



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

**CRÉDITOS CONCURSALES Y CRÉDITOS
CONTRA LA MASA**

Emilio Beltrán Sánchez
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad San Pablo-CEU

CRÉDITOS CONCURSALES Y CRÉDITOS CONTRA LA MASA (*)

SUMARIO: I. CRÉDITOS CONCURSALES Y CRÉDITOS CONTRA LA MASA. 1. La contraposición entre créditos concursales y créditos contra la masa. 2. La imputación a la masa de determinados créditos. A) La consideración como créditos contra la masa de los derivados del ejercicio de acciones rescisorias, de contratos bilaterales pendientes de ejecución en el momento de la declaración de concurso y de la rehabilitación de contratos. B) La consideración como créditos contra la masa de determinados créditos salariales anteriores a la declaración de concurso. C) La imputación a la masa de nuevas deudas del concursado extrañas al concurso. 3. El problema de la calificación de las deudas contraídas por el concursado durante el convenio en caso de apertura de la fase de liquidación. II. LOS CRÉDITOS CONCURSALES. 1. La clasificación de créditos. A) Consideración general. B) Los créditos con privilegio especial. C) Los créditos con privilegio general. D) Los créditos subordinados. a) Los créditos subordinados.

(*) Este trabajo se integra en una investigación más amplia sobre "La reforma del Derecho concursal español: antecedentes y objetivos", financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (PROYECTO BJU2003-02024).

b) Las personas especialmente relacionadas. 2. La lista de acreedores. A) El reconocimiento de créditos. a) Consideración general. b) Los créditos condicionales. c) Los créditos con garantía personal. d) Los créditos no dinerarios y los créditos aplazados. B) La lista de acreedores. III. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA. 1. Naturaleza y requisitos. 2. Régimen jurídico. A) La extraconcursalidad. B) La prioridad.

I. CRÉDITOS CONCURSALES Y CRÉDITOS CONTRA LA MASA

1. *La contraposición entre créditos concursales y créditos contra la masa*

El concurso de acreedores exige la formación de dos masas, la masa pasiva o masa de acreedores y la masa activa o masa de bienes. Cualquiera que sea la concepción del concurso de acreedores de que parta la Ley y de los fines que se le asignen, es evidente la necesidad de que con su apertura los acreedores sean agrupados en una masa, que recibe el nombre de *masa pasiva* o, precisamente, *masa de acreedores*. Se trata de hacer efectivo el principio básico del concurso, que recibe diferentes denominaciones: *par conditio creditorum*, igualdad de tratamiento de los acreedores, comunidad de pérdidas, concursalidad, proporcionalidad. La declaración de concurso determina el tratamiento colectivo de los acreedores, algo que tiene un aspecto *sustancial* y un aspecto *formal*. Desde el punto de vista sustancial, los acreedores quedan sometidos a la solución del concurso (convenio, con sus quitas y/o esperas, o liquidación, para cobrar por el orden establecido), –algo de lo que se ocupará la siguiente ponencia–. Desde el punto de vista formal, los acreedores deben comunicar su crédito y ser reconocidos y clasificados como acreedores concursales.

Como es tradicional, en la Ley Concursal el tratamiento de los acreedores en el concurso se encuentra fraccionado. De un lado, el capítulo II del título III (arts. 49 a 60) regula los *efectos del*

concurso sobre los acreedores —materia de la que se ha ocupado otro ponente— y, de otro lado, el capítulo III del título IV, dedicado a la determinación de la masa pasiva, precisa qué acreedores constituyen la masa pasiva (art. 84.1) y cuáles son, en cambio, créditos contra la masa (activa: art. 84.2); disciplina la comunicación y el reconocimiento de los créditos concursales (arts. 85 a 88), establece la clasificación de los mismos (arts. 89 a 93) y ordena la formación de la lista de acreedores (arts. 94 ss.), a la que se unirá también una relación de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago (art. 94.4). La contemplación de este segundo grupo de normas —que constituye el objeto de esta ponencia— permite apreciar una contraposición entre *créditos concursales*, que son aquéllos para los cuales se abre el concurso, que, en consecuencia, integran la masa pasiva (expresamente, arts. 49 y 84.1), y *créditos contra la masa*, que constituyen el coste del concurso, cuya naturaleza es completamente distinta. Esa contraposición es manifiesta en el artículo 84, que, bajo esa rúbrica de "créditos concursales y créditos contra la masa", dispone, de modo negativo, que "constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa"; pero puede observarse en otros preceptos: así, por ejemplo, con ocasión de la regulación de la lista de acreedores y de su impugnación (arts. 94.4 y 96.4) o al limitar los efectos de la aprobación judicial del convenio a los acreedores anteriores (art. 134.1) e incluso literalmente al regular los efectos de la sentencia de calificación sobre los cómplices (art. 172.2-3.º). Parece claro, pues, que no forman parte de la masa pasiva los llamados acreedores de la masa o créditos contra la masa, que son, por su propia naturaleza y finalidad, créditos extraconcursoales (arts. 84.2 y 154). Hasta tal punto es clara la distinción que, mientras lo relativo a la determinación de la masa pasiva del concurso y a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales integra la sección cuarta del juicio de concurso (art. 183-4.º), los créditos contra la masa —"las deudas de la masa"— integran la sección tercera (art. 183-3.º *in fine*).

Integran la masa pasiva *todos los acreedores concursales*, a los que la Ley denomina "acreedores del deudor". Naturalmente,

ha de tratarse de *acreedores*, es decir, de titulares de un derecho de crédito o de una pretensión de carácter obligacional, de modo que no se integran en la masa del concurso los titulares de bienes y derechos que se encuentren en posesión del concursado, que disfrutaran del derecho de *separación* contenido en la propia Ley (art. 80), sin perjuicio de que, al menos de hecho, pasen a tener esa consideración cuando los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no pueda reivindicarse y que ya hubiera realizado su prestación (art. 81). Para integrar el concurso, las pretensiones de los acreedores han de tener, además, *carácter patrimonial*, de modo que no integran la masa aquéllas que tengan carácter estrictamente personal. Integran la masa los créditos *garantizados*, sea con garantía real (v. arts. 86.2 y 94.2), sea con garantía personal (arts. 87.6 y 7 y 94.2). No obstante, los acreedores con garantía real gozan —como dice la Exposición de Motivos, y como ya se habrá analizado— de un "especial tratamiento" (que se contiene en lo fundamental en los arts. 55.4, 56, 57, 86.2, 134.2, 149.1-3.^a y 155) y, en ocasiones, no integran realmente la masa pasiva del concurso porque podrán iniciar la ejecución de su crédito a pesar de la declaración de concurso o continuar la ejecución ya iniciada con anterioridad. Por su parte, los acreedores con garantía personal dejarán de integrar la masa cuando su crédito sea íntegramente satisfecho por algún garante, quien los sustituirá en el concurso (art. 87.6).

Con el nombre de *créditos contra la masa* se designan todos aquellos créditos que genera el propio procedimiento concursal, ya deriven de las costas y gastos judiciales ya se refieran a las obligaciones nacidas durante el concurso o que se mantengan tras su declaración. Aunque técnicamente inexactos, los términos son afortunados porque permiten diferenciar nítidamente a los titulares de créditos nacidos durante el procedimiento concursal de aquellos otros nacidos con anterioridad que ocasionan la declaración de concurso. Y así, los créditos contra la masa se contraponen a los créditos contra el deudor común (créditos concursales) y los *acreedores de la masa* (v. esa denominación en arts. 154.3 y 172.2-3.^o) se contraponen a los *acreedores en la masa*. La Ley ha

optado por poner el acento en la parte activa (crédito), frente a la opción tradicional, que acuñó la expresión clásica de *deudas de la masa*, que, sin embargo, sigue siendo útil (v. esa expresión en arts. 54.3 y 183-3.º *in fine*). En todo caso, la expresión más utilizada a lo largo del articulado es la de pago "con cargo a la masa" (v. arts. 27.4, 34.1, 47, 54.4, 61.2, 62.3, 62.4, 68.1, 69.1, 70.1, 83.2, 87.4, 145.2, 155.2). En fin, como los créditos contra la masa se satisfacen al margen del procedimiento concursal, antes del reparto propiamente dicho (v. art. 154.1), se utiliza también la expresión *créditos prededucibles* y se afirma que se caracterizan por la *prededucción* o por la *prededucibilidad*, aunque ningún precepto legal utiliza esa denominación (v., sin embargo, la Exposición de Motivos, según la cual "los créditos contra la masa operan como prededucibles").

2. *La imputación a la masa de determinados créditos*

La contraposición legal entre créditos concursales y créditos contra la masa no es más que el reflejo del enfrentamiento entre viejos y nuevos acreedores presente en todo concurso. A primera vista, la calificación de un crédito como concursal o contra la masa no plantea problemas especiales: los créditos concursales son aquellos que preexisten a la declaración de concurso y que ocasionan su apertura, mientras que los créditos contra la masa son los que surgen con posterioridad y constituyen el coste del propio concurso. Sin embargo, existen algunos supuestos dudosos en los que hay un pronunciamiento legal favorable a su consideración como créditos contra la masa (2.1); se utiliza la figura de los créditos contra la masa para conceder preferencia a determinados créditos cuyo carácter concursal es claro (2.2), y, además, se imputan a la masa créditos postconcursoales que no pueden considerarse como coste del procedimiento (2.3). Todo ello forma parte de una decidida opción de política legislativa dirigida a conceder una preferencia a determinados créditos. Naturalmente, ese aumento del coste del concurso reduce el grado de satisfacción de los acreedores concursales. Además, esa opción puede explicar que los créditos

concursoales sean definidos, de forma negativa, como los "créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa" (art. 84.1).

- A) *La consideración como créditos contra la masa de los derivados del ejercicio de acciones rescisorias, de contratos bilaterales pendientes de ejecución en el momento de la declaración de concurso y de la rehabilitación de contratos*

Existen algunos créditos cuya calificación como concursal o con cargo a la masa ha sido tradicionalmente objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial, que la Ley Concursal imputa a la masa. Constituyen créditos contra la masa, en primer lugar, los *derechos a la restitución* de los sujetos afectados por el ejercicio de acciones rescisorias (arts. 73.3 y 93-6.º). Esa calificación deriva, sin duda, de la circunstancia de que el efecto de la ineficacia del acto o contrato ha de ser la restitución –inmediata e íntegra– de las correspondientes prestaciones (arts. 1.295 y 1.303 CC). Ahora bien, cuando el afectado por la acción hubiese actuado de mala fe, el crédito sufre una triple degradación (arts 73.3. y 93-6.º): deja de ser crédito de la masa y se convierte en crédito concursal, se integra en la clase de los subordinados y se sitúa –para el caso de liquidación– en el último lugar de la graduación de créditos (v. *infra*, II.1.-D-a).

Constituyen también créditos contra la masa las *prestaciones a cargo del concursado* que deriven de la continuación o de la resolución de los contratos pendientes total o parcialmente de ejecución por ambas partes en el momento de la declaración de concurso (art. 84.2-6.º). Deben satisfacerse con cargo a la masa, en primer lugar, "las prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas que continúen en vigor tras la declaración de concurso" (art. 84.2-6.º, primer inciso). Éste es el supuesto normal, puesto que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos, de modo que "las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa" (art. 61.2-I). El contrato concluido por el deudor –más tarde con-

curado— se convierte en un *contrato de la masa*, que deberá ser cumplido ordinariamente durante el concurso tanto por deudor, con cargo a la masa, como por la contraparte. A este supuesto se asimila aquel otro en que el juez, atendiendo a lo que convenga al interés del concurso, acuerde el *cumplimiento del contrato*, cuando hubiera sido solicitada su resolución por incumplimiento posterior al concurso (o incluso por incumplimiento anterior, si se trata de contratos de tracto sucesivo), pues se establece que "serán a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado" (art. 62.3). Constituyen también créditos contra la masa los "de obligaciones de *restitución e indemnización* en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado" (art. 84.2-6.^a, segundo inciso). Se trata de dos supuestos distintos: el primero es aquel en que el juez del concurso, a solicitud de la administración concursal, en caso de sustitución, o del propio deudor, en caso de simple intervención, acuerde la *resolución del contrato*, por considerarlo conveniente para el interés del concurso, en cuyo caso acordará igualmente "las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa" (art. 61.2-II *in fine*). Resuelto el contrato en interés del concurso, tienen, pues, la consideración de crédito contra la masa tanto la obligación de restitución que corresponda al concursado como la de indemnización de los daños y perjuicios que esa resolución pueda causar a la contraparte. El segundo, es aquel en que se produzca la *resolución del contrato por incumplimiento* de cualquiera de las partes posterior al concurso (o incluso anterior en los contratos de tracto sucesivo), facultad que no se ve afectada por el concurso (art. 62.1), salvo en la circunstancia en que la acción habrá de ejercitarse ante el juez del concurso, sustanciándose por los trámites del incidente concursal (art. 62.2). Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento y en cuanto a las vencidas será preciso distinguir en qué momento se produjo el incumplimiento del concursado: el crédito de la parte cumplidora, que comprenderá en todo caso el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda, será concursal si el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y constituirá crédito contra la masa si fue posterior (art. 62.4).

Constituyen también créditos contra la masa los derivados "de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio (...) por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado" (art. 84.2-7.º). Se trata de supuestos en los que la administración concursal asume, en interés del concurso, el pago de prestaciones que correspondían al deudor, convirtiendo el contrato previamente resuelto en un *contrato de la masa*. La administración concursal puede rehabilitar aquellos contratos de préstamo y de crédito que hayan vencido anticipadamente por impago dentro de los tres meses anteriores a la declaración de concurso, siempre que "satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa" (art. 68). Se establece la misma posibilidad de rehabilitación y con idéntica fórmula en relación con los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o plazo aplazado que hubieran sido resueltos dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso (art. 69). Y se admite, en fin, que la administración concursal enerve la acción de desahucio ejercitada contra el deudor y rehabilite el contrato de arrendamiento, debiendo "pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento" (art. 70), y, —aunque nada diga ahora el precepto—, asumiendo la masa el pago de las rentas futuras.

B) La consideración como créditos contra la masa de determinados créditos salariales anteriores a la declaración de concurso

Constituyen créditos contra la masa "los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional" (art. 84.2-1.º). Se trata de una opción de política legislativa de dudosa oportunidad y corrección, que utiliza la técnica de la prededucción para conceder la mayor preferencia posible a determinados créditos de carácter salarial que no nacen antes de la declaración de concurso ni surgen por necesi-

dades del concurso. Añade la Ley Concursal, con esa misma intención, que estos créditos "se pagarán de forma inmediata" (art. 154.2), siempre que las disponibilidades del concurso lo permitan. Además, en caso de insuficiencia de la masa para satisfacer todos sus créditos, el criterio del pago "por el orden de sus vencimientos" (art. 154.3) determinará la preferencia de estos créditos contra la masa especiales sobre los demás. Sin embargo, esa decisión legislativa no concede a los créditos salariales una tutela tan intensa como pudiera parecer, ya que la propia Ley establece que "las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial" (art. 154.3). En consecuencia, en el concurso de acreedores sobre dichos créditos prevalecen aquéllos que disfruten de privilegio especial, lo que, por el contrario, no sucede fuera del concurso, cuando "gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca" (art. 32.1 ET, modificado por disp. final 14.^a.1 LC).

De otro lado, no puede olvidarse que los créditos salariales anteriores a la declaración de concurso que no estén protegidos por la calificación como créditos contra la masa serán considerados créditos con privilegio general de primer rango, con las limitaciones legales previstas (art. 91-1.º). Naturalmente, los pagos realizados a los trabajadores en concepto de créditos contra la masa habrán de deducirse de las cantidades debidas a efectos del cómputo de las cantidades tuteladas por el privilegio general. No tendría sentido que por los últimos treinta días de trabajo pudiera cobrarse un importe equivalente al doble del salario mínimo interprofesional, y que por ese mismo período, además, se cobrase el triple del salario mínimo profesional en virtud del privilegio general.

C) La imputación a la masa de nuevas deudas del concursado extrañas al concurso

Al lado de los créditos concursales y de los créditos contra la masa, podrán existir *otros créditos* nacidos de la actividad del

concurtido posterior a la declaración de concurso y extraña al propio concurso. En principio, esos créditos –nuevas deudas del concursado– no tendrían derecho alguno en el procedimiento concursal, ya que nacen después de la declaración de concurso –por lo que no son créditos concursales–, y no derivan de las necesidades del concurso, por lo que, técnicamente, no constituyen créditos contra la masa. En consecuencia, esos acreedores deberían esperar a la conclusión del concurso para intentar su satisfacción. Sin embargo, esa solución queda reducida legalmente a los créditos de naturaleza contractual (art. 84.2-9.º), y sin perjuicio, además, de la facultad de la administración concursal de convalidar o confirmar los actos del concursado que contravengan las limitaciones impuestas a sus facultades patrimoniales (art. 40.7). Por el contrario, los créditos postconcursoales que nazcan de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado tendrán la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2-10.º), lo que, en algunos casos, puede conducir a la total insatisfacción de los créditos concursales.

3. *El problema de la calificación de las deudas contraídas por el concursado durante el convenio en caso de apertura de la fase de liquidación*

Una consideración especial merece la posición jurídica de los nuevos créditos que el concursado contraiga durante la ejecución del convenio concluido con la colectividad de acreedores. Esos créditos deberán ser satisfechos ordinariamente, pero es muy dudosa su calificación en caso de fracaso del convenio y consiguiente apertura de la fase de liquidación, ya que la Ley guarda silencio al respecto. En el diseño legal, cuando la solución del concurso de acreedores sea el convenio, constituyen créditos contra la masa sólo los contraídos hasta su aprobación judicial (expresamente, art. 84.2-2.º, 5.º y 10.º), a pesar de que el concurso no concluye, en realidad, hasta el cumplimiento íntegro del convenio (arts. 139, 141 y 176.1-1.º). Ciertamente, con la aprobación judicial del convenio cesan los principales efectos de la

declaración de concurso y, entre ellos, la separación patrimonial que está en la base de la distinción entre créditos contra la masa y créditos concursales, de modo que los créditos nacidos durante la ejecución del convenio no merecen la calificación de créditos contra la masa, sino que constituyen nuevos créditos contra el concursado. La "desaparición" de la categoría no implica, desde luego, que el concursado no deba hacer frente a los créditos surgidos durante el convenio (tanto gastos como obligaciones), y en ese sentido, la Ley establece incluso que, en caso de imposibilidad de incumplimiento de "las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél", el concursado deberá solicitar la liquidación (art. 142.3); pero la técnica utilizada plantea delicados problemas interpretativos. Ante todo, debería ser el mismo el tratamiento de todos los créditos contra el concursado nacidos tras la aprobación judicial del convenio: los nuevos créditos contra el concursado deberían ser satisfechos de forma ordinaria, sin quedar afectados por las quitas y esperas del convenio, como si no existiera concurso, es decir, de la misma manera en que se satisfacen los créditos contra la masa. Pero la opción legal hay que ponerla en conexión con otro precepto de la propia Ley que confiere un tratamiento especial a "los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad", los cuales "se satisfarán en los términos fijados en el convenio" (art. 100.5-II). Quiere ello decir que, aprobado el convenio, existirán dos clases de nuevos créditos contra el concursado: unos que tendrán que ser satisfechos de forma ordinaria, como si no existiera concurso y con independencia del convenio (es decir, como los créditos contra la masa), y otros, los que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad, que "se satisfarán en los términos fijados en el convenio". Con esa previsión, la Ley ha tratado de resolver el conflicto entre nuevos y viejos acreedores, que constituye la cuestión principal que suscita la categoría de los créditos contra la masa: la financiación de la empresa en crisis será objeto del propio convenio, que determinará la forma y el tiempo de satisfacción de los correspondientes acreedores. El convenio podrá establecer, pues, que los créditos sean satisfechos como "créditos contra la masa" o como "créditos concursales", sean

privilegiados, sean ordinarios o sean incluso subordinados. Se establece, en definitiva, que el concursado podrá pactar con los terceros el carácter del crédito, o, lo que es lo mismo, una forma especial de subordinación convencional. Naturalmente, los acreedores que financien la viabilidad de la empresa deberán prestar su conformidad a la propuesta de convenio (art. 99.2) y al plan de viabilidad que lo integre, aceptando las condiciones de la financiación. Y el otro problema es el del tratamiento de los créditos nacidos con posterioridad a la aprobación judicial del convenio en caso de *conversión* del procedimiento. Si la Ley no hubiera fijado un límite temporal a la existencia de créditos contra la masa, no habría ninguna duda: todos los nuevos créditos del concursado serían créditos contra la masa y, por tanto, continuarían siéndolo en caso de conversión del procedimiento, con la única duda del alcance de la previsión del convenio respecto de los créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad; pero al negarles expresamente el carácter de créditos contra la masa surge la duda de si merecen o no esa condición en caso de que sobrevenga la fase de liquidación. La Ley Concursal no resuelve, pues, el clásico problema del derecho derogado de si los gastos y las obligaciones de una suspensión de pagos conservan o no la condición de deudas de la masa en una quiebra posterior. Es cierto que el convenio puede pronunciarse sobre esa cuestión, determinando si en la posterior liquidación habrán de considerarse créditos contra la masa o créditos concursales, lo que sucederá particularmente en el caso de créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad; pero, en caso de silencio, cuando se produzca la conversión, dichos créditos habrán de "recuperar" su carácter de créditos contra la masa, sin perjuicio, claro está, de que se respeten los pagos que se hubieran realizado a los acreedores concursales en virtud del convenio (art. 162).

II. LOS CRÉDITOS CONCURSALES

El análisis de los créditos concursales ha de realizarse separando su aspecto *sustancial*, es decir, la clasificación o graduación

de los mismos, y un aspecto *formal*, relativo a la formación de la lista de acreedores.

1. *La clasificación de créditos*

A) *Consideración general*

Como señala la Exposición de Motivos, la regulación de la clasificación de créditos "constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso (...). Se considera que la igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas". La Ley reordena las preferencias con un doble objetivo: garantizar su eficacia en el concurso y garantizar un dividendo mínimo a los acreedores ordinarios. Para ello, reduce el número de créditos privilegiados y crea la categoría de los créditos antiprivilegiados. Los créditos incluidos en la lista de acreedores habrán de clasificarse en alguna de estas cuatro categorías: privilegiados especiales, privilegiados generales, ordinarios y subordinados (art. 89.1). Todos aquellos créditos que no merezcan la calificación de privilegiados o de subordinados serán créditos ordinarios (art. 89.3).

La clasificación de créditos que establece la Ley Concursal se realiza sólo a *efectos concursales*, de modo que es posible que rija una graduación en el concurso y otra en la ejecución singular. Así lo demuestra la previsión de la elaboración de un Proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en las ejecuciones singulares (Disp. Final 33.^a LC). Esa opción legislativa no tiene demasiado sentido y, lo que es más grave, podrá propiciar comportamientos estratégicos de determinados acreedores a la hora de instar o no el concurso de su deudor.

La clasificación de los créditos determina su satisfacción en el concurso. Cuando la solución del concurso sea el *convenio*, los protagonistas son los acreedores ordinarios: los titulares de créditos privilegiados, especiales o generales, sólo quedarán vinculados

a su contenido si lo hubieran aceptado expresamente con su voto o adhesión (arts. 123.2 y 134.2), mientras que los titulares de créditos subordinados carecen de derecho de voto y de adhesión (art. 122.1-1.º) y quedarán afectados por las mismas quitas que se pacten para los créditos ordinarios y sufrirán una espera mayor (art. 134.1-II). En caso de *liquidación*, serán satisfechos en primer lugar los créditos privilegiados: los especiales con cargo a los bienes afectos (art. 155) y los generales por el orden legalmente establecido y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 156). Si la masa fuera suficiente se satisfará a los acreedores ordinarios, a prorrata (art. 157). Si fuera posible, se pasará a pagar a los subordinados, lo que se hará por el orden legalmente establecido y a prorrata dentro de cada número (art. 158).

Sólo tendrán la consideración de créditos privilegiados los previstos en la Ley Concursal (art. 89.2). Se trata de una norma de extraordinaria importancia, dirigida a evitar el extendido fenómeno de la creación de privilegios en leyes especiales. Es evidente que la norma no puede impedir que leyes posteriores creen nuevos privilegios y establezcan expresamente su eficacia en el concurso; pero, a falta de esa indicación expresa, habrá de prevalecer la norma prevista en la Ley Concursal, por especialidad de la materia. Por lo tanto, el mero reconocimiento de una preferencia o privilegio en una ley posterior a la Ley Concursal no atribuirá al acreedor preferencia alguna en el concurso. Como era de esperar, el problema ya se ha planteado. En efecto, la nueva Ley General Tributaria, después de establecer los privilegios de los créditos tributarios, señala (art. 77.2) que "*en caso de convenio concursal*, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". La expresión legal "en caso de convenio concursal" modificó lo previsto en la Ley anterior (art. 71.2, modificada precisamente por la Ley Concursal –Disp. Final 11–, que se refería, en general, al concurso ("en caso de concurso" era la expresión: art. 71.2). La modificación no fue el fruto de una defectuosa técnica de redacción, sino que derivó de una enmienda presentada en el Senado en la que se señalaba expresamente que el sacrificio de la Hacienda

Pública sólo estaba justificado en los casos de convenio (BOCG, Senado, VII Legislatura, Proyectos de Ley, 21 de octubre de 2003, núm. 157 [e]: "La redacción del apartado 2, mencionando "concurso" en lugar de "convenio concursal" podía interpretarse como una pérdida del derecho de prelación de la Hacienda Pública con independencia de la suerte que corriera el proceso concursal, interpretación que no resultaría justificada para el caso de que la masa activa entre en liquidación puesto que en estos supuestos ya no se trata de apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada que era la razón última que justificaba la pérdida del privilegio de la Hacienda Pública. De esta forma, la preferencia establecida en el apartado 1 se mantendría para los supuestos de liquidación, pero no en aquéllos en los que se suscriba un convenio concursal que incluya los créditos tributarios"). La sustitución del término "*concurso*" por la expresión "*convenio concursal*" se realizó, pues, con la clara intención de derogar la Ley Concursal, ya que, si los créditos tributarios quedan sometidos a la legislación concursal *en caso de convenio*, es porque en caso de liquidación no se aplicará a dichos créditos ni el orden de pago de los créditos con privilegio general (arts. 91 y 156 LC) ni la limitación del privilegio expresamente prevista para los créditos tributarios (art. 91-4.º LC). Sin embargo, esa derogación es, al menos, dudosa si se realiza una valoración global de la normativa tributaria y de la concursal y se tienen en cuenta los términos del propio precepto. En efecto, de un lado, la determinación del alcance de la previsión del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria no puede desconocer ni lo dispuesto en la disposición adicional octava de la propia Ley General Tributaria, según la cual "lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento", ni tampoco la previsión del artículo 89.2 *in fine* de la Ley Concursal, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley", y, de otro lado, resulta que la Ley General Tributaria nada dice acerca de la graduación de créditos en caso de liquidación concursal ni tampoco acerca de la clasificación de créditos en el concurso, materia que no está regulada dentro de la materia relativa al convenio o a la liquidación (título V de la Ley Concursal), sino dentro del título IV.

B) *Los créditos con privilegio especial*

Los créditos con *privilegio especial* constituyen en su mayoría créditos dotados de *garantía real* y, en todo caso, afectan a determinados bienes y derechos (art. 89.2), por lo que su pago se realizará siempre con cargo a los bienes y derechos afectos (art. 155.1). En determinados casos los titulares de estos créditos gozan del derecho de ejecutar separadamente su garantía (arts. 56 y 57). Además, la administración concursal podrá decidir el *rescate* del bien afecto asumiendo la masa la correspondiente obligación (arts. 56.2 y 155.2). En caso de convenio, los titulares de estos créditos sólo quedarán afectados si hubieran votado a favor de la propuesta que resultare aceptada (art. 134.2). En caso de liquidación, el bien afecto podrá ser ejecutado colectivamente dentro de la empresa (arts. 148 y 149), ya que, una vez abierta la liquidación, el acreedor pierde su derecho de ejecución separada (art. 57.3).

No es posible detenerse en los diferentes créditos con privilegio especial (art. 90), pero sí cabe realizar algunas observaciones. En primer lugar, que la lista constituye *numerus clausus*, por lo que los derechos de garantía no mencionados —en particular, algunos de los Derechos forales— no gozan de privilegio especial en el concurso. En segundo lugar, que se han mantenido las hipotecas legales tácitas así como los créditos refaccionarios de los trabajadores, que constituyen supuestos específicos de privilegios especiales. En tercer lugar, que se ha admitido expresamente la eficacia en el concurso de la discutida prenda de créditos. En fin, que parece que los titulares de créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, además de disfrutar del privilegio especial sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago (art. 90.1-4.º), gozan también del derecho de separación (art. 80 LC), ya que la legislación especial atribuye al vendedor y al arrendador financiero el derecho a separar el bien entregado en virtud de la compraventa a plazos o del contrato de *leasing*, en tanto no se hubieran satisfecho las cantidades

adeudadas en virtud de aquellos contratos (art. 16.5-II y Disp. Ad. 1.^a5-II LVPBM) y la propia Ley Concursal hace referencia a la paralización de "las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido Registro" (art. 56.1-II).

C) Los créditos con privilegio general

Los créditos con *privilegio general* recaen sobre todo el patrimonio del deudor (art. 89.2). En caso de convenio, reciben el mismo tratamiento que los créditos con privilegio especial; pero en caso de liquidación se satisfarán con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial, por el orden legalmente establecido y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 156). Son créditos concursales con privilegio general (art. 91):

1.º Determinados créditos por *salarios* que no tengan reconocido privilegio especial —ni merezcan la consideración de créditos contra la masa—, así como las indemnizaciones derivadas de la extinción de contratos de trabajo anterior al concurso (si la extinción del contrato es posterior, la indemnización constituye crédito contra la masa: art. 84.2-5.º).

2.º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de la Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

3.º Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al autor por la cesión de los derechos de explotación de una obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores.

4.º Los créditos tributarios y de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial ni del privilegio general del número

segundo, pero sólo hasta el cincuenta por ciento de su importe. En concurrencia con ellos se sitúan los créditos derivados de responsabilidad extracontractual por los daños personales no asegurados.

5.º Los demás créditos por responsabilidad civil extracontractual. Esta solución legal, que ha de considerarse justificada por el carácter involuntario de estos créditos, originará, sin embargo, en muchos casos problemas para determinar la naturaleza contractual o extracontractual de determinadas responsabilidades.

6.º Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere instado el concurso, pero sólo hasta la cuarta parte de su importe y siempre que no merecieran la calificación de subordinados.

D) Los créditos subordinados

a) Los créditos subordinados

A fin de aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, algunos créditos se consideran legalmente subordinados o postergados, disfrutando de peor condición que los restantes créditos concursales. Los créditos subordinados son, pues, créditos *antiprivilegiados*. En caso de convenio, carecen de derecho de voto (art. 122.1-1.º), se someten a las mismas quitas que los ordinarios y sufren una espera mayor (art. 134.1-II). En caso de liquidación, el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que no hayan sido íntegramente satisfechos los créditos ordinarios (art. 158.1) y se llevará a cabo por el orden legalmente establecido y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (arts. 92 y 158.2).

Son créditos subordinados (art. 92):

1.º Los créditos que, teniendo la carga de la comunicación en el concurso, sean reconocidos tardíamente por no haber sido comunicados o por haber sido comunicado después del plazo legal.

2.º Los créditos que se hubieran postergado respecto de todos los demás mediante un contrato.

3.º Los créditos por *intereses* devengados con anterioridad a la declaración de concurso, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. Hay que recordar que, declarado el concurso, los créditos dejan de devengar intereses, salvo que se trate de créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía, o de créditos salariales, que quedarán subordinados (art. 59.1).

4.º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las *personas especialmente relacionadas con el deudor*, siempre que no se trate de créditos salariales que gocen de privilegio general cuando el concursado sea persona natural.

6.º Los créditos que, como consecuencia de una acción de reintegración de la masa, resulten a favor de quien haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado (v. también art. 73.3).

b) Las personas especialmente relacionadas

Una de las cuestiones más destacadas de la Ley Concursal es, sin duda, la relativa a las personas especialmente relacionadas con el concursado. La determinación de esas personas se realiza de forma imperativa y atendiendo a si el concursado es persona natural o persona jurídica. En caso de persona natural tienen necesariamente esa consideración el cónyuge del concursado, la persona que conviva con él con análoga relación de afectividad y quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; los ascendientes, descendientes y hermanos tanto del concursado como de su cónyuge o asimilado, y los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los

hermanos del concursado (art. 93.1). En caso de persona jurídica, merecen esa calificación los socios ilimitadamente responsables de las deudas sociales; los socios titulares de un cinco o de un diez por ciento del capital social, según que la sociedad cotiche o no en bolsa; los administradores, liquidadores y apoderados generales, actuales o que lo hubieran sido en los dos años anteriores, y las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios (art. 93.2). Naturalmente, hay que entender que los socios de las sociedades del mismo grupo sólo serán personas especialmente relacionadas con el concursado si son titulares de, al menos, el mismo porcentaje de capital que la Ley exige para considerar personas especialmente relacionadas a los socios del propio concursado.

La Ley presume que serán personas especialmente relacionadas con el concursado, salvo prueba en contrario, los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas referidas, siempre que la adquisición se hubiera producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 93.3). El fundamento de esta extensión de efectos es claro: se trata de evitar que, ante la amenaza de insolvencia de su deudor, la persona especialmente relacionada pueda evitar la subordinación de su crédito mediante la interposición de un tercero que carezca de esa relación especial con el concursado. La presunción es *iuris tantum*: el adquirente del crédito podrá demostrar que no tenía conocimiento de que la persona a la que adquirió el crédito era una persona especialmente relacionada con el deudor. De otro lado, la utilización de los términos "cesionario" y "adjudicatario" autoriza a pensar en un amplio campo de aplicación de la presunción de la que, sin embargo, deben quedar fuera tanto las transmisiones *mortis causa* como las derivadas de fusión o por escisión.

Los efectos de la calificación de una persona como especialmente relacionada con el concursado son realmente importantes: el crédito se subordina (art. 92-5.º), perdiéndose, en su caso, la garantía real de la que pudiera disfrutar (art. 97.2, que ordena al juez cancelar esas garantías), y las adquisiciones onerosas realizadas del concursado se presumen, salvo prueba en contrario, perjudiciales para la masa activa (art. 71.3-1.º).

2. *La lista de acreedores*

A) *El reconocimiento de créditos*

a) *Consideración general*

El reconocimiento de créditos admite en la Ley Concursal dos medios: la comunicación del crédito por el acreedor (art. 85) y la constancia en el concurso por cualquier otra vía (arts. 86.1 y 92-1.º). La comunicación deberá dirigirse a la administración concursal y habrá de realizarse en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones de la declaración de concurso (arts. 85.1 y 21.1-5.º). Cuando esa comunicación fuera necesaria, la comunicación tardía o la falta de comunicación traen consigo la subordinación del crédito del acreedor moroso (art. 92.1.º). En caso de concursos simultáneos de deudores solidarios el acreedor podrá comunicar el crédito en todos los concursos (art. 85.5). Se trata de la manifestación concreta de la regla de la solidaridad (in solidum) en el concurso: el acreedor puede reclamar a todos los deudores la totalidad de la deuda, con independencia de su situación patrimonial. Naturalmente, la suma de lo percibido en los diferentes concursos no podrá superar el importe total del crédito (art. 161.1). Para ello, se establece que el acreedor expresará en cada escrito de comunicación si se ha efectuado o se va a efectuar la comunicación en los demás concursos y acompañará, en su caso, copia de los escritos ya presentados y recibidos (art. 85.5) y que la administración de cada concurso deberá expedir una certificación acreditativa de lo percibido por el acreedor y poner el pago en conocimiento de las administraciones concursales de los demás procedimientos (art. 161.2).

El reconocimiento de créditos constituye una de las funciones de la administración concursal. La Ley dispone, al efecto, que "corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento (...), tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que (...) por cualquier

(...) razón constaren en el concurso" (art. 86.1-I), y añade que "todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por medio del incidente concursal" (art. 86.1-II). Esta última disposición no se articula bien con la norma sobre impugnación de la lista de acreedores (art. 96), de modo que no queda claro si se trata de una simple reiteración normativa o si, como parece desprenderse de su tenor literal, es posible que el acreedor suscite un incidente antes de que la lista de acreedores se haga pública junto con el informe de la administración concursal, lo que plantea no sólo el problema del cauce por el que el acreedor conocerá la decisión de la administración concursal, sino, además, el del posible retraso en la formación de la lista de acreedores. Además, parece claro que, si se siguiera esta segunda interpretación, el acreedor que hubiera suscitado el incidente no podrá reproducir su solicitud en el trámite de impugnación de la lista de acreedores.

Inmediatamente después la Ley ordena incluir necesariamente en la lista de acreedores los créditos reconocidos por laudo o por sentencia, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los que disfruten de garantía real inscrita y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten del concurso (art. 86.2). Aunque la administración concursal deba reconocer esos créditos, es evidente que podrá, como el propio precepto reconoce, impugnar cualquiera de ellos, incluyendo —aunque no se establezca expresamente— los laborales.

b) Los créditos condicionales

Bajo la rúbrica de "supuestos especiales de reconocimiento", la Ley Concursal dedica un largo precepto (art. 86) a regular el tratamiento en el concurso de los créditos condicionales y de los créditos con garantía personal, lo que constituye una importante novedad. El tratamiento de los créditos condicionales parte, como es lógico, de la tradicional distinción entre condición resolutoria y condición suspensiva.

De acuerdo con las normas generales, los créditos sometidos a *condición resolutoria* —a los que se equiparan "los créditos de Derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional" (art. 87.2)— serán tratados en el concurso como créditos puros, de modo que "disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición" (art. 87.1-I). Tienen, pues, derecho a participar en el concurso y, en consecuencia, habrán de ser satisfechos, a menos que se produzca el cumplimiento de la condición, en cuyo caso "podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo" (art. 87.1-II). Si la condición resolutoria se verificara después del pago del crédito, el acreedor deberá devolver a la masa las "cantidades cobradas", sin perjuicio, además, "de la responsabilidad en que dicho acreedor hubiere podido incurrir frente a la masa o frente a los acreedores" (art. 87.1-III). Para asegurar la devolución de las cantidades percibidas, cuando el juez del concurso estime probable el cumplimiento de la condición, podrá, a petición de parte, acordar la constitución de una garantía (art. 87.4).

Distinto es el tratamiento de los créditos sometidos a *condición suspensiva*, a los que se equiparan los créditos litigiosos. Como su exigibilidad sólo se producirá con la verificación de la condición, "serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos concursales de adhesión, de voto y de cobro" (art. 87.3, primer inciso). Por tanto, dichos créditos no deberán ser pagados durante el concurso, a menos que se verifique la condición o se produzca el reconocimiento del crédito en sentencia firme o susceptible de ser ejecutada, en cuyo caso se otorgará al acreedor "la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación" (art. 87.3, segundo inciso). Cuando el juez del concurso estime probable la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición del acreedor, ordenar que se constituyan provisiones con cargo a la masa activa del

concurso (art. 87.4). Si la condición suspensiva no llegara a verificarse o no se produjera el reconocimiento del crédito por sentencia firme, dichas provisiones se utilizarán para pagar a los restantes acreedores.

c) *Los créditos con garantía personal*

Respecto a los *créditos con garantía personal*, distingue la Ley dos supuestos. En primer lugar, el supuesto en que el *concurrido sea un fiador*, es decir, que el crédito no pueda hacerse valer contra él "sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal", en cuyo caso el acreedor podrá comunicar su crédito, pero éste se reconocerá como *contingente* en tanto no se justifique debidamente la excusión (art. 87.5).

En segundo lugar, el supuesto inverso de créditos contra el concursado en los que el acreedor disfrute de una *garantía personal de un tercero*. Naturalmente, el hecho de que el acreedor disfrute de un garante y pueda satisfacer su crédito fuera del concurso no le priva de la facultad de comunicar su crédito contra el concursado. Estos créditos con garantía personal se reconocerán por su importe íntegro (art. 87.6, primer inciso), incluso en el caso de que el garante hubiese realizado un *pago parcial con anterioridad a la declaración de concurso*, ya que la Ley reconoce el derecho del acreedor a que se incluya en la lista de acreedores tanto la parte del crédito garantizado que todavía no haya sido satisfecha como el crédito de reembolso del garante (art. 87.7), de modo que le será irrelevante el pago parcial. Además, en caso de liquidación, tendrá derecho a cobrar tanto su propia cuota como la que correspondiera al garante hasta cubrir la totalidad del crédito (art. 160).

Pero la norma de más difícil interpretación es la que indica que "en la calificación de estos créditos, se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador" (art. 87.6, segundo inciso), ya que las expresiones legales distan mucho de ser claras. Parece que la expresión *calificación* es sinónima de la de *clasificación* (así, art. 89.3), de manera que la norma quiere hacer referencia a la

consideración del crédito concursal como privilegiado, ordinario o subordinado, por lo que no podría afectar a los créditos contra la masa que se encontrasen personalmente garantizados. Parece igualmente que la exigencia de que se opte por la que "resulte menos gravosa para el concurso" –poco afortunada, ya que al concurso en sí mismo considerado le resulta indiferente la calificación del crédito– debe interpretarse en el sentido de que se optará por la calificación de peor condición, es decir, la que sea menos gravosa para los acreedores ordinarios. Del mismo modo, las expresiones "en todo caso" y "entre las que correspondan al acreedor y al fiador" parecen poner de manifiesto que la regla será aplicable tanto si el de peor condición es el acreedor principal como si es el garante.

A partir de ahí surgen las dudas. A mi juicio, la Ley pretende impedir que se eludan las normas que imponen la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado, de modo que el crédito se calificará como subordinado siempre que uno de los dos sujetos (acreedor principal o fiador) sea persona especialmente relacionada; pero no pueden descartarse otras interpretaciones más restrictivas o más amplias. La finalidad de la previsión legal parece ser la de evitar la elusión de las normas sobre subordinación de créditos de las personas especialmente relacionadas "en todo caso", es decir, tanto en el caso de que la persona especialmente relacionada sea el acreedor como en el caso de que lo sea el garante. Así, en primer lugar, en el supuesto de que la persona especialmente relacionada con el concursado sea el acreedor garantizado, se evita la elusión de la regla de la subordinación extendiendo al crédito de regreso del garante la calificación (crédito subordinado) que corresponde al crédito principal. Y, en segundo lugar, en el supuesto –inverso– en que la persona especialmente relacionada con el concursado sea el garante, el crédito se clasificará como subordinado aunque el acreedor principal no sea una persona especialmente relacionada, lo que impide que el garante pueda conseguir por regreso una calificación de su crédito superior a la que le correspondería como persona especialmente relacionada y constituye, además, un poderoso estímulo para que el acreedor garantizado opte por satisfacer su crédito fuera del concurso. Se trata, pues, de una regla legal que se añade a la ya prevista en relación con los

cesionarios de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado (v. art. 93.3; *supra*, II.1.2-b), en el sentido de que son también personas especialmente relacionadas con el concursado el garante de un acreedor que sea persona especialmente relacionada con el concursado y el acreedor garantizado por una persona especialmente relacionada con el concursado.

La ubicación del precepto, a continuación del que se refiere a la sustitución del acreedor por el garante (art. 86.7, primer inciso), permite también interpretar más restrictivamente la norma, en el sentido de que sería sólo aplicable cuando la persona especialmente relacionada fuese el acreedor principal, a fin de impedir que el pago del garante convirtiese el crédito en ordinario, y, en un sentido contrario, su tenor literal ("en todo caso"), abre la posibilidad de una interpretación más amplia, según la cual se aplicaría a cualesquiera créditos subordinados (por ejemplo, los derivados de una comunicación tardía o los convencionalmente postergados) y también a los créditos privilegiados.

d) Los créditos no dinerarios y los créditos aplazados

Se refiere también la Ley en este lugar al *cómputo de los créditos en dinero*, señalando que "todos los créditos se computarán en dinero y se expresarán en moneda de curso legal" (art. 88.1). Aunque el hecho de que el precepto no se sitúe en sede de efectos de la declaración de concurso sobre los créditos es ya suficientemente indicativo, la norma deja meridianamente claro que se trata de un simple "cómputo" de los créditos en dinero, pues afirma que se produce "a los solos efectos de la cuantificación del pasivo" y añade que "sin que ello suponga su conversión ni su modificación". Se trata, pues, de una operación necesaria para asegurar la participación de los créditos en el concurso, ya que el dinero constituye unidad de cuenta; pero que no supondrá ni transformación ni conversión de los créditos. Cuando la solución del concurso sea la liquidación, la Ley exige un segundo cómputo dinerario, que se realizará a la fecha de la apertura de la fase de liquidación, que —ahora sí— determinará la conversión del crédito (art. 146).

Del mismo modo, los créditos que tuvieran por objeto prestaciones dinerarias futuras se computarán por su valor a la fecha de la declaración de concurso, efectuándose la *actualización* conforme al tipo de interés legal vigente en ese momento (art. 88.4). Con ello se persigue únicamente determinar el valor de los créditos en el concurso a efectos de su participación en el procedimiento (cómputo de las mayorías, determinación del derecho de voto, etc.); pero sólo con la apertura de la liquidación se producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 146). Cuando, por el contrario, la solución al concurso sea el convenio, el deudor y los acreedores acordarán el modo de exigir los créditos aplazados (art. 133.2).

B) La lista de acreedores

La lista de acreedores que resulte de esas tareas de la administración concursal irá referida "a la fecha de la solicitud del concurso" y "comprenderá una relación de los incluidos y otra de los excluidos, ambas ordenadas alfabéticamente" (art. 94.1). La Ley se detiene en el contenido de esa lista, en la que destaca sin duda la fijación de las diferencias entre la comunicación y el reconocimiento (art. 94.2). A continuación, la administración concursal dirigirá una comunicación personal a todos y cada uno de los excluidos, de los incluidos sin comunicación, de los reducidos en la cuantía o de los calificados de forma distinta, a fin de que puedan impugnar la lista (art. 95.1). Tras señalar que la impugnación habrá de realizarse dentro del plazo de diez días desde la recepción de esa comunicación (art. 95.1 *in fine*), la propia Ley (art. 96.1) faculta a cualquier interesado para impugnar la lista dentro del plazo de diez días "a contar desde la comunicación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior". La remisión no es clara, porque no se realiza al apartado 1, sino al apartado 2, que a su vez se remite al artículo 23; pero todo parece indicar que el plazo de impugnación —que es, en todo caso, de diez días— cuenta para cada acreedor desde que reciba la comunicación personal (art. 95.1) y, para otros legitimados, desde la publicación de la lista (arts. 96.1 y 95.2).

Las impugnaciones podrán referirse a la inclusión o a la exclusión de los créditos de la lista, a su cuantía o a su calificación (art. 96.3) y se sustanciarán por los cauces del incidente concursal, pudiendo ser acumuladas (art. 96.4, primer inciso). Dentro de los cinco días siguientes a la última de las sentencias resolutorias —contra las que no cabe apelación—, la administración concursal introducirá en la lista las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez la lista de acreedores definitiva (art. 96.4, segundo inciso). Quienes no impugnaren la lista de acreedores en tiempo y forma no podrán plantear pretensiones de modificación de su contenido, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones realizadas como consecuencia de otras impugnaciones (art. 97.1). Si la persona considerada como especialmente relacionada con el concursado no impugnara esa calificación, el juez ordenará cancelar las garantías reales de que fuera titular (art. 97.2).

La relevancia de la lista de acreedores es grande cualquiera que sea el resultado del concurso. De un lado, constituye presupuesto para la aprobación judicial del convenio anticipado (art. 109) o para la apertura de la fase de convenio (ordinario) o de liquidación del concurso (arts. 98 y 142.2). Y, de otro lado, la lista, integrada por el auto de conclusión del concurso, ha de considerarse título ejecutivo (art. 517.2-4.º LEC). Al referirse a la posibilidad de "iniciar ejecuciones singulares" tras la conclusión del concurso (art. 178), la ley concursal no sólo se está levantando la prohibición de iniciar esas ejecuciones (judiciales o extrajudiciales), que constituye efecto de la declaración de concurso (art. 55.1), sino que, además, está otorgando a los acreedores que hayan comunicado sus créditos y hayan sido reconocidos en el concurso un *título ejecutivo* que podrán utilizar tras su conclusión.

III. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

1. *Naturaleza y requisitos*

Con el nombre de créditos contra la masa se designan todos aquellos créditos que genera el propio procedimiento concursal, ya

deriven de las costas y gastos judiciales ya se refieran a las obligaciones nacidas durante el concurso o que se mantengan tras su declaración. Los créditos contra la masa no son créditos de una persona distinta del concursado (la masa, activa o pasiva) ni son tampoco créditos –concurales– privilegiados. La prioridad de la que gozan se explica fácilmente atendiendo a la *función* que cumplen. Es preciso satisfacer con preferencia tanto los gastos que el propio concurso genera como las nuevas obligaciones que surjan porque de otro modo nadie concedería crédito a un deudor concursado y porque, en rigor, a lo que los acreedores tienen derecho es a aquéllo que resulte del procedimiento mismo una vez deducido su coste. Los créditos contra la masa deben satisfacerse al margen del concurso porque constituyen una categoría ajena (distinta y autónoma) que no se ve afectada por las reglas restrictivas del propio concurso. En definitiva, la preferencia de los créditos contra la masa se explica en razón de su *extraconcuralidad*, característica que no puede considerarse una consecuencia de privilegio legislativo alguno, y que se traduce en la regla de que "habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso" (art. 154.2). Como acreedores extraconcurales, deben ser satisfechos conforme a las normas comunes –y no de acuerdo con las reglas concursales–, es decir, según los casos, de forma inmediata o a medida que venzan, sin esperar al desarrollo del procedimiento (v. STCJ 23.3.1998).

La detallada enumeración legal de los créditos contra la masa y algunas de las decisiones de política legislativa (v. *supra*, I.2) reducen considerablemente el interés por determinar los *requisitos* que deben reunir, que, en todo caso, pueden reducirse a dos (v. STCJ 23.3.1998): un requisito teleológico, en el sentido de que los créditos contra la masa surgen para hacer posible el procedimiento, y un requisito temporal, en el sentido de que deben nacer con posterioridad a la declaración de concurso. Desde una perspectiva *teleológica*, los créditos contra la masa se caracterizan, en efecto, por hacer posible el propio procedimiento de concurso de acreedores. Es la esencia de la categoría: los créditos contra la masa se justifican, precisamente, porque son créditos necesarios para llevar a buen fin el concurso de acreedores, exigencia que se

deduce con claridad del elenco de supuestos contemplados legalmente. Desde una perspectiva *temporal*, los créditos contra la masa se caracterizan por nacer después de la declaración de concurso (v. art. 84.2-5, 9 ó 10.º; v. también una referencia, respecto del convenio, en el art. 134.1; v., por ejemplo, STS 28.2.1995). Destaca en ese sentido la inclusión en el elenco de créditos contra la masa de aquellos créditos "que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención" (art. 84.2-9.º), que de otro modo resultaría superflua: los créditos que resulten de obligaciones contraídas por el concursado durante el procedimiento en violación de las limitaciones de sus facultades patrimoniales no constituirán créditos contra la masa, salvo que sean convalidados por la administración concursal, y ni siquiera integrarán la masa pasiva. Excepcionalmente, sin embargo, como vimos, tendrán la consideración de 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" (art. 84.2-10.º). Ello no impide, lógicamente, que se incluyan en la categoría todos los gastos que genere la apertura del concurso (v. arts. 29.1 y 84.2-2.º), alguno de los cuales serán anteriores a su iniciación formal. Tampoco incumplen este requisito los créditos por rescate de las garantías reales y por rehabilitación de contratos (art. 84.2-7.º), ya que, aunque vayan referidos a prestaciones anteriores, derivan de decisiones adoptadas durante el concurso y en interés del concurso.

La *delimitación* legal de los créditos contra la masa, ciertamente detallada (art. 84.2), parte de la tradicional distinción entre gastos de la masa y obligaciones de la masa. Entre los *gastos de la masa* se incluyen tanto los gastos de justicia como los gastos de administración. Se consideran *gastos de justicia* imputables a la masa no sólo los indispensables para el desarrollo del procedimiento (gastos de la solicitud, de la declaración, de publicidad, de reconocimiento de créditos, de celebración de la junta de acreedores, etc), sino también los derivados de incidentes, e incluso los de costas y gastos ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de los acreedores en los

juicios que, en interés de la masa, inicien o continúen de acuerdo con la propia Ley Concursal. Entre los *gastos de administración*, destaca la retribución de los administradores concursales (art. 34 y Decreto regulador de los aranceles) y de los expertos independientes (art. 83.2), aunque no se incluyan en la larga lista del art. 84.2.

Las fuentes de las *obligaciones de la masa* son las mismas que las de las obligaciones en general, es decir, básicamente, el contrato, la ley y la responsabilidad civil. Constituyen obligaciones *contractuales* de la masa todas aquellas derivadas de los nuevos contratos que se concluyan durante el concurso y de aquellos contratos que el concursado hubiera realizado con anterioridad a la declaración de concurso, incluyendo las indemnizaciones por despido. Como obligación *legal* de la masa destaca, en su caso, la de prestación de alimentos al concursado persona natural, así como a aquellas personas respecto de las que tenga deber de alimentos el propio concursado. Constituyen, en fin, obligaciones de la masa —como vimos— todas las que resulten de *responsabilidad extracontractual* del concursado con posterioridad a la declaración del concurso de acreedores.

2. Régimen jurídico

A) *La extraconcuralidad*

Como no podía ser de otra manera, la Ley Concursal presta atención especial a la satisfacción preferente de los créditos contra la masa. En efecto, el artículo 84.2, pese a constituir una norma de marcado carácter didáctico, en la que se enumeran los créditos que integran la categoría, dispone que los créditos contra la masa "serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154", y es este último precepto (v. también las referencias de los arts. 155 y 156.1) el que, a pesar de ubicarse en la parte de la Ley dedicada a la liquidación de la masa activa, regula el pago de los créditos contra la masa, "cualquiera que sea el estado del concurso". Los créditos contra la masa se caracterizan por ser, precisamente, créditos extraconcursoales, y esa característica es la que determina su régimen

jurídico. Así, en primer lugar, no afectan a los créditos contra la masa las normas destinadas a regular el concurso de acreedores: los titulares de estos créditos no deben –ni pueden– realizar una *comunicación* de sus créditos (art. 85.1, que se refiere de forma específica a "los acreedores del concursado"), de modo que su *reconocimiento* ha de producirse al margen del procedimiento concursal, conforme a las normas generales. No obstaculiza esa conclusión la circunstancia de que, al regular la lista de acreedores, la Ley establezca que "se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago" (art. 94.4), porque, como la propia Ley pone de manifiesto al requerir que se elabore "en relación separada" y que vaya referida a los que se encuentren "pendientes de pago", constituye una simple relación de los créditos contra la masa pendientes de pago, de carácter puramente informativo, que irá actualizándose paulatinamente, muy alejada, por tanto, de la lista de acreedores en sentido estricto. Esa misma separación entre la *lista de acreedores* –relativa sólo a los acreedores concursales– y la "relación de créditos contra la masa devengados y pendientes de pago" se establece a la hora de regular el resultado de la eventual impugnación de la lista de acreedores (art. 96.4). En definitiva, no se aplican a los créditos contra la masa las normas sobre comunicación y reconocimiento de créditos, sin perjuicio de la necesidad de fijar un control acerca de su existencia y su cuantía. Es cierto que la Ley alude a la "comunicación" y al "reconocimiento" de los créditos contra la masa por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de trabajo (art. 84.2-5.º-II); pero se trata de una simple incorrección terminológica que –si bien se mira– afirma, precisamente, la regla general: estos créditos contra la masa –como los demás– no deben ser comunicados ni reconocidos, sino que su existencia deriva "de la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento".

Como consecuencia de su carácter extraconcursal, los titulares de créditos contra la masa gozan de las ordinarias garantías jurisdiccionales, de modo que, en principio, podrían solicitar que se declarase su derecho contra la masa y, cuando contasen con la oportuna sentencia u otro título ejecutivo, entablar la correspondiente acción ejecutiva para el cobro de sus créditos. Sin embargo,

la Ley (art. 154.2) establece dos importantes limitaciones, que se traducen en una cierta integración de los titulares de estos créditos en el concurso. La primera, que las acciones relativas a su calificación o pago se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, que constituye una manifestación más de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso sobre el patrimonio concursal (art. 8). La segunda, que no podrán iniciarse ejecuciones para hacer efectivos los créditos contra la masa hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso. A diferencia de lo que sucede con los créditos con garantía real, los acreedores de la masa no pueden iniciar ejecuciones ni siquiera sobre bienes que no estén afectos a la actividad empresarial.

En segundo lugar, los créditos contra la masa no sufren los efectos previstos para los créditos concursales. Ni aquéllos que sean consecuencia de la declaración de concurso, de modo que podrán compensarse con créditos del concursado (art. 58), deberán pagarse, en su caso, los intereses que devenguen, sean legales o convencionales (art. 59), y no les afecta la norma sobre interrupción de la prescripción, que se aplica expresamente sólo a los créditos anteriores a la declaración de concurso (art. 60); ni tampoco los que sean consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art. 146), de modo que no vencen anticipadamente, sino que deberán ser satisfechos a su vencimiento (art. 154), ni han de convertirse, en su caso, en créditos dinerarios.

B) La prioridad

En fin, los créditos contra la masa gozan de *prioridad* sobre los créditos concursales, lo que se reconoce estableciendo, de un lado, que serán satisfechos "*antes de proceder al pago de los créditos concursales*" (art. 154.1); de otro, que "*habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos*", aunque algunos deberán ser pagados "*de forma inmediata*" (art. 154.2), y, en fin, señalando que "*los créditos contra la masa operan como prededucibles*" (E. de M.). La propia Ley habilita, pues, para hablar de *prededucción*, de

modo que "la administración concursal *deducirá* de la masa activa los bienes y derechos necesarios". La *prededucción* de los créditos contra la masa se contrapone a la *graduación* de los créditos concursales.

La prioridad de los créditos contra la masa se aplica "cualquiera que sea su naturaleza". Con ello quiere indicarse que la prioridad se refiere a todos los créditos contra la masa y, además, que no existe preferencia de unos créditos contra la masa sobre otros, de modo que todos ellos deberán ser satisfechos de manera ordinaria. Aunque la Ley añade que "los créditos del art. 84.2-1.º se pagarán de forma inmediata", la regla del pago inmediato no se opone a la regla de pago al vencimiento, sino que constituye una simple manifestación de la misma, que se establece expresamente —de forma innecesaria— para determinar cuándo deberán ser pagados aquellos créditos contra la masa que ya están vencidos cuando se declara el concurso. Deberán ser pagados de forma inmediata no sólo esos créditos salariales, sino *todos* los créditos contra la masa, salvo que se establezca el correspondiente plazo y haya que esperar a su vencimiento. Así, en caso de rescate de un bien afecto a un crédito con privilegio especial, la administración concursal habrá de satisfacer *de inmediato* la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de pagar los sucesivos a sus respectivos *vencimientos* (art. 155.2). Así, también, en caso de resolución del contrato en interés del concurso, el pago de la indemnización que corresponda (art. 61.2 *in fine*) deberá realizarse de forma inmediata; en caso de rehabilitación de contrato en interés del concurso deberán pagarse igualmente de forma inmediata (incluso a través de consignación) las cantidades debidas al momento de la rehabilitación, siendo asumidas las restantes para su pago al vencimiento (arts. 68.1, 69.1 y 70.1), y en caso de rescisión de un acto, el crédito contra la masa que resulte a favor del demandado habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración (art. 73.3), es decir, de forma inmediata. Lo mismo sucede con los restantes créditos contra la masa: si no se pacta un aplazamiento, deberán ser satisfechos de forma inmediata, como sucede cuando no hay concurso. Si existe ese aplazamiento o tienen un carácter periódico

(v. gr., retribución de los administradores concursales), serán satisfechos al vencimiento.

Ahora bien, sorprendentemente, los créditos contra la masa no disfrutan de preferencia sobre los créditos con privilegio especial, ya que "las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos *no afectos* al pago de créditos con privilegio especial" (art. 154.3, primer inciso). La prededucción no afecta, pues, a los créditos con privilegio especial, de modo que la administración concursal no puede utilizar para el pago de los créditos contra la masa los bienes afectos a privilegios especiales. Esa regla legal se aplica cualquiera que sea la naturaleza del crédito contra la masa y del crédito con privilegio especial. Quiere ello decir, de un lado, que no podrán utilizarse los bienes afectos a un privilegio especial ni siquiera para el pago de los créditos por salarios y, de otro lado, que no podrá utilizarse ningún bien afecto, ya se trate de garantía real ya se trate de privilegio especial en sentido estricto (crédito refaccionario).

En fin, puede surgir un conflicto entre los propios créditos contra la masa cuando los fondos del concurso y los que, en su caso, se obtengan de la liquidación de bienes, no basten para la satisfacción íntegra de todos ellos. La regla del pago inmediato o al vencimiento dificulta el nacimiento de un problema de este tipo, porque los créditos contra la masa irán pagándose a medida que surjan y venzan; pero no lo elimina por completo. Por otro lado, la imposibilidad de satisfacción de los gastos del concurso revela un fracaso estrepitoso del propio concurso, pero, a pesar de todo, la hipótesis puede plantearse, como lo demuestra el hecho de que en algunos ordenamientos jurídicos se prevea específicamente la graduación de los créditos contra la masa. Pues bien, la Ley trata de evitar "el concurso del concurso", al que podría abocar la insuficiencia de la masa para satisfacer sus propios créditos, y establece que "lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos" (art. 154.3, segundo inciso). La interpretación literal del precepto es imposible, porque si la masa es insuficiente no puede distribuirse entre *todos* los créditos contra la masa por el *orden de sus vencimientos*: o se reparte

el activo entre *todos* los créditos contra la masa pendientes de pago (a prorrata) o, por el contrario, se pagan por el *orden de vencimientos* algunos de esos créditos, pero no todos. Parece, pues, que ha de seguirse una interpretación lógica, de modo que los créditos contra la masa serán satisfechos, hasta donde sea posible, "por el orden de sus vencimientos".