

Real Decreto Legislativo 1/2020: la medida cautelar de embargo preventivo de bienes de los responsables que pueden ser condenados a la cobertura del déficit en la sentencia de calificación

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se expone el régimen de la medida cautelar de embargo preventivo de bienes de los responsables que pueden ser condenados a la cobertura del déficit en la sentencia de calificación y se compara con el previsto en la Ley Concursal.

1. El artículo 133 del Real Decreto Legislativo 1/2000, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, regula una medida cautelar específica (el *embargo preventivo*) que tiene por finalidad asegurar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena (de las personas responsables) a cubrir el déficit resultante de la liquidación contenido en la sentencia de calificación, o de la extensión de responsabilidad a los socios personalmente responsables de las deudas de la sociedad anteriores a la declaración del concurso.

Las innovaciones que introduce son las siguientes: 1) la sustitución de la expresión «apoderados generales» por la de «directores generales», dentro de las personas eventualmente responsables cuyo patrimonio puede ser embargado; 2) la modificación (gramatical) de los términos del objeto de la previsible condena que justifica la adopción de la medida cautelar, con la sustitución de la expresión «sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación» por la de «sean condenadas a la cobertura total o parcial del déficit»; 3) la modificación de la redacción del momento en que puede acordarse el embargo de bienes de los socios (eventualmente responsables), en la que se sustituye la expresión «durante la tramitación del concurso» por la nueva «desde la declaración de concurso»; 4) la mejora técnica, mediante su traslado a un apartado independiente del precepto, de la previsión relativa a que el embargo

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

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

se acordará por la cuantía que el juez estime y podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, «por aval de entidad de crédito», que es común a ambos casos de responsabilidad (de administradores, liquidadores y directores generales, por un lado, y de socios, por otro) y en la Ley Concursal (LC) se repetía para cada uno de ellos, y 5) la introducción como novedad de que el embargo se practicará sin necesidad de caución con cargo a la masa activa.

2. El nuevo texto ha solucionado algunas dudas que planteaba esta medida cautelar y que ya puse de manifiesto en un trabajo escrito hace algún tiempo; otras, en cambio, permanecen sin resolver:

- a) La especificidad del precepto no desnaturaliza el carácter cautelar que tiene este embargo preventivo, por lo que le serán aplicables los presupuestos y las características generales de las medidas cautelares previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la única excepción de la exigencia de caución, cuya supresión constituye la única novedad relevante introducida por el nuevo precepto legal, según antes decía. Ciertamente, la norma soluciona las dudas (que sobre la exigencia de esta caución estaban planteadas) cuando la medida cautelar se acuerda (de oficio por el juez) en el auto de declaración de concurso o a solicitud de la administración concursal durante su tramitación; en ambos casos la eventual exigencia de caución lo sería con cargo a la masa activa. Pero nada se dice acerca de si están legitimados para solicitarla (durante la tramitación del concurso) los acreedores y, en caso afirmativo, si en tal caso sería exigible la caución con cargo a su patrimonio personal.
- b) En ambos casos (administradores... y socios), el juez puede decretar el embargo de los bienes y derechos «desde la declaración de concurso de la persona jurídica»; por tanto, en el propio auto de declaración, pero también —como decía antes— con posterioridad, durante la tramitación del concurso, tan pronto como «de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. Se precisa así el alcance (y las dudas que podía originar) de la redacción anterior (art. 48 *ter* LC) cuando se trataba del embargo de los socios, en la que se establecía que la medida cautelar podía adoptarse «durante la tramitación del concurso».

Por consiguiente, el momento inicial para la adopción de la medida cautelar está fijado con claridad, por lo que parece que el criterio del legislador es que no será posible adoptarla, al amparo del artículo 17 de la ley, al admitirse a trámite la solicitud de concurso necesario, aunque la pida el acreedor instante y en su solicitud se aporten indicios claros de los presupuestos que la justifican, o por lo menos tan claros como los que pueden existir en el momento de dictarse el auto de declaración de concurso. La pregunta que podemos formularnos es si tal criterio es el adecuado porque, si el embargo que ahora consideramos puede acordarse en el auto de declaración de concurso, los datos indiciarios (de los presupuestos del embargo) de que dispondrá el juez serán los mismos que al admitir a trámite la

solicitud del acreedor de concurso necesario; con seguridad, cuando el concurso necesario puede ser declarado *inaudita parte debitoris* (art. 14.2-1.º del texto refundido), pero también cuando tiene carácter contradictorio porque la eventual oposición del deudor difícilmente contribuirá a aumentar tales indicios. Ciertamente, el carácter eventual de la condena de los sujetos responsables que fundamenta la adopción del embargo en estos casos puede justificar la opción del legislador, pero ello quizás podría salvarse exigiendo al acreedor que la solicita para tales casos la garantía o caución para responder de los daños y perjuicios causados que ahora se excluye con carácter general. Aunque, en cualquier caso, hay que pensar que la adopción de la medida cautelar en el auto de declaración de concurso será excepcional, ya que la hipótesis normal será que los indicios suficientes sobre la concurrencia de los presupuestos necesarios para acordarla aparezcan con posterioridad a ese momento durante la tramitación del concurso.

- c) Si se aplican supletoriamente las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre las medidas cautelares, habrá que tener en cuenta lo siguiente:
- Si la medida se acuerda por parte del juez en el auto de declaración de concurso, o durante su tramitación, lo será de oficio, sin prestar audiencia a los responsables sobre cuyos bienes recae el embargo, por lo que deberá admitirse su posible oposición; y sobre ella nada dice el texto refundido (ni tampoco el precepto de la Ley Concursal), dejando sin resolver la duda que estaba planteada de si aquélla deberá tramitarse por el cauce previsto en la ley procesal para tal oposición (arts. 739 y ss. LEC) o deberá seguirse el cauce del incidente concursal previsto con carácter general para todas las cuestiones que no tengan señalado por la ley un procedimiento específico (art. 532.1 del texto refundido).
 - Si la medida cautelar se acuerda con posterioridad (durante la tramitación del concurso) a instancia de parte (administración concursal u otros legitimados, si esta última se admite), parece que deberá prestarse audiencia previa a los responsables, salvo que se justifiquen los requisitos para que pueda ordenarse *inaudita parte* (art. 733.2 LC).