente trabajo aconseja ceñirse a la primera de las opciones concedidas, por ser la que, propiamente, atribuye un derecho al contravalor. De la segunda, por tanto, tan sólo se hará una breve mención, que interesa sobre todo a los efectos de destacar cómo la atribución del derecho al contravalor pendiente es lo que, en realidad, requiere una norma específica como la dispuesta en el artículo 81 de la LC.

2.2. Presupuestos.

2.2.1. Titularidad de un derecho de separación «perjudicado».

La aplicación del artículo 81 de la LC reclama de quien invoque su aplicación la titularidad de un derecho de separación perjudicado, en el sentido de que la pretensión reclamada inicialmente no pudiera atenderse porque el bien o derecho ya no estuviera en las manos del deudor, al haberse enajenado por éste antes de la declaración de concurso. Se trata de una exigencia que se corresponde lógicamente con el sentido y la finalidad del precepto, que no son otros que ofrecer una protección adecuada a los titulares de derechos de separación que se ven afectados por esta circunstancia. Como

es natural, el cumplimiento de este requisito no puede evaluarse recurriendo al contenido del artículo 81, sino con arreglo a lo dispuesto en el artículo precedente, por ser el que resuelve con carácter general la existencia de derechos de separación en el concurso.

El artículo 80 de la LC no fija expresamente las condiciones que debe reunir un determinado sujeto para ser titular de un derecho de separación en un procedimiento concursal. Sin embargo, puede darse por válido que la existencia de un derecho de separación requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: (a) posibilidad de identificar concretamente el objeto del derecho –bien o derecho–; (b) que el elemento patrimonial que se pretende separar no pertenezca al deudor concursado; (c) que éste se haya incluido en la masa activa y (d) que el título por el que se reclama sea un derecho que permita la separación de bienes o derechos en el concurso. Como es natural, no procede hacer aquí un desarrollo de cada uno de estos requisitos, que es una cuestión que pertenece más bien al estudio del derecho de separación en general ¹¹. En todo caso, conviene aclarar algunos aspectos que pueden presentar problemas específicos en el marco de los derechos concedidos en el artículo 81 de la LC.

Es necesario precisar en concreto que, no habiendo limitaciones en cuanto al catálogo de derechos que permiten invocar la separación, como presupuesto para exigir la aplicación del artículo 81 de la LC, no cabe por el intérprete hacer restricción alguna a estos efectos. En este sentido, hay que recordar que el derecho de separación puede atribuirse no sólo por la propiedad o titularidad de un bien o derecho, sino también por otros derechos, dado que el elemento determinante no es la posición de quien reclama (que funciona más bien como un criterio de atribución de la legitimación activa), sino la ausencia de un título dominical por parte del deudor concursado ¹². Así pues, la separación puede reclamarse en el concurso por el propietario o titular de un bien o derecho, pero también por quien tiene sobre ellos un derecho real asociado a su disfrute (su usufructuario, por ejemplo) o un derecho de crédito a su restitución (su arrendatario, por ejemplo, frente a un deudor depositario del

¹¹ V. un desarrollo bastante amplio de los requisitos del derecho de separación en ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación... cit.*, págs. 154 y ss. (aunque va referido al régimen derogado del CCom, las conclusiones son, en general, extrapolables al derecho vigente). De forma más sucinta, v., por todos, ARIAS VARONA, comentario al art. 80, en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios a la legislación concursal*, págs. 828 y ss.; RECALDE CASTELLS, art. 80, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, págs. 1447 y ss. y ÁLVAREZ OLALLA, art. 80, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, págs. 953 y ss. V., recientemente, MUÑOZ PAREDES, M.L., «Sobre la separación de dinero en la quiebra», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. T. IV, Madrid, 2005, págs. 4.239 y ss., quien critica el planteamiento tradicional sobre la exigencia de la determinación como requisito para la separación, enfocándolo particularmente al problema de la separación del dinero bajo el régimen del CCom (a pesar de haberse publicado tras la aprobación de la Ley Concursal, tan sólo hay una breve referencia en nota al régimen vigente, dado que, como indica la propia autora, es un texto elaborado en el año 2001).

¹² La finalidad del derecho de separación en caso de concurso no es otra que la de evitar que elementos patrimoniales que no pertenecen al deudor puedan ser empleados para la satisfacción de sus acreedores. De ahí que el elemento central de ese derecho no sea el derecho invocado por el reclamante, sino la ausencia de derechos sobre ese elemento patrimonial por parte del deudor concursado. V., por todos, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, México, 1951, pág. 49 y, más recientemente, ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación... cit.*, págs. 133 y ss. En la doctrina extranjera, es la alemana la que más claramente señala que el núcleo del derecho de separación lo constituye el hecho de que lo que se pretende separar no es del deudor común (v., por todos, JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar... cit.*, pág. 598 –para el régimen de la KO– y, para el derecho actualmente en vigor, UHLENBRUCK, §47, en UHLENBRUCK, W., *InsO... cit.*, pág. 841, y GANTER, §47, en *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, München, 2001, pág. 932).

bien o mero poseedor a título precario)¹³. Al no fijarse limitación alguna en el régimen legal, hay que concluir necesariamente que la invocación del artículo 81 de la LC es posible para cualquier titular de un derecho de separación, se reclame sobre la base del dominio o de cualquiera de los otros derechos que lo permiten. Téngase en cuenta, por otra parte, que el hecho de que quien reclame no sea su propietario no hace que carezca de interés en la recuperación del bien o derecho o, en su caso, en el precio pendiente. En efecto, quien reclama en virtud de un título de este tipo tendrá a su vez una obligación de restitución frente a su propietario y la imposibilidad de cumplir esta obligación, le constituirá en deudor, al menos, del valor de aquello que debía restituir. Desde esta perspectiva, se comprende perfectamente que no pueda negarse el derecho a exigir el precio pendiente de pago sobre la base de una pretendida intención de enriquecerse injustamente con la contrapartida económica por un bien o derecho que no le pertenece, por no ser su propietario o titular¹⁴.

La conexión del artículo 81 de la LC con la existencia de un derecho de separación previo hace que se reproduzcan en este ámbito los problemas asociados a la legitimación activa para reclamar este último derecho y el sujeto al que ha de reconocérselo en el ámbito del concurso. Me refiero, en concreto, a la posibilidad de que sobre un mismo elemento patrimonial concurren diferentes sujetos con títulos legitimadores igualmente válidos en el procedimiento concursal. Un ejemplo es el de un determinado bien cedido en usufructo que el usufructuario arrendó y el arrendatario depositó en manos del deudor. En ese caso, la separación de ese bien puede ser exigida en el concurso por tres personas distintas (propietario, usufructuario y arrendatario) y, eventualmente, también podría exigirse el derecho al precio pendiente. La preferencia de un título u otro a efectos de las relaciones internas entre los tres sujetos no tiene relevancia desde la perspectiva del concurso, para el que sólo importa que el deudor no sea el propietario. Sin embargo, ante una eventual concurrencia de distin-

¹³ Entre nosotros, v. RECALDE CASTELLS, art. 81, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.470 y ARIAS VARONA, art. 81, en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios...* cit., pág. 834. Aparentemente, limita de manera indebida la posibilidad de ejercitar un derecho de separación a la titularidad de un derecho de propiedad, GUILARTE, art. 80, en SÁNCHEZ CALERO, J.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios...* cit., pág. 1.632, aunque su postura no queda del todo clara. La conclusión indicada en el texto y mayoritaria en nuestra doctrina no plantea problemas en otros ordenamientos. Así, en el derecho alemán, ya para el régimen de la KO, v. por todos JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar...*, cit., pág. 672, donde puede encontrarse una referencia a los planteamientos históricos contrarios y hoy superados, y, para el §48 InsO, v. por todos UHLENBRUCK, §48, en UHLENBRUCK, W., *InsO...*, cit., pág. 896; GANTER, §48, en *Münchener Kommentar...*, cit., pág. 1.054; HESS, H., *InsO: Kommentar zur Insolvenzordnung, mit EGIInsO*, Heidelberg, 1999, pág. 458. Ha de anotarse, sin embargo, que un reducido sector doctrinal mantiene hoy en día la necesidad de excluir la posible aplicación del §48 a la mayoría de los titulares de un derecho de separación de naturaleza estrictamente personal, siempre que no sean al mismo tiempo los propietarios de lo reclamado. Se trata, en todo caso, de una posición claramente minoritaria (v. GUNDLANCH, U.; FRENZEL, V.; SCHMIDT, N., «Die Rechtsstellung des obligatorisch Aussonderungsberechtigten», en *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 2001, 3, págs. 97 y ss.).

En parecido sentido, también en Italia, donde la recepción como categorías separadas de las acciones de reivindicación, restitución y separación permiten sin duda el ejercicio de esas acciones a titulares de derechos de restitución de naturaleza personal, desligados de la propiedad sobre el objeto (v. PROVINCIALI, R., *Manuale di Diritto fallimentare*. Vol. II, Milano, 1970, pág. 1.394; FERRARA, F., *Il fallimento* (4.ª edición, actualizada por A. BORGIOLO), Milano, 1989, pág. 545; SATTA, S., *Diritto...*, cit., pág. 357; RAGUSA-MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto Fallimentare* Padova, 1994, pág. 406; BONSIGNORI, A., *Tratato...*, cit., pág. 627; DE SEMO, G., *Diritto...*, cit., pág. 435, y CELORIA, C.; PAJARDI, P., *Commentario...*, cit., pág. 848. Con ellos, también SCALINI, P., *Accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi nel fallimento*. Milano, 1995, pág. 230; COTTINO, G., *Diritto Commerciale. Vol. II. Banca, borsa, assicurazione. Titoli di credito, contratti. Fallimento e altre procedure concorsuali*, Padova, 1978, pág. 598; MAFFEI ALBERTI, A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1986, pág. 276 y DE MARTINO, V., *Commentario...*, cit., pág. 579).

¹⁴ En este sentido, v. RECALDE CASTELLS, art. 81, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, págs. 1.470 y ss.

tas legitimaciones puede que quien haya de resolver la atribución del derecho en el concurso deba evaluar diligentemente cuál de los concurrentes tiene mejor derecho sobre el bien. Es obvio que la decisión no tendrá efectos concluyentes en cuanto a las relaciones internas entre ellos, pero protegerá frente a una eventual reclamación de los perjuicios asociados a un indebido reconocimiento del derecho por parte de quien, quizás de manera clara, tenía mejores derechos sobre el bien (piénsese, manteniendo el ejemplo anterior, en que los títulos para la posesión del bien por parte del arrendatario y el usufructuario caduquen en el curso del procedimiento para reconocer el derecho de separación y esta circunstancia sea conocida por los órganos concursales y, sin embargo, se restituya el bien o se ceda el derecho al precio pendiente a alguno de ellos y no al propietario)¹⁵.

Los restantes requisitos no parecen plantear problemas especiales con relación al posible ejercicio de los derechos atribuidos al titular en el artículo 81 de la LC. Sí, en cambio, requiere una solución particular la determinación del momento en que ha de verificarse, como presupuesto del artículo 81, la existencia de un derecho de separación «perjudicado». Esto es, la fecha en la que deberían cumplirse todos los requisitos a los que se condiciona la existencia de un derecho de separación. A mi juicio, estos deben darse en el momento en que la enajenación del bien o derecho por el deudor determinó la imposibilidad de que se reconociera aquel derecho en el procedimiento concursal¹⁶. Obviamente, dado que esa enajenación se produce antes de la apertura del procedimiento, el análisis consistirá en valorar si, de haber existido en ese momento un procedimiento concursal, habría podido ejercitarse un derecho de separación, por concurrir todos los presupuestos que requiere este último. Evaluar la susceptibilidad de separación en el momento en que se ejercita la acción no parece adecuado, pues obliga a decidir sobre la base de un juicio de mera probabilidad (por ejemplo, si podría suponerse la pérdida del derecho por efecto de la previsible confusión con otros bienes o por su transformación en el marco del proceso productivo del deudor, si cabría deducir que el deudor hubiera adquirido el bien por usucapión, ante la eventual inactividad de su propietario, etc.). Por ello, la solución más razonable, a mi juicio, es evaluar la situación existente en el momento en que tuvo lugar la enajenación. Lo cual, obviamente, supone introducir una especialidad en materia de la apreciación de los derechos invocados en el concurso, que como es sabido han de referirse al momento de su declaración.

2.2.2. Enajenación anterior a la declaración del concurso.

El artículo 81 de la LC ciñe su ámbito de aplicación a los casos en los que la imposibilidad de separación se deriva de un supuesto muy concreto de inexistencia del objeto en la masa activa: que el objeto a separar no se encuentre en ella porque fue enajenado por el deudor antes de la declaración de concurso. Sólo entonces puede proceder la atribución de los derechos contemplados en ese pre-

¹⁵ Así, v. RECALDE CASTELLS, art. 80, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.463 y ARIAS VARONA, art. 80, en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios a la legislación concursal...*, cit., pág. 831, siguiendo las propuestas realizadas bajo el régimen del CCom (v. ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación...*, cit., pág. 199 y RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, J., *La separación...*, cit., pág. 99).

¹⁶ La conclusión, discutida en ciertas fases históricas, parece ser ahora aceptada por la mayoría de la doctrina alemana, v. por todos GUNDLANCH, U., «Der maßgebliche Zeitpunkt für die Aussonderungsfähigkeit des veräußerten Gegenstandes bei der Ersatzaussonderung», en *KTS*, 1997, 1, págs. 55 y ss. V. también GANTER, §48, en *Münchener Kommentar...*, cit., pág. 1.049 y, para el régimen de la KO, JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar...* cit., pág. 671.

cepto al titular del derecho de separación originario. El concepto de enajenación tiene, así, una relevancia central en la posible aplicación del artículo 81 de la LC.

La ley no precisa más allá del término «enajenación», el tipo de comportamiento al que se condiciona la aplicación del artículo 81 de la LC. Sin embargo, es posible concretar algo más si se toma en consideración el sentido y la finalidad del precepto. Dado que lo que se trata es de resolver la situación que se produce cuando el objeto a separar no puede entregarse al reclamante, porque salió de manos del concursado a cambio de una contraprestación, creo que debe concluirse que habrá enajenación en todos los casos en los que haya un negocio jurídico que implique disposición del bien o derecho ajeno a título oneroso. De este modo, todo aquello que entre dentro de esta categoría habría de ser considerado como «enajenación» en el sentido del artículo 81 de la LC y atribuir al sujeto perjudicado la especial situación concedida por este último precepto, más allá de los supuestos característicos (compraventa o permuta). Así, por ejemplo, también entraría dentro de este supuesto cualquier cesión de créditos ajenos a título oneroso. La pendencia del pago de la contraprestación, aunque en estos casos pueda resultar menos frecuente, sigue siendo posible (por ejemplo, porque a cambio de la cesión se ha emitido un título de crédito que aún no ha sido cobrado por el concursado). Posiblemente, la misma solución debería adoptarse en los casos en los que la pérdida del derecho tiene lugar por incorporación de un bien ajeno a otro del que no sería separable, determinándose la adquisición del dominio por el titular de este último, que debe una contraprestación a cambio. El supuesto más característico sería el de la incorporación de bienes arrendados financieramente o vendidos bajo reserva de dominio en el marco de la elaboración de bienes más complejos, de los que no pudieran separarse sin detrimento, quedando pendiente el pago del precio de la obra por el adquirente de los mismos¹⁷. Sin embargo, en estos supuestos puede plantear dificultades concretar exactamente qué parte, del total del precio, se corresponde con el bien inicialmente separable, cuestión sobre la que se volverá más adelante, al tratar de la reclamación del derecho a la contraprestación pendiente de pago. La identidad de razón permite extender lo dispuesto en el art. 81 también a los derechos que corresponderían al deudor sobre el remanente derivado de la ejecución de un bien ajeno (piénsese, por ejemplo, en la ejecución de bienes pignoralos en los que la titularidad puede estar más difusa, o en bienes inmuebles que, con posterioridad a la ejecución, se demuestra que no pertenecían a quien aparecía inicialmente en el registro)¹⁸.

La LC omite resolver expresamente si, habiendo autorizado el titular del derecho de separación la enajenación, puede, a pesar de ello, reclamar el precio pendiente de pago como consecuencia de la misma. Nuevamente, se trata de una posibilidad que puede darse con cierta frecuencia en el marco de compraventas con reserva de dominio, en las que se hubiera aceptado la posibilidad de la enajenación

¹⁷ En el caso de las ventas con reserva de dominio o de los contratos de arrendamiento financiero, ha de tenerse en cuenta que no hay una atribución automática del derecho de separación al vendedor o al arrendador financiero y su posición frente al concurso resulta muy discutida, en tanto que la cercanía de estas figuras a las garantías reales ha inducido al legislador a un tratamiento muy similar en el artículo 56 de la LC. De ahí que la posibilidad de ejercitar un derecho de separación sobre el precio pendiente esté ceñida a los casos en los que, según el régimen aplicable a estas modalidades contractuales, se atribuya un derecho de separación, algo que resulta muy discutido. Sobre esta cuestión, v., por todos, el preciso análisis de MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, Madrid, 2005, especialmente págs. 190 y ss. y MARTÍNEZ ROSADO, J., «El leasing financiero mobiliario en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», en *RDCP*, 2005, 2, págs. 267 y ss.

¹⁸ V. GANTER, §48, en *Münchener Kommentar...* cit., pág. 1054; UHLENBRUCK, en UHLENBRUCK, W., *InsO...* cit., pág. 897; HESS, H., *InsO...*, cit., pág. 459.

del bien dentro de las operaciones propias del tráfico habitual del deudor. Otro tanto podría suceder en los supuestos de las comisiones de venta o similares. A pesar del silencio legal, parece razonable limitar el derecho a reclamar el precio pendiente a los casos en los que la enajenación fue ilegítima. La concesión de la especial situación que contempla el artículo 81 de la LC sólo tiene sentido cuando el perjuicio del derecho de separación por efecto de la enajenación del bien o derecho separables se ha producido contra la voluntad de su titular¹⁹. En caso contrario, este último tuvo que contar con la posible pérdida de su derecho a reclamar el bien o derecho y podría haber articulado una protección especial frente a ese supuesto, alternativa al derecho de separación. De ahí que, en tales circunstancias, ha de ser tratado como un acreedor concursal más, en el rango que le corresponda según los casos.

El momento de la enajenación tiene una importancia menor, en lo que se refiere a la posible aplicación del artículo 81 de la LC. La razón es que lo que realmente condiciona la atribución de los derechos contemplados es la imposibilidad de recuperar el objeto reclamado del tercero, ante su inexistencia en la masa. Ello supone, en términos generales, que el momento determinante no será tanto el del acuerdo negocial, como el de la entrega del objeto, que marcará, en su caso, la imposibilidad de recuperarlo. En buena lógica, lo normal será que ese momento sea temporalmente coetáneo o posterior a la celebración del negocio dispositivo. Si el objeto ha de ser irrecuperable a la declaración del concurso, el negocio dispositivo también se habrá celebrado antes de ese momento. Y aunque se hubiera pactado el negocio, si el bien no se hubiera entregado al tercero de manera que éste sólo contara con la correspondiente acción personal para exigir la entrega, ese derecho no precluye la posibilidad de su separación en el concurso. Es más, en ese caso, teniendo en cuenta la clara dicción del artículo 81 de la LC no cabe para el titular perjudicado exigir el derecho al precio pendiente de pago, que se condiciona a la inexistencia en la masa y a la imposibilidad de reclamarlo del tercero poseedor inmediato.

2.2.3. Irreivindicabilidad de lo reclamado.

Según los términos literales del artículo 81, su aplicación se condiciona a que el derecho de separación original no pudiera ser atendido porque el objeto al que se refería fue enajenado a un tercero «de quien no puedan reivindicarse». Posiblemente, la redacción legal habría mejorado si la referencia no se hubiera hecho a la posibilidad de reivindicación, sino, más ampliamente, de recuperación del bien o derecho. Téngase en cuenta que, si se interpreta de modo estricto, la acción reivindicatoria va asociada al dominio, mientras que la posibilidad de recuperar el bien puede derivar de derechos distintos al dominio. Dado que el reclamante no tiene porqué ser necesariamente el propietario, sino el titular de un mero derecho restitutorio, en los términos ya vistos, la posibilidad de reivindicar ha de ser valorada correctamente. No se habrá de evaluar si el titular del derecho de separación goza de la acción reivindicatoria frente al poseedor inmediato del bien, sino si este último no ha adquirido una

¹⁹ V. RECALDE, art. 81, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.469; ARIAS VARONA, art. 80, en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios a la legislación concursal...* cit., pág. 834. También, GUILARTE, art. 81, en SÁNCHEZ CALERO, J.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios...* cit., pág. 1.637.

La solución es la misma en la doctrina alemana (v. para el derecho vigente, UHLENBRUCK, §48, en UHLENBRUCK, W., *InsO...* cit., pág. 899; HESS, H., *InsO...* cit., pág. 461; GANTER, §48, en *Münchener Kommentar...* cit.; JONELEIT/IMBERGER, §48, en *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Berlin, 1999, pág. 455; EICKMANN, §48, en *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, Heidelberg, 2003, pág. 255), a pesar de ciertas vacilaciones iniciales (v. JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar...* cit., pág. 668 y allí más referencias a las construcciones originalmente defendidas).

posición inatacable frente al verdadero propietario, lo cual, en general, vendrá dado por la adquisición del dominio de lo que se reclama. En qué situaciones se dará esta circunstancia es algo que se resolverá con arreglo a las normas del derecho común, pero hay que pensar que en la mayoría de las ocasiones derivará de los sistemas de protección de los terceros adquirentes de buena fe (así, por efecto de lo dispuesto en los arts. 464 CC, 34 LH, 85 CCom, etc.)²⁰.

La exigencia de que el objeto sea irreivindicable o, más correctamente, que no pueda recuperarse de su poseedor, supone que la aplicación del artículo 81 de la LC no procede cuando el deudor simplemente estipuló un negocio traslativo. Por ese motivo, en las compraventas en las que está pendiente la entrega del bien al tercero, éste podría ser objeto de un derecho de separación, salvo aquellos casos en los que la posesión por el concursado lo sea de carácter mediato y, al haber un simple constituto posesorio, quepa entender que la tradición ya tuvo lugar y, con ella, la adquisición de una posición inatacable por el tercero. Mayores problemas podrían presentarse cuando el tercero tuviera la posesión del bien, pero aún no hubiera adquirido su dominio de manera definitiva (así, por ejemplo, cuando hubiera una reserva de dominio, o una cláusula suspensiva o resolutoria). Sin embargo, como el requisito para reconocer el derecho atribuido por el artículo 81 de la LC es la imposibilidad de recuperar el objeto del derecho, lo que no se da en esos casos, hay que entender que no sería aplicable. La posición del titular perjudicado sería la misma que la que se indicó para las situaciones en las que el objeto es recuperable de un tercero, esto es, la separación se concretará en la cesión del derecho a reclamar la restitución. Por último, siempre sería posible que el objeto pudiera ser recuperado porque el negocio traslativo del mismo pudiera ser rescindido. Hay que aclarar, en todo caso, que esa posibilidad no procede en el marco de la rescisión concursal²¹. Esta institución es un medio de protección de los intereses de los acreedores del concurso, como claramente pone de manifiesto el artículo 71 al reclamar el perjuicio a la masa, como presupuesto central para la aplicación de ese régimen especial de rescisión. En este tipo de situaciones, parece bastante obvio que, en términos generales, no parece concebible un perjuicio a la masa, sino que el perjuicio lo será al tercero. Por ello, el mecanismo de defensa no será el específico concursal, sino el generalmente dispuesto en el artículo 1.291.3 del Código Civil.

La exigencia legal de que lo reclamado no pueda recuperarse, aunque elimina las dificultades interpretativas planteadas en otros ordenamientos²², presenta el particular problema de si esta cir-

²⁰ V. RECALDE, art. 81, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.469 y GUILARTE GUTIÉRREZ, art. 80, en SÁNCHEZ CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios...* cit., pág. 16.

²¹ En cambio, parece sostener la posible aplicación de la rescisoria concursal a este tipo de casos, ÁLVAREZ OLALLA, art. 81, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...* cit., pág. 959.

²² En el ordenamiento alemán la necesidad de que la enajenación fuera eficaz frente al titular del derecho de separación ha planteado problemas, aunque la tesis generalmente admitida hoy considera que el derecho a separar el equivalente ha de admitirse al margen de ese extremo, así que el perjudicado cuenta con la posibilidad de elegir entre reclamar en el concurso o al tercero directamente, algo que tiene especial relevancia en un ordenamiento que reconoce ese derecho no sólo cuando está pendiente el pago del precio, sino también si ya fue satisfecho y es identificable. La razón fundamental que se aporta para ello es no sólo que se dejaría en una situación muy inconveniente al titular del derecho de separación si se le exige demostrar la eficacia de la enajenación, sino por el mero hecho de que una enajenación ilegítima siempre puede ser confirmada por el sujeto dañado (v. §816.1 BGB), de manera que viene a entenderse que la reclamación en el concurso del precio pendiente, o pagado e identificable, opera como una ratificación tácita de lo realizado por el concursado (v., por todos, UHLENBRUCK, §48, en UHLENBRUCK, W., *InsO...*, cit., pág. 898; GANTER, §48, en *Münchener Kommentar...*, cit., pág. 1.055; EICKMANN, §48, *Frankfurter Kommentar...*, cit., pág. 255, siguiendo las tesis defendidas ya durante la vigencia de la KO, entre otros, v. JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar...* cit., pág. 668; KILGER, J.; SCHMIDT, K., *Konkursordnung...*, cit., pág. 278 o HÄSEMeyer, L., *Insolvenzrecht*. Köln, 1992, pág. 232).

cunstancia ha de ser demostrada por el reclamante. La respuesta afirmativa parece lo más ajustado al principio general según el cual quien alega algo ha de probarlo, en este caso, la imposibilidad de recuperación de lo reclamado, sea del deudor concursado, pues ya no lo posee, sea del tercero poseedor, cuya posición es inatacable. Sin embargo, como demuestra la experiencia de otros ordenamientos, esa solución lleva a resultados injustos en la práctica. De hecho, limitaría enormemente la aplicación del precepto, hasta hacer que la concesión de este sistema tuitivo del titular perjudicado fuese poco más que ficticia. La clave está en que, en la mayoría de los casos, la imposibilidad de recuperar el bien o derecho del tercero irá asociada a la buena fe de éste. En defecto de demostración por parte del titular del derecho de separación, la administración podría cobrar el crédito pendiente y remitir al perjudicado a un complejo proceso frente al tercero, del que habría de demostrar su mala fe, con las dificultades probatorias que ello conlleva²³. De ahí que resulte objetivamente más razonable invertir la carga de la prueba, siendo la administración concursal quien podrá oponer al reclamante la posibilidad de recuperación del objeto del tercero, demostrando que el título por el que posee no le ha otorgado una posición inatacable frente al titular del derecho de separación. Si se tiene en cuenta la dinámica previsible de estos supuestos, puede que, además, la solución más lógica sea esa, porque cabe pensar que el artículo 81 se aplicará cuando el perjudicado obtenga de la administración la respuesta de que no puede atender el derecho de separación original, dado que el bien o derecho no está en la masa. Resulta razonable, en esa situación, que haya de ser la administración concursal la que impida el recurso al artículo 81 probando que el bien o derecho es reclamable del tercero por el titular del derecho de separación. Ciertamente, la solución no resulta tan sencilla de admitir en nuestro ordenamiento, dado el claro tenor del artículo, que reclama la *irrevindicabilidad* de lo reclamado, frente al silencio de otros derechos, señaladamente el alemán, en el que la conclusión apuntada es general. Sin embargo, las normas referentes a la prueba que se establecen en nuestra ley procesal pueden ayudar a ello. Me refiero, en especial, a lo dispuesto en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que obliga al tribunal a tener presente la facilidad y disponibilidad probatoria de cada parte y los principios de proximidad a la fuente de prueba y lealtad procesal. Aunque no es una conclusión segura y siempre depende en cierta medida del caso concreto, es probable que la administración concursal tenga mayor facilidad en la prueba de la posibilidad de recuperación, que el sujeto perjudicado en probar lo contrario, teniendo en cuenta que los datos relativos a la enajenación, como comportamiento del deudor concursado, les constará normalmente de algún modo.

En los casos en que la posibilidad de recuperación derive de la existencia de un derecho de restitución de naturaleza personal, ostentado por el deudor concursado frente al poseedor, va de suyo que la administración concursal habrá de ceder ese derecho al reclamante (por ejemplo, el arrendatario que depositó el bien en manos del concursado, que a su vez lo subdepositó o cedió en precario al tercero). En tales circunstancias, en realidad, no habremos salido del limitado ámbito del derecho de separación ordinario del artículo 80 de la LC, pues lo único que se habrá producido será un cambio en el objeto del derecho reclamado en el concurso, sustituyéndose el bien o derecho originales por el derecho que permite su recuperación del tercero, poseedor inmediato, como ya se ha visto con anterioridad.

²³ Entre nosotros, v. GUILARTE GUTIÉRREZ, art. 81, en SÁNCHEZ CALERO, F.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios...*, cit., pág. 1.637.

2.3. El derecho de separación sobre el crédito por la contraprestación pendiente de cumplimiento.

El artículo 81 contempla, como primera posibilidad, la atribución al sujeto perjudicado del derecho a la contraprestación pendiente, configurándola como corresponde, es decir, como el derecho a reclamar la cesión del crédito correlativo a la obligación que recae sobre el tercero. En realidad, como es sabido, es una de las dos posibilidades concedidas por el artículo 81, dado que el titular del derecho de separación podrá elegir libremente entre la reclamación de ese derecho o la insinuación de un crédito concursal. Sin embargo, dada la catalogación que ha recibido este último, cabe imaginar que la opción más beneficiosa para el titular perjudicado será pedir que se le ceda el derecho a la contraprestación, en la mayoría de las ocasiones. Por otra parte, la auténtica razón de ser de la presencia del artículo 81 en la LC, es precisamente que concede un derecho a reclamar la contraprestación pendiente de pago.

En efecto, la posibilidad de que el separante pudiera insinuar un crédito por el valor del bien o derecho, que ya no podrá obtener porque fue enajenado por el deudor antes de la declaración del concurso, no podía presentar duda alguna. Es evidente que, en ese caso, el comportamiento del deudor ocasionó un perjuicio cuya indemnización podría ser reclamada por el sujeto perjudicado y, teniendo ese derecho un origen preconcursal, debería hacerse insinuando un derecho de crédito en el procedimiento, en el rango que le corresponda. En cambio, la posibilidad de reclamar la contraprestación pendiente de pago, en la forma de una cesión del derecho a exigirla de su deudor, es una solución absolutamente excepcional, pues sitúa a un sujeto que sería un mero acreedor del concurso por el perjuicio, fuera de las naturales pérdidas asociadas a este procedimiento, obteniendo una satisfacción de sus intereses mucho más elevada que la que sería previsible si tuviera que insinuar el correspondiente crédito²⁴. Salvo en los casos en que el negocio realizado por el deudor fuera pactado en condiciones económicas particularmente perjudiciales, la posibilidad de cobrar el precio pendiente de pago cubre casi completamente el interés del sujeto perjudicado o, como mínimo, lo hace en condiciones mucho menos desfavorables.

Desde un punto de vista general y con independencia del análisis detallado de las condiciones que requiere el artículo 81, conviene detenerse brevemente en la naturaleza del derecho concedido en este caso y el fundamento al que obedece.

Por lo que se refiere a la naturaleza del derecho concedido, tal y como ha sido configurado legalmente, no presenta muchas dudas. Se trata de un genuino derecho de separación²⁵, cuyo elemento característico es el objeto sobre el que recae (el derecho de crédito a la contraprestación), que sustituye a aquél sobre el que recaía el derecho original. La conclusión es clara, tanto por los térmi-

²⁴ En el ordenamiento alemán no cabía duda de que el §46 KO tenía esa función (así, entre otros, v. HOCHMUTH, H., *Die Ersatzaussonderung...*, cit., pág. 26; JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar...*, cit., pág. 667; KILGER, J.; SCHMIDT, K., *Konkursordnung...*, cit., pág. 276), planteamiento que, naturalmente, se mantiene para el §48 InsO (así, v., entre otros, UHLENBRUCK, §48, en UHLENBRUCK, W., *InsO...*, cit., pág. 893; GANTER, §48, en *Münchener Kommentar...*, cit., pág. 1.045; JONELEIT/IMBERGER, §48, en *Frankfurter Kommentar...*, cit., pág. 453; NIESERT, B., *Aus- und Absonderungsrechte in der Insolvenz*, Berlin, 1999, pág. 106).

²⁵ En ese sentido, v. RECALDE, art. 81, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.470; ARIAS VARONA, art. 81 en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios...*, cit., pág. 836.

nos empleados en el artículo 81 de la LC («la cesión del derecho a recibir la contraprestación»), como porque, en el sistema adoptado por nuestro derecho, este artículo no incluye la posibilidad de reclamar el precio ya pagado. Por ese motivo, el derecho sólo puede ejercitarse sobre un elemento patrimonial determinado, concretándose en su cesión, lo que no parece dejar muchas dudas sobre la identificación del derecho como una separación en sentido estricto. La consecuencia necesaria de ello es que habrán de respetarse los requisitos de cualquier derecho de separación en el concurso, en los términos que ya se han indicado por referencia al artículo 80. En cuanto al derecho atribuido en el artículo 81, no debe obviarse la posibilidad de que, a pesar de la concesión legal del mismo, las circunstancias del caso concreto impidan el ejercicio a su titular. Por ejemplo, porque el derecho a la contraprestación pendiente hubiera sido válido y eficazmente cedido por el concursado²⁶. Se trata de una situación que es especialmente imaginable con relación a un deudor, parte de un contrato de *factoring*, en cuya virtud la entidad financiera hubiera adquirido el derecho de crédito derivado de la venta de un bien²⁷. Los otros requisitos presentan menos problemas y, en especial, el de la necesidad de la determinación, que en otros ordenamientos resulta bastante problemática por no estar limitado el derecho a las contraprestaciones pendientes de pago, sino incluir también las ya satisfechas. En el nuestro, al referirse a un derecho de crédito, resulta más difícil de imaginar una situación en la que ese derecho pudiera confundirse, dado que no se trata de algo fungible.

La identificación del derecho al crédito correspondiente a la contraprestación insatisfecha como un derecho de separación también proporciona el criterio para resolver el delicado problema de la asunción de los costes generados al concurso con relación al objeto separado. Desde luego, en el supuesto de hecho regulado por el artículo 81 de la LC la existencia de este tipo de costes es más difícil que con relación al derecho de separación en general. En efecto, al tratarse de un bien que no estuvo nunca bajo la posesión material del concurso, pues había sido entregado antes de la declaración al tercero, no habrá costes de mantenimiento, que son los que gravan en mayor medida al concurso en los derechos de separación. Sin embargo, siempre puede haber costes de este tipo incluso en el limitado ámbito del artículo 81 de la LC. Piénsese, por ejemplo, en los que puedan derivar del comportamiento necesario para asegurar que el crédito frente al tercero no se perjudique o prescriba. La solución para estos casos no ha de ser distinta de la que se propugne para cualquier derecho de

²⁶ Un delicado problema en materia del derecho de separación al crédito a la contraprestación es el de la situación del titular cuando el derecho de crédito mismo no puede ser reclamado porque, a su vez, fue objeto de una enajenación. Un ejemplo de ello sería la venta del bien recibido en permuta por el bien originalmente sometido al derecho de separación. La forma adecuada de afrontar el problema es teniendo en cuenta que el derecho a la contraprestación contemplado en el artículo 81 de la LC es un genuino derecho de separación, de manera que su eventual perjuicio habría de ser resuelto en los mismos términos que para cualquier otro derecho de separación. Así, siguiendo el ejemplo anterior, si el deudor vendiera el objeto recibido en permuta a un tercero, del que aún pudiera reclamarse la contraprestación, habría de aplicarse lo establecido en el art. 81 LC, pues el supuesto estaría sin duda dentro de su ámbito de aplicación, al tratarse de la enajenación de un derecho sometido a separación. Desde esta perspectiva, queda claro que la solución a estos supuestos pasa, en realidad, por aplicar las conclusiones generales para el derecho de separación en general cuyo objeto, en este caso, sería el derecho de crédito a la contraprestación. El problema ha sido estudiado con particular detalle por la doctrina alemana, que usa este mismo punto de partida para la solución (v., por todos, GUNDLACH, U., «Die sogennante "Zweite Ersatzaussonderung"», en *KTS*, 1997, págs. 453 y ss.).

²⁷ La posibilidad de ceder a título oneroso créditos ajenos es real en el marco de la cesión global característica de los contratos de *factoring*, uno de cuyos perfiles más relevantes en los procedimientos concursales es, precisamente, el encaje con el derecho de separación, v. LEÓN, F.; RECALDE, A., «Concurso y *factoring*», en *Anuario de Derecho Concursal*, 4, 2005, págs. 65 y ss (especialmente, págs. 104 y ss.)

separación. Aunque se trata de una cuestión que resulta difícil de resolver con seguridad, ante el silencio legal, pueden ofrecerse ciertos criterios en abstracto. En principio, debe partirse de que todos los gastos de administración de la masa activa generan deudas de la masa ²⁸, dentro de los que habrían de incluirse los relativos a las operaciones de delimitación y los asociados a la administración y conservación de los bienes y derechos que, inicialmente incluidos en la masa activa, salen posteriormente al acreditarse que no son del deudor concursado. Como es natural, eso no justifica que cualquier gasto asociado al objeto de un derecho de separación haya de ser necesariamente asumido por el concurso. Todo lo que exceda de manera evidente de la función y administración de la masa habrá de ser cubierto por el titular del derecho de separación, que deberá reembolsarlos ²⁹.

Tal y como se acaba de indicar, el derecho a la contraprestación pendiente ha de observarse como un derecho excepcional, que proporciona a su titular una posición preferente en caso de concurso, al permitirle recuperar íntegramente lo que está pendiente de pago por el bien o derecho enajenados, en vez de insinuar un crédito que sufriría la correspondiente pérdida derivada del concurso. La causa última que motiva la solución está en razones de estricta equidad ³⁰. No parece razonable que pueda beneficiar al conjunto de acreedores una contraprestación que se corresponde con un elemento patrimonial que, no siendo del concursado, nunca habría podido ser empleado para el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, resulta más difícil concretar de manera precisa a qué categoría jurídica puede responder esa atribución excepcional del derecho de separación y, más exactamente, si nos encontramos ante una solución extrapolada del régimen general del enriquecimiento injusto o, por el contrario, se trata de una modalidad de subrogación real.

La primera de las explicaciones fue inicialmente propuesta en el ordenamiento alemán ³¹, pero, por las mismas razones que se aducen hoy en su doctrina, no es una explicación adecuada.

²⁸ La LC no resuelve expresamente la calificación de los costes asociados a la administración de la masa, pero no parece haber muchas dudas en que han de satisfacerse con cargo a la masa, v. por todos, BELTRÁN, art. 84, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.524.

²⁹ La asunción de los costes asociados a los derechos de separación no está, en general, resuelta de manera expresa en otros ordenamientos, incluso en aquellos en los que se contempla un supuesto muy parecido, como es el de la participación en los costes del procedimiento de los titulares de derechos a la ejecución separada, como es el caso del derecho alemán. De ahí que se trate de una cuestión muy debatida también fuera de nuestras fronteras. La posición más radical es la de los autores italianos, que entienden que necesariamente han de ser asumidos por la masa (v., entre otros DEL VECCHIO, F., *Le spese e gli interessi nel fallimento*. Milano, 1969, pág. 91 y GUALANDI, A., *Spese e danni nel processo civile*. Milano, 1962, pág. 220. En el mismo sentido, v. también PELLEGRINO, G., «Le spese sostenute per la domanda di ammissione al passivo e di rivendicazione, restituzione e separazione dei beni», en *Dir.Fall.*, 1974, II, págs. 737 y ss.; MAFFEI ALBERTI, A., *Commentario breve...*, cit., pág. 277 y BONFATTI, S., «La formazione dello stato passivo. IV. Le domande di rivendicazione, restituzione e separazione previste dall'art. 103 L.Fall» (reseña de jurisprudencia), en *Giur.Comm.*, 1979, I, pág. 429). Entre los autores alemanes, se admite, con mayor o menor extensión, la cobertura de los costes por la masa, pero con los límites derivados de su conexión estricta con las operaciones de delimitación de la masa activa (así, aunque con diferentes posturas, v., ya para la KO, BORCHERS, R., «Über die Behandlung der mit der Aussonderung im Konkursverfahren verbundenen Kosten und die Verpflichtung zu deren Zahlung», en *KTS*, 1972, pág. 239 y, con relación a la InsO, UHLENBRUCK, §47, en UHLENBRUCK, W., *InsO...* cit., pág. 888; GANTER, §47, en *Münchener Kommentar...* cit., pág. 1.036; v. también HESS, §47, en HESS, H., *InsO...* cit., pág. 453 y, para la KO, KILGER, J.; SCHMIDT, K., *Konkursordnung...* cit., pág. 260).

³⁰ V. GANTER, §48, en *Münchener Kommentar...* cit., pág. 1.045, siguiendo el planteamiento históricamente sostenido para el régimen de la KO (v. JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar...* cit., pág. 667).

³¹ V., por todos, SEUFFERT, L., *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, pág. 100.

Sobre todo porque, desde la perspectiva del derecho concedido, sólo sería justificable si hubiera habido un enriquecimiento injusto *de la masa*. Una circunstancia que no se da evidentemente en el ámbito del artículo 81 de la LC³². De ahí que sea más razonable sustentar la excepcional concesión de este derecho en la categoría de la subrogación real, como una modalidad particular de ella³³. Es sabido que la subrogación real supone la sustitución del objeto de un derecho con mantenimiento de este último, que no sufre más alteraciones que las derivadas de ese cambio en el objeto, que es lo que, en esencia, sucede en este caso. Es más, dado que el derecho atribuido no se refiere al precio, sino al derecho de crédito que permite reclamar la contraprestación pendiente, se pueden soslayar las particularidades que, para la doctrina civilista, existen cuando el precio sustituye a la cosa, lo que lleva a considerar estos casos como subrogaciones reales impropias³⁴. Así entendido, se comprende que la posición del titular del derecho de separación frente al concurso no se modifique, ni en la naturaleza del derecho concedido, ni en los presupuestos a los que se condiciona su ejercicio. Esto, se entiende, con la salvedad de los que vengan necesariamente impuestos por el cambio del objeto. Así, por ejemplo, la existencia en la masa se referirá al derecho de crédito y no al objeto y otro tanto sucede con relación a la titularidad de un derecho sobre el mismo o la exigencia de determinación e identidad.

La identificación del supuesto con una subrogación real resuelve adecuadamente la posición del titular perjudicado frente al concurso. Sin embargo, no proporciona respuestas para evaluar la que le corresponde frente al tercero. Para ello será necesario acudir al régimen de la cesión de crédito. Esto queda claro, afortunadamente, con la referencia expresa de la LC a que la reclamación se concreta en la exigencia de «cesión» del derecho a la contraprestación pendiente. Con ello, aunque sea la solución más lógica, se evitan los problemas interpretativos que presentan instituciones semejantes en otros ordenamientos y se aclara el régimen supletorio por el que se regirá la relación entre

³² V. por todos, ya para la KO, JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar...*, cit., pág. 667 y HOCHMUTH, H., *Die Ersatzaussonderung...*, cit., pág. 23. El argumento es general entre la doctrina moderna, v., por ejemplo, UHLENBRUCK, §48, en UHLENBRUCK, W., *InsO...*, cit., pág. 893 y allí más referencias. En todo caso, se admite el innegable paralelismo existente entre el supuesto del derecho de separación del equivalente y el cobro indebido, como uno de los tipos específicos de enriquecimiento injusto regulados en los §§ 812 y ss. BGB (v. en particular el §816 BGB), v. GERHARDT, W., «Der Surrogationsgedanke...», cit., pág. 3 o, en ocasiones, yendo aún más allá, se sostiene abiertamente que la finalidad de la norma es «evitar un enriquecimiento injusto de la masa» (así, v. GUNDLACH, U; FRENZEL, V; SCHMIDT, N., «Die Rechtsstellung...», cit., pág. 98).

³³ V., con relación al derecho alemán, GERHARDT, W., «Die Surrogationsgedanke...», cit., *passim* y, más recientemente, también GUNDLACH, U; FRENZEL, V; SCHMIDT, N., «Die Rechtsstellung...», cit., pág. 97. Así, para la regulación histórica del derecho italiano y francés, el derecho recogido en los respectivos códigos de comercio era generalmente identificado como un caso de subrogación real (*pretium succedit loco rei*) sobre todo en la doctrina francesa (en ese sentido, entre los autores más clásicos v. PERCEROU, J., *Des faillites...*, cit., pág. 432; LYON-CAEN, Ch.; RENAULT, L., *Traité...*, cit., pág. 124 y RENOUEAU, Ch., *Traité...*, cit., pág. 351; entre los más modernos, RIPERT, G.; ROBLOT, R., *Traité...*, cit., pág. 1.090; PÉROCHON, F., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*. Paris, 1999, pág. 178 y LE CANNU, P.; LUCHEUX, J.M.; PITRON, M.; SÉNÉCHAL, J.P., *Entreprises en difficulté. Prévention, redressement et liquidation judiciaire*, Paris, 1994, pág. 712, por citar algunos). En los autores italianos y alemanes, sin embargo, la calificación jurídica del derecho oscila según los casos y, en términos generales, se admite la dificultad de dar una solución válida indiscutible (en Italia, para el régimen del CC, posterior a la LFall, v., por todos, la amplia exposición de esta materia en SANTAGATA, *Del mandato...*, págs. 298 y ss. y GADDI, M.; PAOLICELLI, F.; GAGLIARDI, M., *Del mandato. Del sequestro convenzionale. Art. 1703-1802*, en *Commentario teorico-pratico al Codice Civile* (dir. por DE MARTINO, V.). Torino, 1971, pág. 62; en Alemania, donde un régimen equivalente se recoge para la comisión en el §392.2 HGB, v. BAUMBACH/HOPT, *HGB*, pág. 962 y SCHLEGELBERGER/GESSLER, *HGB*, pág. 116).

³⁴ V. LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., voz «Subrogación real», en *EJBC*, Tomo IV, pág. 6.387.

el titular del derecho de separación perjudicado y el tercero deudor de la contraprestación. Al tratarse de una cesión, el tercero podría oponer al titular del derecho de separación las mismas excepciones que podía oponer al deudor concursado, incluso las personales en tanto no hubiera consentido la cesión, consentimiento que no podrá presumirse sin una manifestación expresa en ese sentido del tercero (art. 1.198 CC). Esa posibilidad garantiza un trato equitativo de este último, que no puede ser perjudicado en favor del titular del derecho de separación. Así, en caso de que el deudor no hubiera cumplido la entrega del bien, el tercero podría negarse a pagar, empleando la excepción de incumplimiento del contrato, de manera que si el bien aún estuviera en el concurso, se debería reclamar su devolución, ejercitando el correspondiente derecho de separación. Del mismo modo, al adquirente no podría exigírsele el pago si ya lo hubiera hecho al deudor sin que se le hubiera comunicado el cambio de acreedor, porque en tal caso el pago sería liberatorio. El titular del derecho de separación sólo tendría un derecho frente al concurso, a resolver con arreglo a los criterios aplicables a los casos en los que la contraprestación no esté pendiente, de lo que me ocuparé más adelante. De todos modos, hay que entender que quedarían vetadas al tercero las posibles excepciones derivadas solamente de la condición personal del deudor, desligadas por tanto del contrato celebrado; en particular, no podrían oponerse al titular del derecho de separación aquellas excepciones que se deriven del concurso de su acreedor.

Al mismo tiempo, al concretarse el derecho de separación en la forma de una cesión, se da respuesta a la forma en la que habrá de concretarse su objeto, dado que comprenderá no sólo el derecho de crédito en sí mismo considerado, sino también todo aquello que acompaña necesariamente al crédito cedido. Así, comprenderá también la de todos los documentos relativos al mismo y, en particular, aquellos que sean precisos para el ejercicio del derecho (facturas, albaranes de entrega, etc.). Esto es lógico, dado que sin ellos se dificultaría mucho el ejercicio del derecho por el titular del derecho de separación, lo que podría dejar sin sentido el derecho a reclamar la contraprestación pendiente³⁵. En caso de que se hubieran emitido títulos representativos de la obligación del pago, en términos generales no se impedirá la separación, dado que, salvo que se haga expreso, la emisión del título o su transmisión no se hace en pago, sino para pago. Teniendo en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 1.170 del CC, la obligación principal queda en suspenso, el derecho de separación en estos casos se concretará sin duda alguna en la transmisión del título en la forma que resulte adecuada, según el caso. Habitualmente, hay que entender que será por medio del endoso del correspondiente título de crédito (cheque, letra o pagaré).

Por otra parte, la aplicación del régimen de la cesión de crédito permite concluir que no sólo afectará al derecho en sí, sino también a todos los derechos accesorios, como fianzas, hipotecas, etc., siempre que estén directamente vinculados con el cumplimiento de la prestación derivada del negocio por el que se enajenó (art. 1.528 CC)³⁶. Igualmente, la separación no supondrá sólo la cesión del derecho a la contraprestación pendiente, sino también el derecho a reclamar el correcto cumplimien-

³⁵ A pesar de la inexistencia de una norma expresa en tal sentido, la extensión del derecho también a los documentos puede argumentarse sobre la base del artículo 1.258 del CC (v. PANTALEÓN PRIETO, F., voz «Cesión de créditos», en *EJBC*, Vol. I, Madrid, 1995, pág. 1.024).

³⁶ Así, v. ARIAS VARONA, artículo 81 en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios...*, cit., pág. 836 y GUILARTE, artículo 81, en SÁNCHEZ-CALERO, J.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios...*, cit., pág. 1.638.

to del contrato en todos sus extremos e, incluso, el derecho a exigir su resolución en caso de que el adquirente no cumpliera sus obligaciones, no sólo ceñidas al pago de la contraprestación³⁷.

En cuanto al objeto del derecho, en el caso de que el titular perjudicado opte por reclamar la cesión del derecho a reclamar el precio pendiente, es preciso anotar cómo la protección no se limita al valor económico del bien, sino al importe de lo debido por el tercero, sea éste mayor o menor que su valor. En el primero de los casos, por tanto, el titular del derecho de separación recibirá un importe superior al valor del bien, sin que deba restituir el excedente al concurso. La razón de ser de esta regla posiblemente obedezca a la caracterización del supuesto como una subrogación real, en la medida en que difícilmente podría interpretarse como un sistema especial de indemnización, en la línea de lo dispuesto en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, o como una solución alternativa a la que se ofrece para los frutos en el ámbito de la posesión (arts. 451 y ss. CC), pues ni son la una, ni los otros³⁸. Además, puede que el legislador haya tenido en mente, siquiera de forma inconsciente, la existencia de un enriquecimiento injusto de la masa en esos casos, ante el hecho de que autorizar a la masa a retener el exceso del precio con relación al valor le permitiría percibir un rendimiento económico de un bien que no pertenecía al deudor. Este planteamiento podría chocar con la idea de que, habiéndose generado costes asociados a ese derecho de separación, la masa sólo se enriquecería si la diferencia los excediera. Sin embargo, como hemos visto anteriormente, los costes pueden deber ser asumidos por la masa y, en lo que se refiere a los que debiera asumir el titular del derecho de separación, lo que existiría sería una obligación de reembolso por su parte.

Cuando, a diferencia del caso anterior, el valor del bien es superior a la contraprestación pendiente, el problema que se plantea, teniendo en cuenta que lo comprometido por el tercero no alcanza el valor completo, es si el sujeto perjudicado podrá insinuar un crédito por la diferencia, al mismo tiempo que solicita la separación del derecho a la contraprestación aún pendiente en su totalidad. Aunque podría ser discutible, mi opinión es que el legislador ha querido proporcionar al titular perjudicado la opción por una de las dos alternativas, cuando la contraprestación aún sea exigible del

³⁷ La conclusión indicada en el texto es mayoritaria en el derecho alemán; v. entre otros, SCHEGELBERGER-GEßLER, *HGB*, pág. 119 y KOLLER, I., §§ 383-406, en *HGB Großkommentar* (dir. por CANARIS, C.W.; SCHILLING, W.; ULMER, P.). Berlin, 1985, pág. 156.

En el derecho italiano, en cambio, al indicar el artículo 1.705.2 del CC que se trata de los «derechos de crédito derivados de la ejecución del mandato», la doctrina entiende que eso limita de modo importante el ámbito de la sustitución, pues impide hablar de una subentrada en la posición contractual, que tendría efecto también para las obligaciones. Se trata sólo de los derechos derivados de la relación jurídica entablada en ejecución del contrato. Y dentro de ellos, tan sólo los derechos de crédito, lo que deja fuera otros posibles derechos relativos al contrato pero no identificables como derechos de crédito, tales como el derecho de resolución o de rescisión (v. SANTAGATA, C., *Del mandato...*, cit., pág. 343; LUMINOSO, A., *Mandato, commissione, spedizione*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dir. por CICU, A.; MESSINEO, F.; MEGOLI, L.). Milano, 1984, págs. 221 *passim*; GADDI, M.; PAOLICELLI, F.; GAGLIARDI, M., *Del mandato...* cit., pág. 63 o MIRABELLI, G., *Commentario del Codice Civile. Libro IV, Tomo 3.º. Dei singoli contratti*, Torino, 1968, pág. 565, entre otros) y, del mismo modo, a los derechos reales o personalísimos (v. GADDI, M.; PAOLICELLI, F.; GAGLIARDI, M., ob. cit., *loc. ult. cit.*).

³⁸ Recurren a la comparación con el sistema indemnizatorio del deudor incumplidor dispuesto en los artículos 1.106 y 1.107 del CC, en cambio, SASTRE PAPIOL, artículo 81, en FERNÁNDEZ BALESTEROS, M.A. (coord.), *Derecho concursal práctico*, Madrid, 2004, pág. 436 y VÁZQUEZ ALBERT, artículo 81, en SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios a la Ley Concursal, Barcelona, 2004*, pág. 1.012.

tercero adquirente³⁹. Es decir, que o reclama el precio, o insinúa el crédito previsto en el mismo artículo 81. Ante esa tesitura, considero que las opciones proporcionadas son excluyentes, de manera que, optando por el derecho a reclamar el precio pendiente al tercero, queda impedida para el titular la insinuación de un derecho de crédito.

El ejercicio de este derecho especial requiere, en cualquier caso, la pendencia de la contraprestación, como claramente se dispone en el artículo 81. La pendencia habrá de evaluarse con arreglo a los principios generales del derecho común y abarca no sólo los supuestos de cumplimiento en sentido estricto, sino también cualquier circunstancia que determine que la obligación de pago es inexigible frente al tercero (v. arts. 1.156 y ss. CC). El momento en que ha de evaluarse la pendencia de la contraprestación, a los efectos de permitir al separante exigir la cesión del derecho a reclamarla, es el momento en que éste solicita de la administración concursal la cesión. La letra de la ley es suficientemente clara en este aspecto como para llevar a esta conclusión, distinta del principio general, según el cual los derechos han de evaluarse con arreglo a la situación de la apertura del procedimiento. Por otra parte, al margen de la letra de la ley, parece bastante obvio que la posibilidad de conceder al titular perjudicado el derecho a exigir la cesión del derecho a reclamar la contraprestación pendiente requiere que, en el momento en que se lleve a cabo, subsista como tal. Si aquél aún existía en el momento de declararse el concurso, pero ha desaparecido más tarde, lo que impide el reconocimiento del derecho atribuido en el artículo 81, se trata de una situación distinta que no podrá resolverse con arreglo a lo establecido en este precepto⁴⁰.

El derecho que brinda el artículo 81 de la LC en su primer párrafo plantea una dificultad. Se trata de la necesidad de resolver si puede entrar en juego, ya cuando la contraprestación hubiera sido satisfecha en parte, ya cuando se dispuso del bien o derecho en el marco de un negocio más amplio en el que el precio se negoció en bloque. El problema, en realidad, abarca situaciones diferentes. La primera sería que la contraprestación hubiera sido satisfecha en parte, pero aún estuviera pendiente parte de la misma. La redacción legal («cuando el adquirente todavía no la hubiera realizado») y, sobre todo, la propia finalidad perseguida por el precepto aconsejan en esos casos permitir el ejercicio del derecho de separación por lo que aún esté pendiente de cumplimiento⁴¹. En estos supuestos, vuelve a plantearse nuevamente la duda de si la separación del derecho a la contraprestación pendiente (ahora, a la parte pendiente de cumplimiento), puede coexistir con la insinuación de un derecho de crédito por la parte ya satisfecha. La solución, en este caso, creo que ha de ser distinta a la que se propuso antes para el supuesto de la discordancia entre el importe de la contraprestación y el valor real del bien o derecho enajenado. Al contrario de lo que sucedía entonces, hay que admitir que el titular perjudicado, al mismo tiempo que reclama el derecho a exigir la parte de la contraprestación pendiente, insinúe un crédito por la parte no exigible, que tendrá el rango que corresponda según el régimen general de calificación de créditos. La razón es que, en mi opinión, la disyuntiva que pro-

³⁹ En el ordenamiento alemán, en cambio, en el que el §48 InsO sólo se refiere al derecho de separación del equivalente, sin mencionar la alternativa de la insinuación del correspondiente derecho de crédito, se admite que si el valor es superior al precio pagado, el separante podría insinuar un crédito por la diferencia, que habría de recibir el tratamiento que correspondiera según los casos (concursal o deuda de la masa). Así, v. UHLENBRUCK, §48, en UHLENBRUC, W., *InsO...*, cit., pág. 904.

⁴⁰ Así, v. ARIAS VARONA, artículo 81, en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios...*, cit., pág. 837.

⁴¹ V. ÁLVAREZ OLALLA, artículo 81, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...*, cit., pág. 959.

pone el artículo 81 (el derecho a la contraprestación o la insinuación de un crédito) sólo tiene sentido con relación a la contraprestación pendiente, pero no puede servir para resolver la situación del titular perjudicado cuando no se da este presupuesto. De otro modo, por ejemplo, el crédito siempre debería calificarse como ordinario, en aplicación de lo dispuesto en ese artículo y, en realidad, cuando la contraprestación no está pendiente ese crédito podrá ser ordinario, privilegiado o, incluso, un crédito frente a la masa, como se verá más adelante. De ahí que, a mi juicio, haya de reconocerse la posibilidad de que, reclamado el derecho a exigir del tercero la parte de la contraprestación no satisfecha, el titular perjudicado pueda solicitar al mismo tiempo un crédito del tipo que corresponda, por la parte de la contraprestación que no es exigible.

La otra situación que se puede presentar es que el objeto no hubiera sido enajenado individualmente, sino como parte de un negocio más amplio en el que el precio se hubiese pactado por el conjunto. A su vez, en el conjunto puede suceder que la totalidad de lo enajenado no perteneciera al deudor, con lo que concurrirían exclusivamente titulares de derechos de separación perjudicados o, por el contrario, que la enajenación hubiera incluido bienes propios de deudor y ajenos (por ejemplo, en la enajenación de un componente, vendido bajo reserva de dominio, como parte de un objeto más complejo cuyas otras partes sí pertenecían irrevocablemente al deudor). La solución es bastante insegura, pero en la primera de las situaciones no creo que se deba excluir la posibilidad de separar el derecho a exigir la contraprestación, en la forma de una cotitularidad por los distintos sujetos perjudicados, en la proporción correspondiente. Si, por el contrario, en la enajenación también se incluían bienes del deudor, la solución puede ser más discutible, aunque creo que habría de reconocerse en ese caso el derecho al titular por la parte que correspondiera del precio. Sin embargo, debería limitarse a los casos en los que el desglose de precio permitiera apreciar sin dificultad el importe correspondiente al bien del tercero. De no ser así, no cabría la posibilidad de separar el derecho a la contraprestación, como objeto de un derecho de separación, por efecto de su confusión⁴². Si fuera posible la separación, es posible que la viabilidad práctica del derecho exigiera no la cesión del derecho de crédito, sino más bien el reconocimiento de una deuda de la masa por la parte correspondiente, una vez recibida la contraprestación por la administración concursal, posibilidad que siempre está abierta. Otra alternativa sería que el titular perjudicado pagara al concurso la parte de la contraprestación pendiente que se correspondiera con lo que era del deudor, para así obtener la cesión íntegra del derecho a la misma.

2.4. La insinuación de un crédito concursal.

La insinuación de un crédito concursal es la otra alternativa que ofrece la LC al titular del derecho de separación perjudicado. Dado que el trabajo se enfoca hacia el análisis de los derechos especiales al contravalor, como tal, en el concurso, no procede hacer un análisis detallado del contenido de la ley en este punto. Sin embargo, sí resulta adecuado señalar que se trata de una disposición perfectamente prescindible desde el punto de vista de la concesión de ese derecho. En realidad, como

⁴² La exigencia de la identidad, como condición necesaria para el reconocimiento de un derecho de separación, lo hace imposible en los casos en los que, confundido su objeto con otros del quebrado, esa nota no esté presente. V., por todos, ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación...*, cit., págs. 155 y ss.

ya se ha visto, no cabe duda de que el perjuicio derivado de un comportamiento del deudor como el que contempla el artículo 81 de la LC podría ser reclamado mediante la insinuación del correspondiente crédito. De ahí que el interés del precepto resida en otros aspectos.

En primer lugar, en la fijación de un sistema especial para el cómputo de la insinuación tardía, como presupuesto determinante de la calificación del crédito como subordinado. El *dies a quo* para ello no puede establecerse del mismo modo que para los restantes créditos, así que el legislador fija como momento específico «la aceptación por la administración judicial» o «la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos del titular perjudicado». El reconocimiento de esos dos momentos alternativos obedece a la posibilidad de que el derecho que permitía invocar la separación puede haber sido admitido por la administración concursal o, fuera del procedimiento, por un juez. Ha de anotarse que esos «derechos» a los que se refiere el artículo 81 de la LC no son otros que el derecho que fundamentaba la posibilidad de ejercicio del derecho de separación y que implicaba la inexistencia de derechos por parte del deudor concursado. Por tanto, el derecho de separación original, cuyo reconocimiento devino imposible por efecto de la enajenación por este último. Obsérvese que en este caso no será preciso analizar si se dan las condiciones que permiten el ejercicio de ese especial derecho de separación que se concede sobre el derecho a la contraprestación pendiente de pago. La posibilidad de insinuar el derecho de crédito no puede condicionarse a la existencia de este último derecho, sino al mero perjuicio de un derecho de separación original. Así pues, el que el derecho al precio pendiente (por así llamarlo) no hubiera podido reclamarse, por no darse las condiciones particulares de este último, no es impedimento para que el sujeto perjudicado insinúe el correspondiente crédito, en los términos expresados por el artículo 81.1 de la LC, *in fine*.

En segundo lugar, es notable que la LC permite al sujeto perjudicado optar por dos alternativas, en cuanto al importe del crédito a insinuar. Así, aunque la referencia es al valor del bien o derecho cuya separación no fue posible, lo que lo desvincula, en principio, de la contraprestación pendiente, se puede reclamar el valor en el momento de la enajenación o en otro posterior, más el interés legal⁴³. Sin embargo, este sistema de protección del sujeto perjudicado, aparentemente tan favorable, se ve desmentido a continuación cuando, en el segundo párrafo, se califica este crédito como un derecho de crédito ordinario. El legislador parece haber olvidado que, a falta de esta regla especial, el derecho que podría insinuar el titular del derecho de separación conforme a las normas generales del procedimiento concursal podría ser calificado de manera diferente. Por ejemplo, porque el reclamante careciera de relación contractual con el concursado y reclamara el perjuicio sobre la base de su responsabilidad extracontractual, lo que atribuye a ese derecho el carácter privilegiado. De ahí que, en mi opinión, la calificación del crédito fijada en el artículo 81 de la LC haya de circunscribirse exclusivamente a los casos en los que su insinuación se hace por quien, pudiendo separar el dere-

⁴³ El legislador ha sido excesivamente conciso en la regulación del importe del crédito que podría ser insinuado. En particular, el sistema previsto presenta la dificultad de saber cuál es el momento en que ha de calcularse y si el interés se sigue generando hasta la insinuación del crédito o, por el contrario, la generación de intereses ha de paralizarse a la declaración del concurso, por extensión del régimen general de cómputo del importe de los créditos (v. art. 88.3 LC). Esta última solución parece más razonable (así, v. SASTRE PAPIOL, art. 81, en FERNÁNDEZ BALESTEROS, M.A. (coord.), *Derecho concursal práctico...*, cit., pág. 436 y VÁZQUEZ ALBERT, art. 81, en SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios...*, cit., pág. 1.013). Por razones obvias, estos intereses no pueden verse afectados por la subordinación dispuesta en general en el artículo 92.3 de la LC.

cho a reclamar la contraprestación, escoge este sistema alternativo. Ello supone que la calificación automática como crédito ordinario tenga como presupuesto la pendencia de la contraprestación. En los restantes casos, es decir, cuando ésta no está pendiente, el crédito que ostentará el sujeto perjudicado tendrá la clasificación que corresponda según el régimen general en esta materia. Como se verá más adelante, ese crédito podrá ser concursal o de la masa y, siendo del primer tipo, ordinario o privilegiado según los casos ⁴⁴.

3. OTRAS POSIBILIDADES

El artículo 81 de la LC delimita los derechos del titular del derecho de separación para un supuesto muy concreto. Así, se dejan fuera del régimen legal toda otra serie de situaciones en las que el derecho no puede reconocerse en el concurso porque el objeto sobre el que recae salió de las manos del concursado. Dentro de estas otras situaciones, hay algunas cuyos supuestos de hecho se acercan notablemente a lo resuelto en el artículo 81. Las más claras son aquellas en las que la pérdida del objeto se debió a una enajenación, pero no entra dentro de lo dispuesto en este precepto, bien porque se enajenó después de la declaración del concurso, bien porque la contraprestación ya no está pendiente. Pero además, no hay que olvidar que la existencia de un contravalor por el objeto del derecho de separación que no puede reclamarse, al no estar en la masa del concurso, puede darse también en otros supuestos distintos a la enajenación. Se trataría de aquellos en los que el objeto simplemente se destruyó, pero existe la posibilidad de reclamar frente a un tercero una cantidad a cambio del mismo. Tanto en los supuestos de enajenaciones que no se corresponden con el ámbito de aplicación del art. 81, como en los casos en que ese contravalor no es producto de un negocio dispositivo, es necesario resolver cuál será la posición del titular del derecho de separación perjudicado.

3.1. Contraprestación no exigible.

El legislador español no ha seguido el modelo de otros ordenamientos, en los que los derechos atribuidos al titular de un derecho de separación perjudicado por su enajenación se han extendido expresamente a lo ya satisfecho en pago del objeto enajenado. La dicción del artículo 81 de la LC es muy clara en este aspecto y limita su aplicación a los casos en los que la contraprestación esté pendiente, como ya se ha observado. De ahí que la solución a este tipo de situaciones no pueda hacerse con recurso a ese precepto, sino con arreglo al régimen general. Para ello es necesario distinguir el momento en que se satisfizo la contraprestación o, más correctamente, el momento en que su exigibilidad devino imposible. Si se tiene cuenta que la pendencia de la contraprestación ha de eva-

⁴⁴ La catalogación del crédito como ordinario de forma necesaria ya fue criticado en la fase prelegislativa (así, v. GARCÍA VILLAVARDE, R. «El Anteproyecto de Ley Concursal español del 2000: las bases de una reforma esperada», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2001, 491, pág. 5) y se ha mantenido más tarde tras la definitiva aprobación (así, v. por todos, ARIAS VARONA, art. 81, en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, pág. 838; VÁZQUEZ ALBERT, art. 81, en SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios...*, cit, pág. 1.012).

luarse en el momento en que se reclama la cesión del derecho a reclamarla y no a la declaración del concurso, es perfectamente posible que la imposibilidad de reclamarla sea consecuencia de un acto anterior a la declaración del concurso, o posterior a ella. La solución será diferente para cada caso.

Si la contraprestación no puede ser exigida del tercero porque la obligación de pago se extinguió antes de declararse el concurso, dada la opción adoptada por nuestro legislador, considero que el titular del derecho pierde completamente la posibilidad de reclamar la contraprestación ya satisfecha. Su posición, de ser así, será la de un simple acreedor por el daño sufrido, de modo que deberá insinuar el crédito correspondiente, que será calificado como proceda. Esta última anotación tiene una importancia especial, en tanto que no procedería aplicar lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 81 de la LC, sino el régimen general de clasificación de créditos, por lo que si la reclamación fuera por responsabilidad extracontractual se trataría de un crédito privilegiado (v. art. 91 LC). De cualquier forma, conviene anotar que la posición del titular no presenta problemas en todas las situaciones, sino sólo en aquéllas en las que, por razón de la naturaleza de la contraprestación o el modo de realizarla, cabe entender que ésta aún sea identificable como tal.

En efecto, en la mayoría de las ocasiones en las que la contraprestación no es exigible del tercero por haber sido ya satisfecha, no habría posibilidad alguna de admitir un derecho de separación sobre ella, en tanto que, confundida con otros elementos del patrimonio del concursado, no se reunirían todos los requisitos que reclama el derecho de separación, al faltar la necesidad de que recaiga sobre un objeto determinado e identificable. En ese caso, no se está ante un derecho de separación, sino ante un derecho de crédito a la entrega, en este caso de la contraprestación. Si se parte de que lo más frecuente es que la contraprestación sea en dinero y que se satisfaga mediante la entrega o el ingreso en la cuenta empleada para el tráfico habitual del concursado, no cabrá duda sobre la pérdida del derecho de separación y su transformación en un mero derecho de crédito asociado al perjuicio sufrido. Sin embargo, puede suceder que no se den los factores señalados y, por tanto, que la contraprestación ya satisfecha sea identificable como tal. Ello es factible por el tipo de contraprestación (v.gr., si se está ante una permuta), o, incluso, por la forma de satisfacerse (por ejemplo, en un sobre cerrado que aún permanece íntegro o mediante el ingreso en una cuenta especial que carece de cualquier otra anotación contable). De cualquier modo, mi opinión es que en estos casos el derecho de separación se perdió antes de la declaración de concurso y, por tanto, que la situación del titular perjudicado ha de ser otra distinta, debiendo ser tratado como un acreedor más por el daño sufrido por la actuación ilegítima del deudor⁴⁵.

⁴⁵ La doctrina alemana, vigente la KO, en la que no se reconocía el derecho a reclamar la contraprestación ya satisfecha, frente a lo que sucede en el actual §48 InsO, admitía generalmente que cuando el deudor la había cobrado antes de la declaración del concurso, no era posible extender lo dispuesto en el §46 KO y, por tanto, su situación debía ser la de un acreedor más, por el perjuicio ocasionado. La razón que se daba para ello era, fundamentalmente, que la concesión del derecho a reclamar la contraprestación pendiente era excepcional y se apoyaba en motivos de equidad. Ese carácter del precepto impedía, a juicio de la mayoría de los autores, su extensión analógica a los casos en los que el precio no estuviera pendiente a la apertura del procedimiento (así, v. por todos, JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar...*, cit., pág. 667; KUHN, G.; UHLENBRUCK, W., *Konkursordnung...*, cit., pág. 783).

Se ha de anotar, en todo caso, que en la etapa final de vigencia de la KO se defendía por un sector doctrinal la admisibilidad de la extensión del derecho de separación a los casos en los que, no estando pendiente la contraprestación, ésta fuera distinguible como tal, en términos, por tanto, equivalentes al actual §48 InsO (v. GERHARDT, W., «Der Surrogationsgedanke...», cit.,

.../...

La otra posibilidad es que la contraprestación no pudiera reclamarse del tercero, por haber sido extinguida por un acto u omisión posterior a la apertura del procedimiento. Se trata de un comportamiento que puede atribuirse al deudor, fuera de las restricciones que para él implica el procedimiento concursal, o a quien tenga atribuidas las facultades de administración y disposición del patrimonio sometido al concurso (típicamente, la administración concursal, aunque también podrían atribuirse al propio deudor). El régimen aplicable a una y otra situación presenta problemas distintos, de modo que han de afrontarse separadamente.

La primera posibilidad es que la inexigibilidad de la contraprestación frente al tercero obedezca a un acto del concursado, realizado después de la declaración de concurso y fuera del ámbito de facultades patrimoniales que le fueron restringidas como consecuencia del procedimiento. En una primera observación, podría concluirse que esta situación no afecta en nada al procedimiento. Los actos del deudor realizados dentro de sus facultades patrimoniales no afectadas por el concurso y durante el transcurso del procedimiento generan obligaciones posteriores a su apertura y, por tanto, deberían ventilarse fuera de él. La obligación sería exigible frente al propio deudor, que habría de hacer frente a ella cuando finalizase el procedimiento concursal y con el patrimonio posterior que no estuviera afectado por el concurso. Sin embargo, el régimen dispuesto para las deudas de la masa (art. 84 LC) deja abierta otra posibilidad, que puede resultar muy interesante en el plano que nos ocupa en este momento. Se trata de la regla dispuesta en el número 9 del artículo 84.2 de la LC, según la cual, serán créditos contra la masa «los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso». De ahí que el cobro de la contraprestación asociada a la enajenación de un bien ajeno, realizada por el deudor tras la declaración del concurso, podría generar a favor del titular perjudicado la posibilidad de reclamar, como deuda de la masa, la indemnización correspondiente⁴⁶. El problema, sin embargo, estriba en la restricción de este tratamiento a la responsabilidad de origen extracontractual, pues es posible que la responsabilidad reclamada del deudor haya de entrar dentro de los supuestos de responsabilidad contractual, como infracción de la obligación de restituir el bien en un contrato de depósito, por ejemplo⁴⁷. La

.../...

págs. 10 y ss.). El fundamento para ello se encuentra en la comprensión del supuesto de la separación del equivalente como una concreción de un principio subrogatorio general, en virtud del cual si el objeto original no era del deudor y, por tanto, no podía ser empleado para beneficio de sus acreedores, lo que entra en su sustitución debe quedar sujeto al mismo régimen. La principal tacha de ese planteamiento, que es la metodológica (el carácter excepcional de la norma y la imposibilidad de extenderla analógicamente), se trata de superar recurriendo a la llamada extensión teleológica (v., por todos, LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1994, págs. 395 y ss.). El argumento, sin embargo, resulta discutible y, por tanto, lo es igualmente su traslación a nuestro derecho, en tanto que esa extensión requiere una laguna legal que, en el caso concretamente planteado, resulta muy dudosa que se dé. Al contrario, más bien parece que la referencia expresa del legislador (alemán en la KO, español, en nuestra LC) obedezca a la intención de ceñir la posición especial a los casos en que la contraprestación aún no se haya satisfecho, remitiendo los restantes a la que resulte de la aplicación de los principios generales, lo que, en el caso estudiado, supone atribuir al titular perjudicado la posición de un mero acreedor concursal, carente de derecho de separación alguno.

⁴⁶ Sin referirse a este supuesto, v. la conclusión general en BELTRÁN, artículo 84, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.253.

⁴⁷ Sobre esta cuestión, en un marco más amplio que el estrictamente asociado a los derechos de separación, v. YZQUIERDO TOLSADA, M., «Los créditos por responsabilidad extracontractual en la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2005, 5, págs. 101 y ss.

.../...

discordancia, que probablemente se explique en términos equivalentes al tratamiento de los créditos derivados de responsabilidad extracontractual⁴⁸, puede proporcionar un tratamiento más favorable

.../...

Con carácter general, cabe recordar que la coordinación entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, en los casos en que ambos puedan concurrir lógicamente de forma simultánea, es un tema enormemente debatido entre nosotros. A este problema se da respuesta desde dos posiciones distintas, al menos entre la doctrina. La primera es la de quienes consideran que se trata de dos pretensiones de resarcimiento distintas (teoría del concurso de pretensiones). En este caso, partiendo de la general consideración de que un mismo hecho no puede dar lugar a dos indemnizaciones, una primera línea (más tradicional y hoy minoritaria), entiende que ambas responsabilidades se acumulan, de modo que el dañado tendrá a su favor la elección entre una y otra a la hora de reclamar el resarcimiento del daño (teoría de la opción o de la acumulación) –v. GARCÍA VALDECASAS, G., «El problema de la acumulación...», cit., págs. 835 y ss.–. Una segunda línea (teoría de la absorción o no-acumulación), parte de que, tratándose de pretensiones distintas, con diferentes regímenes jurídicos, no es posible optar entre ambas. La justificación es que, al existir un régimen contractual pactado, ello debe implicar la exclusión de la responsabilidad extracontractual, porque es preciso que se respete la distribución de obligaciones, y, sobre todo, de riesgos, prevista para la relación contractual –así, entre otros, v. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil*. Madrid, 2001, pág. 101; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, J., «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana», en *RDP*, 1972, págs. 975 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., en *Comentario del Código Civil*, (dir. por PAZ-ÁREZ RODRÍGUEZ, C.; Díez-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R.; SALVADOR CODECH, P.). Madrid, 1991, pág. 1981–. Frente a la tesis anterior, y desde la década de 1980, ha ido ganando peso una construcción alternativa que defiende que se trata de una sola pretensión, que puede fundamentarse en normas diferentes (teoría del concurso de normas). Para sus defensores, no se está ante dos pretensiones distintas, sino ante dos fundamentos legales diferentes para la misma pretensión, con una sola *causa petendi* cuya resolución podrá sustentarse alternativamente en un régimen u otro (responsabilidad contractual o extracontractual). Según esta construcción, ni el demandante debería indicar de forma excluyente uno u otro fundamento, ni el juez quedaría vinculado por la calificación jurídica ofrecida por el actor. Dado que la *causa petendi* no forma parte de la pretensión, el juez podría variar el fundamento, en aplicación del principio *iura novit curia*, sin que ello viciara la sentencia por incongruente –v., entre otros, Díez-PICAZO, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*. Vol. II. Madrid, 1973, pág. 251 y, más tarde, también PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS de 19 de junio de 1984», en *CCJC*, 1984, 6, pág. 1.883. V. igualmente ASÚA GONZÁLEZ, L., «Comentario a STS de 16 de mayo de 1988», en *CCJC*, 1988, 17, pág. 518 y REAL PÉREZ, A., «Comentario a STS de 22 de febrero de 1991», en *CCJC*, 1991, 25, pág. 672–. Aunque se trata de una construcción que presenta indudables ventajas prácticas, lo cierto es que no encaja del todo en nuestro sistema jurídico, en el que la existencia de dos pretensiones parece evidenciada, cuando menos, por el diferente plazo de prescripción de las correspondientes acciones –en ese sentido, v. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., pág. 104 o incluso, el mismo PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 1.978–. De ahí que, partiendo antes de una adecuada distinción entre los planos sustantivos y procesal que concurren en esta materia [de esta forma, muy correctamente, v. CAVANILLAS MÚGICA, S./TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid, 1992 y REGLERO CAMPOS, F. (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*. Pamplona, 2002, pág. 51], parezca más razonable entender que, en estos casos, resulta prevalente el régimen de responsabilidad contractual, en tanto que se esté dentro de sus límites, es decir, dentro de la órbita contractual (muy resumidamente, cuando teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, la conducta del causante del daño estaba dentro del cumplimiento de una prestación debida, el daño se encontraba dentro del círculo de intereses que el acreedor exponía a la acción del deudor y se produjo antes de agotarse la prestación debida). De otro modo, se iría contra la voluntad de quienes celebraron el contrato, que en ese momento optaron por una específica distribución de riesgos y responsabilidades.

En contraste con la elaboración doctrinal, nuestra jurisprudencia está orientada, por lo general, por criterios eminentemente prácticos y sobre argumentos que sirven para fundamentar cualquier tipo de decisión. De cualquier modo, la línea más moderna parece ser la que entiende que ambos tipos de responsabilidad tienen cabida en el mismo proceso, bien entendiendo que, aunque son excluyentes, nada impide que puedan ser planteadas de manera alternativa o subsidiaria, bien argumentando de forma equivalente a quienes consideran que se trata de una sola pretensión, con distintas normas fundamentadoras, lo que da al juez plena autonomía para decidir con arreglo al régimen que estime más oportuno.

⁴⁸ Sobre la justificación de un tratamiento preferente de los acreedores por responsabilidad extracontractual, que es valorada en general positivamente en nuestra doctrina, v., por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., «Los créditos por responsabilidad extracontractual...», cit., pág. 102; GARRIDO, artículo 91, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, págs. 1.651 y ss. y ALONSO LEDESMA, artículo 91, en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios...*, cit., pág. 921 (crítica, sin embargo, con la opción que terminaría adoptándose en nuestro ordenamiento, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, págs. 207 y ss.). Por lo que se refiere a la conexión entre ambos regímenes, v. GALÁN LÓPEZ, artículo 84, en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios...*, cit., pág. 861.

a unos titulares de derechos de separación que a otros, cuando la situación de fondo es idéntica. Esa disparidad de trato posiblemente constituya un estímulo para orientar hacia el régimen de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil reclamaciones que, por su naturaleza, deberían ser contractuales, incrementando así los importantes problemas que presenta de por sí esta cuestión ⁴⁹.

En cuanto a la pérdida del derecho a la contraprestación por un acto u omisión de quien tenía reservadas las facultades de administración de la masa activa (el ejemplo característico sería el cobro del precio por parte de los administradores concursales), también conduce a la existencia de una deuda de la masa a favor del titular del derecho de separación perjudicado. La justificación en este caso, sin embargo, puede presentar algún problema porque, frente a lo que sucede en otros ordenamientos (v., por ejemplo, lo dispuesto en los arts. 44 y 103 LFall, tras la reforma, o en el §55 InsO), nuestra LC vigente ha omitido cualquier referencia a este tipo de situaciones al regular los créditos contra la masa. Afortunadamente, sin embargo, el artículo 84 incorpora una cláusula general de cierre que permite incluir, entre los créditos frente a la masa, otros a los expresamente previstos. Así, el número 11 del artículo 84.2 de la LC incluye en esa categoría «cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente esa condición». Nuestra doctrina ha interpretado la mención de forma algo extensa, pero necesaria para suplir algunos olvidos imperdonables del legislador en la enumeración de los supuestos particulares, como es el caso de los gastos de administración del concurso. Dentro de esta cláusula general, se entiende que también habrían de incluirse las obligaciones derivadas de un enriquecimiento injusto de la masa o de un cobro de lo indebido ⁵⁰. El primero de ambos supuestos permite resolver el modo de afrontar el tratamiento de los casos en los que la contraprestación, pendiente antes de la apertura del procedimiento, fue cobrada (o extinguida la obligación de otra forma) con posterioridad a la declaración por los sujetos legitimados para la administración del patrimonio concursal. En efecto, en ese caso se dan sin duda los presupuestos de un enriquecimiento injustificado de la masa, pues ésta obtendrá un beneficio patrimonial (el precio), que se corresponde con la correspondiente pérdida para el perjudicado (el titular del derecho de separación, que pierde la posibilidad de reclamar el derecho de crédito frente al tercero por la contraprestación pendiente) y que no tiene causa alguna (dado que la relación jurídica no le autorizaba ese comportamiento) ⁵¹. Por otra parte, también podría darse la posible responsabilidad personal de los administradores concursales por ese comportamiento, si se dieran los presupuestos para ello, dado que el artículo 36 les hace responsables de los perjuicios ocasionados a los terceros por su actuación ⁵².

⁴⁹ V. YZQUIERDO TOLSADA, M., «Los créditos por responsabilidad extracontractual...», cit., pág. 145.

⁵⁰ Así, v. BELTRÁN, artículo 84 en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.524. En cuanto a la consideración como enriquecimiento injusto de la masa de los casos en los que la administración concursal proceda a la venta de un bien ajeno, v. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Madrid, 2006, pág. 714.

⁵¹ Sobre esta materia, v. Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., T. I, págs. 89 y ss. y allí más referencias.

⁵² La responsabilidad de los administradores frente a los titulares de un derecho de separación no puede conceptuarse bajo los supuestos de su responsabilidad frente a la masa, dado que se requeriría un daño a la masa activa, dentro de la que en ningún caso entran los bienes y derechos ajenos al deudor, v. JUAN Y MATEU, artículo 36, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 730. Otra cosa, evidentemente, sería la posible responsabilidad frente a la masa que deberían asumir los administradores cuando, siendo imposible la separación del bien o de la contraprestación por su comportamiento, se generara la correspondiente deuda de la masa, perjuicio del que deberían responder frente a esta última. Sin embargo, si eso es consecuencia de que se hubiese cobrado la contraprestación por la enajenación del objeto del derecho de separación, es difícil que se dé un

.../...

3.2. Enajenación posterior a la declaración de concurso.

La pérdida del derecho de separación por la enajenación del objeto sobre el que recaía también puede producirse cuando ésta ha tenido lugar después de la declaración del concurso. En esos casos, no es posible resolver los derechos de su titular con relación a la contraprestación, pendiente o no, recurriendo al artículo 81 de la LC, que limita su ámbito de aplicación a las enajenaciones anteriores a la declaración que haya llevado a cabo el deudor concursado. Sin embargo, es posible una enajenación posterior que provoque que el adquirente tenga una posición inatacable, sea realizada por la administración concursal, sea por el propio concursado. A la hora de determinar cuál es la posición en el concurso del titular perjudicado por esa enajenación es necesaria una primera aclaración sobre los efectos que tiene la declaración del concurso en cuanto a las facultades patrimoniales del deudor.

La LC, como es sabido, ha modificado profundamente los tradicionales efectos que la declaración de un procedimiento concursal generaba sobre el deudor y, en especial, los que provocaba la quiebra⁵³. El cambio se ha proyectado sobre dos aspectos. El primero es el propio sistema, en el que, de la privación de la administración y disposición de los bienes (en la quiebra) o de la intervención (en la suspensión de pagos), se ha pasado a un sistema abierto que proporciona dos alternativas. De forma muy resumida, se ha de recordar que la normativa vigente parte, en los artículos 40 y siguientes, de que la declaración de concurso puede derivar en dos situaciones distintas: la suspensión y la intervención. En la primera, el deudor pierde las facultades de disposición y es sustituido por la administración concursal. En la segunda, el deudor mantiene esas facultades, pero su ejercicio está supeditado a la intervención por la administración concursal, salvo que, en uso de lo permitido por el artículo 44 de la LC, se fije un ámbito de actos en los que se dé una autorización global. En principio, salvo que el juez encargado del concurso decida otra cosa en el momento de la declaración o, más adelante, en el curso del procedimiento, el concurso necesario implica la sustitución y el voluntario la mera intervención.

El segundo aspecto que ha sido alterado, que resulta central en la solución del problema aquí estudiado, es la fijación de una referencia nítida en cuanto al ámbito objetivo al que se extienden las limitaciones. Frente al régimen derogado, referido generalmente al patrimonio del deudor, el artículo 40.6 de la LC refiere las limitaciones a, literalmente «los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso». Eso supone que las limitaciones derivadas del procedimiento concursal que afectan al deudor no tienen una extensión absoluta, sino que vienen circunscritas a la masa del concurso. La solución es razonable, si se tiene en cuenta que la finalidad de las limitaciones no es otra que la de tutelar el interés de los acreedores, protegiendo el patrimonio del deudor que se empleará

.../...

perjuicio indemnizable, dado que lo que sale como deuda de la masa ingresó anteriormente con el cobro de la contraprestación. Sobre esta cuestión, y con un tratamiento más amplio de los supuestos de responsabilidad de los administradores en estos casos, v. TIRADO, I., *Los administradores concursales...*, cit., págs. 711 y ss. Fuera de nuestra doctrina, v. BARNERT, T., «Insolvenzspezifische Pflichten des Insolvenzverwalters gegenüber Aussonderungsberechtigten», en *KTS*, 2005, 4, págs. 431 y ss.

⁵³ Un desarrollo de los modelos históricos de las limitaciones que llevaba aparejado un procedimiento concursal sobre el deudor puede verse en MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2005, 4, págs. 315 y ss.

para satisfacer sus obligaciones⁵⁴. Por esta razón, todos aquellos comportamientos del deudor que no puedan afectar a los acreedores, porque se refieran a un ámbito patrimonial que sería inatacable por éstos, no tienen porqué verse limitados en modo alguno.

Lo expuesto permite entender que la enajenación por el deudor de un bien o derecho ajeno que, como tal, no podría nunca formar parte de la masa activa, no tiene porqué verse afectado por el sistema restrictivo de sus facultades patrimoniales que se haya adoptado en el concurso. La razón es que ese comportamiento está fuera del ámbito de aplicación de las limitaciones y, por tanto, ha de reconocerse al deudor plena capacidad para enajenarlo, desde la limitada perspectiva de los efectos del concurso⁵⁵. Por ese motivo, en el caso de que, habiendo dispuesto del bien y siendo irrecuperable del tercero, estuviera aún pendiente la contraprestación, si la administración concursal pretendiera que ese derecho debería incorporarse a la masa, en beneficio de los acreedores, su titular podría reclamar su separación. Para ello no sería preciso extender lo dispuesto en el artículo 81, sino que sería aplicable directamente el artículo 80 de la LC, en tanto que el derecho de crédito a la contraprestación pendiente no puede incluirse en la masa activa, de manera que se está ante un supuesto estricto del derecho de separación. En caso de que la contraprestación no estuviera pendiente, las soluciones indicadas en el apartado anterior siguen siendo perfectamente válidas, si no es exigible tanto por un acto u omisión del deudor, como por el comportamiento de la administración concursal.

Las conclusiones anteriores, aun siendo sustancialmente correctas, no deben hacer olvidar que, según las circunstancias del caso concreto, el comportamiento de la administración concursal, incluso del propio concursado, puede derivar de que se considere que el bien sí es del deudor, pues se desconozca la titularidad ajena o ésta sea harto discutible. En esos casos, puede que frente a un acto dispositivo del deudor más allá de las facultades que le reservó el juez, la administración concursal opte por la confirmación del acto realizado, considerando que se trata de algo beneficioso para el conjunto de los acreedores (v. art. 40.6 LC). En esas circunstancias, de hecho, sería posible que la administración concursal incluyera, como un crédito que beneficiará a la masa, el derivado de la contraprestación. Si éste venciera, además, nada impediría que, ante esa circunstancia, se integrara lo cobrado en la masa activa. La duda, ante esta situación, es si obligaría a variar las conclusiones anteriormente expuestas con relación al comportamiento del deudor. La respuesta, a mi juicio, es negativa.

La primera razón para ello es que nunca sería posible aplicar a esa enajenación el sistema sanatorio previsto en el mismo artículo 40.7 de la LC, porque el acto dispositivo no estaría dentro de los supuestos regulados. Al margen de las dudas que pueda presentar la situación concreta, el objeto de ese comportamiento no forma parte del patrimonio afectado por el concurso, pues no es del deudor. Pero además, hay una segunda razón para considerar que, aunque se partiera de un planteamiento distinto, la intervención confirmadora de la administración concursal, no habría de tener efecto alguno sobre los derechos del titular del derecho de separación perjudicado. La posibilidad de que la

⁵⁴ Así, v., por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, artículo 40, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 776; COLINO MEDIAVILLA, artículo 40, en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios...*, cit., pág. 594.

⁵⁵ En sentido contrario al expresado en el texto, v. ÁLVAREZ OLALLA, artículo 81, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...*, cit., pág. 961.

administración concursal ratifique lo actuado por el deudor más allá de sus facultades nunca puede servir para suplir la falta de legitimidad de la transmisión de un bien o derecho ajenos. La tacha que afecta a este tipo de negocio no deriva de las limitaciones asociadas al procedimiento, sino de la ausencia de autorización por parte del legítimo titular del bien o derecho enajenado por el deudor. El acto requeriría, para ser sanado, no de la ratificación de la administración concursal, sino del titular perjudicado. Por ese motivo, la enajenación del bien ajeno por el deudor tras la declaración del concurso siempre permitirá la separación del derecho de crédito a la contraprestación pendiente, por efecto de lo dispuesto en el artículo 80 de la LC. Una eventual confirmación o convalidación del acto realizada por la administración concursal ha de reputarse completamente ineficaz.

La otra posibilidad es que la enajenación al tercero hubiera tenido lugar después de la declaración del concurso, por parte del sujeto que tuviera encargada la administración del patrimonio del concurso. Puede partirse, con carácter ejemplar, que estos casos son aquellos en los que la administración concursal hace uso de la posibilidad, admitida por la propia LC, de enajenar los bienes dentro del tráfico habitual del deudor o, fuera de él, con la autorización del juez si se produce antes de la aprobación judicial del convenio o de la apertura de la liquidación (v. art. 43 LC). En realidad, esta situación puede resolverse en términos muy similares a los expuestos anteriormente. En el caso de que hubiera sido la administración concursal la que, después de la apertura del procedimiento y en uso de sus facultades de administración, hubiera procedido a enajenar el bien o derecho y la contraprestación aún estuviera pendiente, no deben caber muchas dudas sobre el derecho a reclamar la separación del crédito correspondiente, en términos equiparables a los dispuestos por el artículo 81 de la LC⁵⁶. En primer lugar, porque, por razones equivalentes a las expuestas para la enajenación por el deudor, se trata de un crédito que no debería integrar la masa activa, porque no es del deudor, lo que permitiría su separación por efecto de lo dispuesto en el artículo 80 (lo cual evita la necesidad de una discutible extensión analógica de lo establecido en el art. 81 LC⁵⁷). Además, en segundo lugar, si los derechos frente al concurso han de evaluarse en el momento de su declaración, no es imaginable que pueda quedar en una situación más inconveniente por un acto de la administración posterior a ese momento. Por último, también hay razones de estricta economía procesal: si se genera una deuda de la masa a su favor cuando la administración concursal cobró la contraprestación después de la declaración de concurso, como se ha visto, resulta ilógico negar la posibilidad de reclamar el derecho a la contraprestación cuando ésta aún es exigible.

3.3. Pérdida por causas distintas a la enajenación.

En ocasiones, la imposibilidad de reconocer el derecho de separación por no encontrarse su objeto en la masa del concurso es consecuencia de su pérdida. Ésta puede darse antes o después de la declaración, aunque en este momento interesa centrarse en el supuesto equivalente al del artículo 81

⁵⁶ Así, v. FECALDE, artículo 81, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.474.

⁵⁷ Por el contrario RECALDE, artículo 81, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.474, parte de la justificación del derecho de separación por la extensión analógica del dispuesto en el artículo 81 para los casos de enajenación por el deudor antes de la declaración del concurso.

de la LC. Es decir, cuando el derecho de separación no puede ser reconocido porque su objeto desapareció antes de la declaración del concurso. En principio, en una circunstancia semejante, y siempre que la pérdida sea imputable al concursado, habría de considerarse que su situación no sería distinta a la del resto de los acreedores y debería insinuar el crédito correspondiente, en el rango que corresponda. Sin embargo, hay ocasiones en las que se da una situación equiparable a la de la enajenación, porque la pérdida del bien pueda verse compensada por la recuperación, de un modo u otro, del valor del mismo. La situación más obvia es la que se da cuando el bien está cubierto por un seguro, pero también es posible que la pérdida tenga su origen en un acto u omisión negligente de un tercero, de modo que pudiera reclamársele la indemnización correspondiente. Tanto en un caso como en el otro, es necesario determinar si el titular del derecho de separación ve reducida su condición a la de un acreedor más o, por el contrario, puede exigir, como sucede con el artículo 81, la cesión de los derechos a reclamar de la aseguradora o del tercero la indemnización asociada a la pérdida o destrucción completa del objeto que se pretendía separar.

Aunque el supuesto contemplado es muy cercano al resuelto en el artículo 81 de la LC, en realidad la situación de los titulares de un derecho de separación perjudicados por la pérdida o destrucción del objeto a separar, pendiente un deber de indemnización por parte de un tercero, no requiere la aplicación de la regla excepcionalmente dispuesta en ese precepto. Y es que, ni en el caso del seguro, ni en el de la posible existencia de una responsabilidad por parte de un tercero, es preciso acudir a normas diferentes que las que disciplina, en general, el artículo 80 para el derecho de separación. La posición del separante perjudicado se ha de evaluar con arreglo a esas reglas generales. Veamos, en primer lugar, lo que sucede en los casos en los que ese contravalor viene derivado de la existencia de un seguro.

El planteamiento general cuando existe un seguro que permitiría al titular perjudicado recuperarse del perjuicio sufrido con la indemnización debida por el asegurador es resolver la situación en términos equivalentes al caso de la enajenación. En ese caso, se suele afirmar, el titular del derecho de separación puede reclamar el derecho a exigir la indemnización pendiente de pago⁵⁸. La respuesta al problema, sin embargo, no puede hacerse en términos tan absolutos. De hecho, la posición del titular perjudicado difiere según el tipo de seguro ante el que se esté, por lo que es necesario distinguir las varias posibilidades que pueden darse. Lo primero ha de ser diferenciar los seguros que cubren la pérdida del bien de los de responsabilidad civil.

La posibilidad de que el deudor concursado concierte un seguro que cubra la eventual pérdida o perjuicio del objeto de un derecho de separación es perfectamente imaginable. De ser así, se debe reconocer al titular de este último la facultad de separar el derecho a exigir la correspondiente indemnización del asegurador, cuando el seguro se hubiera concertado por cuenta ajena⁵⁹. En esos casos no es necesaria una extensión analógica de lo establecido en el artículo 81 de la LC porque, en rea-

⁵⁸ V. RECALDE, artículo 81, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pág. 1.472 y ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación...*, cit., pág. 181 y allí más referencias.

⁵⁹ La conclusión es general en la doctrina alemana, así como su calificación como un supuesto de derecho de separación estricto y no como un caso de extensión analógica del derecho de separación del equivalente. V., por todos, UHLENBRUCK, §47, en UHLENBRUCK, W., *InsO...*, cit., págs. 877 y GANTER, §47, en *Münchener Kommentar...*, cit., págs. 999 y ss. (para el régimen de la KO, con idénticas conclusiones, v. por todos, JAEGER, E.; LENT, F., *Konkursordnung...*, cit., pág. 638).

lidad, no se ha salido del ámbito de aplicación del artículo 80. La razón es que en los seguros por cuenta ajena, el derecho a exigir la indemnización frente al asegurador cuando tiene lugar el siniestro, no corresponde al tomador, sino al asegurado, como titular del interés. Por este motivo, si la administración concursal pretendiera la titularidad de ese derecho, existiría la posibilidad reclamar su separación, al menos por parte del dueño del bien si el seguro se estipuló por su cuenta.

La validez de la conclusión anterior requiere de una precisión añadida que delimite más precisamente los casos en los que procede la separación del derecho a exigir la correspondiente indemnización del asegurador. Es muy importante señalar, a estos efectos, que la existencia de un contrato de seguro por cuenta ajena está sometida a ciertos requisitos en el artículo 34 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), sin los cuales no se da esta figura. En particular, es imprescindible que al momento de celebrarse el contrato se especifique con claridad que el tomador lo estipula por cuenta de otro sujeto, determinado o determinable⁶⁰. Por este motivo, es posible que en la mayoría de los casos no quepa el derecho de separación, pues no se esté ante un seguro de este tipo. En especial, el hecho de que el objeto asegurado no pertenezca al tomador no supone que, residiendo el interés que se asegura en otro sujeto, haya de reputarse ese seguro como realizado por cuenta ajena, si esta circunstancia no constaba a la conclusión del contrato. La razón, como es sabido, es que la identidad del asegurado no es un elemento fungible del contrato y resulta relevante para el asegurador⁶¹. Tan sólo en el limitado supuesto de la enajenación del objeto asegurado se admite ese cambio (v. art. 34 LCS).

Puede concluirse, de lo expuesto hasta este momento, que en este tipo de seguros, salvo que conste que se conciertan por cuenta ajena, el titular del derecho de separación carecerá de la posibilidad de separar el derecho a reclamar la indemnización. Es más, en esas circunstancias, aunque se solicitara a la administración concursal y ésta lo concediera, dándose validez a la misma, el asegurador podría negarse al pago de la indemnización. La razón es que ese seguro sería nulo por la inexistencia del interés en el momento de la conclusión (art. 25 LCS).

La otra posibilidad es que la indemnización derive de la existencia de un seguro de responsabilidad civil, dentro del cual estuvieran cubiertos los comportamientos que determinaron la pérdida del objeto del original derecho de separación. El tratamiento de estas situaciones difiere según quién fuera el sujeto asegurado. Si el seguro cubría al deudor, parece más o menos claro que la posición del titular del derecho perjudicado escapa en esos casos del ámbito del derecho de separación. De ser así, una vez perdida la posibilidad de reclamar el bien o derecho y ante la insuficiencia patrimonial del deudor, el sujeto perjudicado gozará de la correspondiente acción directa contra el asegura-

⁶⁰ V., por todos, SÁNCHEZ CALERO, artículo 7, en SÁNCHEZ CALERO/TIRADO SUÁREZ/TAPIA HERMIDA/FERNÁNDEZ ROZAS, *Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 2001, pág. 165.

⁶¹ La importancia de la persona del asegurado en la fijación de las condiciones en que se celebra un contrato de seguro es un elemento sobre el que hoy no se plantean excesivas dudas. No es admisible, por tanto, aquella teoría que configura la obligación del asegurador en términos casi equivalentes a las de las obligaciones *propter rem*, entendiendo que el seguro cubre la cosa asegurada y, por tanto, al titular del interés sobre ella, al margen de la configuración convencional de las partes del contrato. Por esta razón, el hecho de que el seguro celebrado se refiriera, en realidad, a una cosa ajena, no permite entender que se trata de un seguro por cuenta ajena y, por tanto, que el derecho a la indemnización en caso de siniestro resida en el propietario de la misma, no asegurado. Sobre esta cuestión, v. GARCÍA LUENGO, B., «Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena», en *RDM*, 1983, 167-168, págs. 28 y ss.

do, que le cubrirá el perjuicio sufrido (art. 76 LCS). El problema se plantea en otros términos cuando el asegurado fuera un tercero, a cuyo comportamiento fuera imputable la pérdida del bien o derecho que hizo imposible su separación en el concurso. En ese caso, sin duda, puede darse una situación incardinable en el derecho de separación, en este caso referido precisamente a la acción directa que permitiría reclamar la indemnización del asegurador. En tales circunstancias, el sujeto perjudicado y, como tal, legitimado para reclamar de aquél la cobertura del daño sufrido, no sería el deudor concursado, sino el titular del derecho de separación. Hay que anotar, de todas maneras, que el ejercicio del derecho de separación en ese caso no debería concretarse en la cesión de un derecho que no corresponde a la masa, sino más bien en la exigencia a ésta de que reniegue de su pretensión sobre el mismo, una vez acreditada su relación con el bien o derecho ajenos ⁶².

La segunda posibilidad es que, perdido el bien o derecho reclamado y, por tanto, siendo imposible su separación, subsista un deber de indemnizar con cargo a un tercero. Ésta puede ser resuelta en términos similares a los que se acaban de señalar para el caso de la existencia de un seguro de responsabilidad civil que cubra al tercero. En realidad, en esos casos la acción para exigir la indemnización por los perjuicios no corresponderá en ningún caso a la masa, sino siempre al sujeto perjudicado. Aunque en principio puede pensarse que este derecho sólo corresponderá al propietario, sujeto finalmente perjudicado por la pérdida o destrucción de su bien o derecho, no cabe excluir la posibilidad de que esa acción corresponda también a quien tenía un mero derecho personal a su restitución. A la hora de evaluar cómo ha de concretarse el derecho de separación en este caso, convendría diferenciar el origen del deber de indemnizar los perjuicios ocasionados. Si la responsabilidad del tercero es de naturaleza contractual, parece claro que el derecho de separación exigirá la cesión del derecho a reclamar los daños sufridos (por ejemplo, porque el responsable de la pérdida es un tercero en cuyas manos depositó el concursado el objeto que tenía arrendado). Sin embargo, si la responsabilidad derivada de la pérdida o destrucción es de naturaleza extracontractual, no será precisa cesión alguna, sino, todo lo más, el reconocimiento por parte de la administración concursal de la falta de titularidad de esa acción y la subsiguiente inhibición en su ejercicio a favor del perjudicado.

Hasta este momento se ha determinado la posición de titular del derecho de separación perjudicado si el contravalor que podría entenderse que se corresponde con el objeto perdido aún está pendiente de ser entregado (entiéndase, la indemnización derivada del seguro o del ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad). Es posible, sin embargo, que esa contrapartida económica haya sido ya satisfecha. De ser así, la solución a esos casos ha de ser similar a la ofrecida anteriormente para los casos en que se esté dentro de lo dispuesto en el artículo 81, es decir, que se trate de una contraprestación derivada de la enajenación del bien o derecho. Por ello, si la indemnización fue ya cubierta por el tercero antes de la declaración de concurso, el titular del derecho de separación perjudicado carecerá de otro derecho que no sea el de la insinuación del crédito derivado del daño, que tendrá la calificación que corresponda según las reglas generales. Si, en cambio, la indemnización fue satisfecha después de la apertura del concurso, e igual que sucedía con el precio pendiente a la apertura y pagado más tarde, se tratará de una deuda de la masa. A estos efectos, es irrelevante, en el

⁶² Sobre el distinto contenido del derecho de separación y la posibilidad de que se concrete en la mera solicitud a la masa de que cese en su pretensión sobre los elementos patrimoniales ajenos, v. ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación...*, cit., págs. 145 y ss.

caso del seguro, que la indemnización fuera satisfecha por efecto de un contrato celebrado por el concursado sobre el bien ajeno, sin especificar que lo era por cuenta ajena. La razón es que, en este caso, la solución deriva del enriquecimiento sin causa de la masa, cuya existencia es independiente de que, por las circunstancias particulares, no hubiera podido exigirse el pago de la indemnización por parte del asegurador.

En el caso de que la pérdida se hubiera producido con posterioridad a la declaración del concurso, siguen siendo válidas las consideraciones hechas en los supuestos de enajenación, con las lógicas adaptaciones a la diferencia en el supuesto de hecho base.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRIOLI, V., voz «Fallimento», en *Enciclopedia del diritto*. Milano, 1967.
- ARGENSON, J.; TOUJAS, G., *Traité théorique et pratique des procédures collectives*. París, 1992.
- ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación en la quiebra*, Pamplona, 2001.
- ASÚA GONZÁLEZ, L., «Comentario a STS de 16 de mayo de 1988», en *CCJC*, 1988, 17, págs. 446 y ss.
- BARNERT, T., «Insolvenzspezifische Pflichten des Insolvenzverwalters gegenüber Aussonderungsberechtigten», en *KTS*, 2005, 4, págs. 431 y ss.
- BELTRÁN, E., «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*. Madrid, 2002, págs. 153 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid, 2004.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002.
- BONFATTI, S., «La formazione dello stato passivo. IV. Le domande di rivendicazione, restituzione e separazione previste dall'art. 103 L.Fall» (reseña de jurisprudencia), en *Giur.Comm.*, 1979, I, págs. 403 y ss.
- BONSIGNORI, A., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico e dell'economia (dir. por F. GALGANO)*. Vol. IX. *Il Fallimento*. Padova, 1986.
- BORCHERS, R., «Über die Behandlung der mit der Aussonderung im Konkursverfahren verbundenen Kosten und die Verpflichtung zu deren Zahlung», en *KTS*, 1972, págs. 237 y ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, S./TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid, 1992.

- CELORIA, C.; PAJARDI, P., *Commentario della Legge Fallimentare*. Vol. I. Milano, 1963.
- Comentario del Código Civil*, (dir. por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R.; SALVADOR CODERCH, P.). Madrid, 1991.
- COTTINO, G., *Diritto Commerciale. Vol. II. Banca, borsa, assicurazione. Titoli di credito, contratti. Fallimento e altre procedure concorsuali*, Padova, 1978.
- CUZZERI, M.; CICU, A., *Commento al Codice de Commercio. Vol. IX, Del fallimento* (dir. por BOLAFFIO, L.; VIVANTE, C.). Torino, 1927.
- DE MARTINO, V., *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare. Arts. 69-103* (dir. por ALESSI, BENINCASA, B.; CURCIO, M.; MANZELLA, B.; VERDE, F.). Roma, 1971.
- DE SEMO, G., *Diritto Fallimentare*. Padova, 1967.
- DEL VECCHIO, F., *Le spese e gli interessi nel fallimento*. Milano, 1969.
- DIECKMANN, A., «Zur Reform des Ersatzaussonderungsrechts», en *Festschrift für Wolfram Henckel*. Berlín, 1995, págs. 95 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*. Vol. II. Madrid, 1973.
- FERNÁNDEZ BALESTEROS, M.A. (coord.), *Derecho concursal práctico*. Madrid, 2004.
- FERRARA, F., *Il fallimento* (4.^a edición, actualizada por A. BORGIOI). Milano, 1989.
- Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Berlin, 1999.
- GADDI, M.; PAOLICELLI, F.; GAGLIARDI, M., *Del mandato. Del sequestro convenzionale. Art. 1.703-1.802*, en *Commentario teorico-pratico al Codice Civile* (dir. por DE MARTINO, V.). Torino, 1971.
- GARCÍA LUENGO, B., «Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena», en *RDM*, 1983, 167-168, págs. 7 y ss.
- GARCÍA VILLAVERDE, R. «El Anteproyecto de Ley Concursal español del 2000: las bases de una reforma esperada», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2001, 491, pág. 5.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*. Madrid, 2002.
- GUALANDI, A., *Spese e danni nel processo civile*. Milano, 1962.
- GUGLIELMUCCI, L., *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Art. 72-83*, en *Commentario Scialoja-Branca Legge Fallimentare* (coord. por BRICOLA, F.; GALGANO, F.; SANTINI, G.). Bologna, 1979.
- GUNDLACH, U., «Der maßgebliche Zeitpunkt für die Aussonderungsfähigkeit des veräußerten Gegenstandes bei der Ersatzaussonderung», en *KTS*, 1997, 1, págs. 55 y ss.
- «Die sogenannte "Zweite Ersatzaussonderung"», en *KTS*, 1997, 3, págs. 453 y ss.

- GUNDLACH, U.; FRENZEL, V.; SCHMIDT, N., «Die Rechtsstellung des obligatorischen Aussonderungsberechtigten», en *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 2001, 3, págs. 97 y ss.
- HÄSEMAYER, L., *Insolvenzrecht*. Köln, 1992.
- Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*. Heidelberg, 2003.
- HESS, H., *InsO: Kommentar zur Insolvenzordnung, mit EGIInsO*. Heidelberg, 1999.
- HOCHMUTH, H., *Die Ersatzaussonderung*. Leipzig, 1931.
- JAEGER, E.; LENT, F., *Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen*, T. I, 8.^a ed. Berlin, 1958.
- KILGER, J.; SCHMIDT, K., *Konkursordnung*. München, 1993.
- KOLLER, I., §§ 383-406, en *HGB Großkommentar* (dir. por CANARIS, C.W.; SCHILLING, W.; ULMER, P.). Berlín, 1985.
- KUHN, G.; UHLENBRUCK, W., *Konkursordnung Kommentar*. München, 1994.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, 1994.
- LE CANNU, P.; LUCHEUX, J.M.; PITRON, M.; SÉNÉCHAL, J.P., *Entreprises en difficulté. Prévention, redressement et liquidation judiciaire*. París, 1994.
- LEÓN, F.; RECALDE, A., «Concurso y factoring», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2005, 4, págs. 65 y ss.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., voz «Subrogación real», en *EJBC*, Tomo IV, pág. 6.387.
- LUMINOSO, A., «Mandato, commissione, spedizione», en *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dir. por CICU, A.; MESSINEO, F.; MEGOLI, L.). Milano, 1984.
- LYON-CAEN, Ch.; RENAULT, L., *Traité théorique et pratique des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*. T. II, 5.^a ed. París, 1936.
- MAFFEI ALBERTI, A., *Commentario breve alla legge fallimentare*. Padova, 1986.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2005, 4, págs. 315 y ss.
- MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*. Madrid, 2005.
- «Elleasing financiero mobiliario en la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal», en *RDCP*, 2005, 2, págs. 267 y ss.
- MIRABELLI, G., *Commentario del Codice Civile. Libro IV, Tomo 3.º Dei singoli contratti*. Torino, 1968.
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*. München, 2001.

- MUÑOZ PAREDES, M.L., «Sobre la separación de dinero en la quiebra», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. T. IV. Madrid, 2005, págs. 4.239 y ss.
- NIESERT, B., *Aus- und Absonderungsrechte in der Insolvenz*. Berlín, 1999.
- PAJARDI, P., *Manuale di Diritto Fallimentare*. Milano, 1993.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS de 19 de junio de 1984», en *CCJC*, 1984, 6, págs. 1.257 y ss.
- Voz «Cesión de créditos», en *EJBC*, Vol. I. Madrid, 1995, págs. 1.021 y ss.
- PARDESSUS, J.M., *Cours de Droit Commercial*. T. II. París, 1857.
- PELLEGRINO, G., «Le spese sostenute per la domanda di ammissione al passivo e di rivendicazione, restituzione e separazione dei beni», en *Dir.Fall.*, 1974, II, págs. 737 y ss.
- PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*. T. II. París, 1937.
- PÉROCHON, F., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*. París, 1999.
- PROVINCIALI, R., *Manuale di Diritto fallimentare*. Vol. II. Milano, 1970.
- PULGAR, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C.; ALCOVER GARAU, G., *Comentarios a la Legislación Concursal*. Madrid, 2004.
- RAGUSA-MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto Fallimentare*. Padova, 1994.
- REAL PÉREZ, A., «Comentario a STS de 22 de febrero de 1991», en *CCJC*, 1991, 25, págs. 672 y ss.
- REGLERO CAMPOS, F. (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*. Pamplona, 2002.
- RIPERT, G.; ROBLOT, R., *Traité de Droit commercial*. T. II. París, 1992.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*. México, 1951.
- ROJO, A.; BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid, 2004.
- SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona, 2004.
- SAINT-ALARY HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*. París, 1995.
- SÁNCHEZ CALERO / TIRADO SUÁREZ / TAPIA HERMIDA / FERNÁNDEZ ROZAS, *Ley de Contrato de Seguro*. Madrid, 2001.
- SÁNCHEZ CALERO, J.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la legislación concursal*. Valladolid, 2004.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, J., «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana», en *RDP*, 1972, págs. 975 y ss.
- SANTAGATA, C., «Del mandato. Disposizioni generale. Art. 1703-1709», en *Commentario del Codice Civile* (coord. por SCIALOJA, A. y BRANCA, G.). Roma, 1985.

- SATTA, S., *Diritto fallimentare* (3.^a ed., puesta al día por R. VACARELLA y F.P. LUISO). Padova, 1996.
- SCALINI, P., *Accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi nel fallimento*. Milano, 1995.
- SEUFFERT, L., *Deutsches Konkursprozessrecht*. Leipzig, 1899.
- SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*. Firenze, 1881.
- TIRADO, I., *Los administradores concursales*. Madrid, 2006.
- VIDARI, E., *Corso di Diritto Commerciale*, Vol. VIII. Milano, 1886.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «Los créditos por responsabilidad extracontractual en la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2005, 5, págs. 101 y ss.
- *Sistema de responsabilidad civil*. Madrid, 2001.