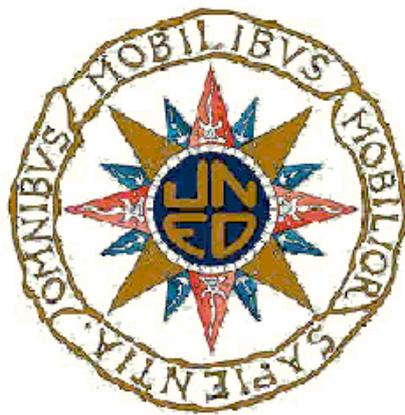


**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL



**TESIS DOCTORAL**

**LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS  
DE PERSONA ESPECIALMENTE RELACIONADA  
CON EL CONCURSADO PERSONA JURÍDICA**

**MARÍA ASTRID DE TERESA COLINA**

LICENCIADA EN DERECHO

Director de la Tesis: Dr. D. Jacinto Gil Rodríguez

Codirectora: Dra. Dña. Fátima Yáñez Vivero

2015

UNED  
DEPARTAMENTO DE  
DERECHO CIVIL  
Facultad de Derecho

**LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS  
DE PERSONA ESPECIALMENTE RELACIONADA  
CON EL CONCURSADO PERSONA JURÍDICA**

MARÍA ASTRID DE TERESA COLINA  
Licenciada en Derecho

Director de la Tesis: Dr. D. Jacinto Gil Rodríguez

Codirectora: Dra. Dña. Fátima Yáñez Vivero

# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b>	9
<b>INTRODUCCIÓN</b>	11

## **PRIMERA PARTE**

### **CAPÍTULO I. LA RELACIÓN OBLIGATORIA, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL Y LA PREFERENCIA**

#### **SECCIÓN 1ª. La obligación como núcleo esencial en las relaciones jurídicas**

<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	16
<b>II. LA DEUDA Y LA RESPONSABILIDAD COMO ELEMENTOS NECESARIOS EN LA OBLIGACIÓN</b>	20
<b>III. LA DEUDA SIN RESPONSABILIDAD</b>	24
<b>III.1 El pago de intereses no pactados en el contrato de préstamo</b>	27
<b>III.2 Las deudas de juego</b>	28
<b>III.3 La retención del pago pretendidamente indebido</b>	29
<b>III.4 El cumplimiento o pago de la deuda prescrita</b>	31
<b>IV. LA RESPONSABILIDAD SIN DEUDA</b>	33
<b>V. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA</b>	37

#### **SECCIÓN 2ª. La Responsabilidad patrimonial universal**

<b>I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO</b>	39
<b>I.1 Planteamiento preliminar</b>	39
<b>I.2 Alcance terminológico</b>	40
<b>II. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL</b>	42
<b>III. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y EL ARTÍCULO 1911 CC</b>	48
<b>IV. LA OBLIGACIÓN DE REPARACIÓN</b>	52
<b>V. ¿HACIA UNA NUEVA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL?</b>	56

#### **SECCIÓN 3ª. La idea de privilegio y de preferencia**

<b>I. CONSIDERACIONES GENERALES</b>	59
<b>II. LA PREFERENCIA</b>	63

<b>III. LAS DIFERENTES CAUSAS DE PREFERENCIA</b>	66
<b>III.1 El privilegio</b>	66
<b>III.2 Las garantías reales</b>	71
<b>IV. BREVE REFERENCIA A LA CLASIFICACIÓN DE LOS PRIVILEGIOS</b>	72

## **CAPÍTULO II. LA SUBORDINACIÓN CONVENCIONAL**

<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	75
<b>II. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA Y MODALIDADES</b>	77
<b>III. ANTECEDENTES DE LA SUBORDINACIÓN EN EL DERECHO VIGENTE ESPAÑOL</b>	78
<b>III.1 Los Préstamos participativos</b>	79
A) INTRODUCCIÓN Y MARCO NORMATIVO	79
B) NATURALEZA JURÍDICA Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES	81
B1) EL ELEMENTO RETRIBUTIVO	82
B2) EL ORDEN DE PRELACIÓN EN EL COBRO	82
B3) SU CONSIDERACIÓN A EFECTOS CONTABLES-MERCANTILES	83
B4) LA DURACIÓN DEL CONTRATO	86
B5) LOS ELEMENTOS PERSONALES	88
B5) BREVE REFERENCIA A LA TERMINOLOGÍA	89
C) PANORAMA ACTUAL Y FUTURO DE LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS	90
<b>III.2 La financiación subordinada</b>	92
A) APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA	92
A1) LOS ACUERDOS DE BASILEA	92
A2) NORMATIVA ESTATAL	97
B) LAS CUOTAS PARTICIPATIVAS Y LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES	99
C) CONTEXTO ACTUAL	104
D) REGULACIÓN ACTUAL DE LOS REQUERIMIENTOS DE CAPITAL	105
E) LA FINANCIACIÓN SUBORDINADA COMO RENTA FIJA	108
E1) JURISPRUDENCIA	111
F) CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR	113
<b>III.3 Sociedades Deportivas Anónimas</b>	115

## **CAPÍTULO III. LA SUBORDINACIÓN CONCURSAL**

<b>I. INTRODUCCIÓN A LA LEY CONCURSAL</b>	117
<b>II. BREVE REFERENCIA A LA FORMACIÓN DE LA MASA PASIVA; LOS CRÉDITOS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL</b>	120
<b>II.1 La formación de la masa pasiva</b>	120
<b>II.2 Las clases de créditos</b>	122
<b>II.3 Los créditos contra la masa</b>	125
A) DEFINICIÓN	125
B) NOTAS ESENCIALES	126
<b>II.4 Los créditos concursales</b>	129
A) GENERALIDADES	129
B) LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS	130
B1) GENERALIDADES	130
B2) EL COBRO DE LOS CRÉDITOS Y SUS EXCEPCIONES	132
B3) LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL	135
C) LOS CRÉDITOS ORDINARIOS	136
<b>III. PLANTEAMIENTO GENERAL Y FUNDAMENTO</b>	137
<b>IV. CLASIFICACIÓN EN LA LEY CONCURSAL</b>	140
<b>IV.1 Créditos comunicados tardíamente</b>	141
A) PLANTEAMIENTO INICIAL Y CONSIDERACIONES VARIAS	141
B) LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUBORDINACIÓN	149
C) APLICACIÓN DE LA NORMA TRAS LA LEY 38/2011	150
<b>IV.2 Subordinación contractual</b>	152
A) JUSTIFICACIÓN Y OPORTUNIDAD DE SU PRELACIÓN	152
B) LA SUBORDINACIÓN RESPECTO A “TODOS LOS DEMÁS ACREEDORES DEL DEUDOR”	157
C) LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS	158
<b>IV.3 Créditos por intereses y recargos</b>	161
A) LA SUBORDINACIÓN DE INTERESES	161
A1) PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN	161
A2) LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES Y SU JUSTIFICACIÓN	163

A3) TIPOLOGÍA DE LOS INTERESES CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 92.3º LC	166
1) <i>Los créditos por comisiones</i>	167
2) <i>El anatocismo</i>	168
A4) EXCEPCIÓN A LA SUBORDINACIÓN DE INTERESES	170
1) <i>La excepción expresa</i>	170
2) <i>La excepción implícita</i>	171
B) LA SUBORDINACIÓN DE LOS RECARGOS	172
B1) SU TRATAMIENTO PREVIO A LA LEY 38/2011	172
B2) DEL AÑO 2011 HASTA LA ACTUALIDAD	179
<b>IV.4 Créditos por multas y sanciones</b>	179
A) GENERALIDADES	179
B) LOS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS DEL ARTÍCULO 92.4º LC	180
B1) LAS MULTAS PENALES	181
B2) LAS MULTAS COERCITIVAS	182
B3) LAS CLÁUSULAS PENALES	182
C) LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUBORDINACIÓN	187
<b>IV.5 Créditos de personas especialmente relacionadas</b>	188
A) NOTAS INTRODUCTORIAS	189
B) EL DERECHO COMPARADO	191
C) EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	193
D) LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 4/2014 Y LA LEY 17/2014	197
E) LOS CRÉDITOS OBJETO DE SUBORDINACIÓN	198
F) LAS EXCEPCIONES	199
<b>IV.6 Créditos consecuencia de la rescisión con apreciación de mala fe</b>	200
A) LA MALA FE EN LA CONTRAPARTE	200
B) EL MECANISMO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL	202
<b>IV.7 Obstaculización del acreedor en el cumplimiento de contratos con obligaciones recíprocas</b>	205
A) APROXIMACIÓN CONCEPTUAL	205
B) LOS ARTÍCULOS 61, 62, 68 Y 69 LC	206

C) LA ‘OBSTACULIZACIÓN’ Y SU APRECIACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y EL JUEZ DEL CONCURSO	211
<b>V. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y LA SUBORDINACIÓN</b>	217
A) PLANTEAMIENTO INICIAL	217
B) EFECTOS DEL INICIO DEL EXPEDIENTE: EL DEUDOR	220
C) EFECTOS DEL INICIO DEL EXPEDIENTE: LOS ACREEDORES	221
D) CONVOCATORIA DE REUNIÓN Y FIN DEL EXPEDIENTE: LA POSIBLE SUBORDINACIÓN	223
<b>VI. UN SUPUESTO ESPECIAL DE EXENCIÓN DE LA SUBORDINACIÓN: LA CREACIÓN DE LA SAREB</b>	224
A) INTRODUCCIÓN	224
B) LA EXENCIÓN DE LA SUBORDINACIÓN	226
C) LA EXTENSIÓN OBJETIVA Y SU EXCEPCIÓN	233
D) LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA EXCEPCIÓN	234
E) ESPECIAL REFERENCIA A LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN	236
F) LA DEROGACIÓN PARCIAL DE LA LEY 9/2012	237

## **SEGUNDA PARTE**

### **CAPÍTULO IV. LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO**

#### **SECCIÓN 1ª. Concursado persona natural**

<b>I. ELEMENTOS COMUNES A LA SUBORDINACIÓN DE PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO PERSONA NATURAL</b>	242
<b>II. CÓNYUGE, PAREJA DE HECHO O CONVIVENCIA ANÁLOGA A ESTA O HABITUAL. LA PENSIÓN COMPENSATORIA</b>	243
<b>III. LOS FAMILIARES DEL CONCURSADO, ASÍ COMO SUS CÓNYUGES</b>	248
<b>IV. EL MOMENTO TEMPORAL</b>	251
<b>V. LOS SUPUESTOS 4º, 5º Y 6º DEL ARTÍCULO 93.1 LC.</b>	252
<b>VI. LOS CRÉDITOS AFIANZADOS POR PERSONA ESPECIALMENTE RELACIONADA CON EL CONCURSADO: EL ARTÍCULO 87.6 LC</b>	254

<b>VI.1 La compleja interpretación del artículo en su redacción originaria</b>	254
<b>VI.2 La interpretación jurisprudencial del artículo 87.6 LC</b>	261
<b>VI.3 Fin de la dualidad interpretativa: el Real decreto ley 3/2009</b>	266
<b>SECCIÓN 2ª. Concursado persona jurídica</b>	
<b>I. GENERALIDADES</b>	273
<b>II. ARTÍCULO 93.2.1º LC: LOS SOCIOS RESPONSABLES PERSONAL E ILIMITADAMENTE Y LOS SOCIOS QUE OSTENTAN UNA PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA DEL CAPITAL SOCIAL</b>	279
<b>II.1 Los socios con responsabilidad personal e ilimitada</b>	279
A) LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES COLECTIVAS Y COMANDITARIAS	279
B) EL RESTO DE SUPUESTOS INCLUIDOS EN EL ARTÍCULO 93.2.1º LC	281
B1) LA SOCIEDAD IRREGULAR	281
B2) LA SOCIEDAD UNIPERSONAL	283
B3) RESTO DE SUPUESTOS	286
<b>II.2 Titularidad de una participación social significativa de la concursada</b>	287
A) PLANTEAMIENTO PRELIMINAR	287
B) LA PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA	289
C) LA REDACCIÓN DEL PRECEPTO A PARTIR DEL RDL 11/2014	295
<b>II.3 La extensión de la calificación</b>	299
<b>II.4 El elemento temporal</b>	299
<b>II.5 Fundamento</b>	302
<b>II.6 El elemento objetivo</b>	308
<b>III. EL ARTÍCULO 93.2.2º LC: LOS ADMINISTRADORES, ADMINISTRADORES DE HECHO, LIQUIDADORES Y APODERADOS CON PODERES GENERALES DE LA EMPRESA</b>	
<b>III.1 Los administradores</b>	311
A) NOMBRAMIENTO Y CESE DE LOS ADMINISTRADORES. SU INFLUENCIA EN LA SUBORDINACIÓN	312
B) EL ELEMENTO TEMPORAL	314
C) FUNDAMENTO	315
D) EL ELEMENTO OBJETIVO	320

<b>III.2 El administrador de hecho</b>	322
A) LA CONFIGURACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE HECHO	323
B) LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL ACTUAL DEL ADMINISTRADOR DE HECHO	327
C) LA CALIFICACIÓN CONCURSAL DE ADMINISTRADOR DE HECHO	336
D) EL REAL DECRETO LEY 4/2014 Y LAS ENTIDADES FINANCIERAS	337
<b>III.3 Los liquidadores</b>	342
A) LA FUNCIÓN DE LOS LIQUIDADORES EN LA FUNCIÓN SOCIAL	342
B) LOS LIQUIDADORES Y LA LEY CONCURSAL	345
C) LOS LIQUIDADORES DE HECHO	346
D) FUNDAMENTO	347
<b>III.4 Los apoderados con poderes generales de la empresa</b>	348
A) GENERALIDADES	348
B) DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. EL FACTOR	350
C) LAS FORMALIDADES EN EL APODERAMIENTO GENERAL EL FACTOR NOTORIO	354
D) EL APODERADO GENERAL Y LA LEY CONCURSAL	357
E) APODERADO GENERAL <i>VERSUS</i> ADMINISTRADOR DE HECHO	358
F) EL ELEMENTO TEMPORAL.	360
G) FUNDAMENTO DE LA SUBORDINACIÓN CONCURSAL	361
<b>IV. ARTÍCULO 93.2.3º LC: EL GRUPO DE SOCIEDADES Y SUS SOCIOS COMUNES</b>	
<b>IV.1 Delimitación conceptual</b>	365
<b>IV.2 El grupo de sociedades y la Ley Concursal</b>	374
A) LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 38/2011	374
B) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA DE LA LEY CONCURSAL. LA REMISIÓN AL ARTÍCULO 42 CCOM	381
<b>IV.3 “Y sus socios comunes”</b>	387
<b>IV.4 El elemento temporal</b>	394
<b>IV.5 Fundamento</b>	397
<b>IV.6 El elemento objetivo</b>	400
<b>V. LOS CESIONARIOS O ADJUDICATARIO DE CRÉDITOS PERTENECIENTES A PERSONAS MENCIONADAS EN EL ARTÍCULO 93 LC</b>	401

**CAPÍTULO V. LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS COMO  
SUBORDINADOS**

<b>I. PLANTEAMIENTO INICIAL</b>	406
<b>II. CONSECUENCIAS EN LA FASE COMÚN</b>	407
<b>II.1 El privilegio del acreedor instante</b>	407
<b>II.2 El nombramiento de la administración concursal</b>	408
<b>III. CONSECUENCIAS EN LA FASE DE CONVENIO</b>	408
<b>III.1 De la apertura de la fase de convenio y la presentación de propuestas de convenio</b>	408
<b>III.2 De la junta de acreedores</b>	411
A) DERECHO DE ASISTENCIA E INFORMACIÓN	412
B) DERECHO DE DEBATE Y DERECHO DE VOTO	413
<b>III.3 Efectos del convenio</b>	415
<b>III.4 Oposición e impugnación del convenio</b>	418
<b>III.5 La propuesta anticipada de convenio</b>	421
<b>IV. EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN</b>	424
<b>V. CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE LOS EFECTOS DE LA LA SUBORDINACIÓN EX ARTÍCULO 92.5 LC SOBRE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO</b>	426
<b>V.1 En la fase común</b>	427
A) NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	427
B) ACCIONES DE REINTEGRACIÓN	428
C) EXTINCIÓN DE GARANTÍAS	428
<b>V.2 En la fase de convenio</b>	432
<b>V.3 En fase de liquidación</b>	432
<b>V.4 Acuerdos de homologación judicial</b>	433
<b>CONCLUSIONES</b>	434
<b>ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DGRN</b>	442
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	450

## ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AEAT	Agencia Española de Administración Tributaria
ATS	Auto del Tribunal Supremo
art./arts.	artículo/artículos
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
BDE	Banco de España
Cc.	Código civil
Ccom.	Código de comercio
cit.	citado/ citada
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CET1	<i>Common Equity Tier 1</i>
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CSBB	Comité de Supervisión Bancaria de Basilea
Der.	Derecho
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
Dtor.	Director
ed.	edición
etc.	etcétera
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
InsO	<i>Insolvenzordnung</i>
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley General Tributaria
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LH	Ley Hipotecaria
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LMV	Ley del Mercado de Valores
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
MiFID	<i>Markets in Financial Instruments Directive</i>
núm.	número
p.	página
rec.	recurso
R.	Resolución
RD	Real Decreto
RM	Registro Mercantil
RRM	Reglamento Registro Mercantil
s.	siglo

S	Sentencia
SS	Sentencias
SAREB	Sociedad de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria
SGR	Sociedad de Garantía Recíproca
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
T	Tomo
Tol	Base de datos jurisprudencia Tirant lo Blanch
UE	Unión Europea
UNCITRAL	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
USC	Código de estados Unidos
UTE	Unión Temporal de Empresas
<i>Vid.</i>	véase
Vol.	Volumen
VV.AA.	Varios autores

## INTRODUCCIÓN

El tratamiento de los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica es abordado en este trabajo arrancando de una perspectiva sintética y epidérmica, encaminada a afianzar el principio cardinal de equivalencia o igual trato a los acreedores o *par condicio creditorum*. A continuación, también brevemente, se da cuenta de los supuestos excepcionales, para mejora o desventaja de determinados créditos contra un mismo deudor y, a tal efecto, se introducen los conceptos de preferencia y de subordinación.

Así, contando con dichas premisas, se viene a la específica materia objeto de investigación, adentrándonos en la subordinación concursal y, más exhaustivamente, en la subordinación legal que pone en desventaja a las *personas especialmente relacionadas* con el concursado del artículo 92.5º LC y más concretamente en aquellos supuestos en los que el concursado sea una *persona jurídica* ex artículo 93.2 LC.

El punto de partida elegido es el de la relación jurídica obligatoria entendida como aquella en la que concurre la presencia de una parte, la deudora, que se compromete a la realización de una determinada prestación de dar, hacer o no hacer algo en favor de la otra parte, la acreedora, que quedará, en virtud de dicha relación obligatoria, facultado para exigir el cumplimiento de la misma y de cuyo buen fin responde el deudor con todo su patrimonio ejecutable. Estamos ante los dos elementos que configuran la relación obligatoria, de un lado, la deuda, y de otro, la responsabilidad, que si bien desde un punto de vista dogmático pueden ser estudiados de manera independiente, deben concurrir necesariamente ambos en cuanto elementos esenciales y fundamentales de la obligación jurídica perfecta.

Desde este carácter necesario de la responsabilidad, se insistirá en que no en todos los casos el interés del acreedor quedará colmado con la observancia de la conducta debida por el deudor, sino que pudiera suceder que la prestación debida no fuera cumplida y satisfecha en los términos exactamente acordados. Se produce entonces el incumplimiento de la

obligación con la correspondiente frustración del derecho del acreedor y la insatisfacción de su interés. Es en este momento en el que el ordenamiento jurídico reacciona frente al injusto que representa dicho incumplimiento y activa la responsabilidad patrimonial universal que faculta y permite al acreedor dirigirse contra los bienes presentes y futuros del deudor en aras a satisfacer la prestación incumplida, bien a partir del cumplimiento forzoso, bien resultando este imposible, a partir de la obligación de reparar.

No obstante lo anterior, y en relación al sobreendeudamiento familiar, algunas resoluciones judiciales recientes han puesto de manifiesto la oportunidad de repensar la ‘perennidad’ de este principio general de responsabilidad patrimonial universal, a fin de modular el mismo en determinadas circunstancias y con determinadas condiciones, tal y como manifiesta la *Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*.

Desde otra perspectiva, pudiera suceder que los bienes presentes y futuros del deudor no fueran suficientes para satisfacer todas las deudas que mantiene con sus acreedores. Para ello el ordenamiento jurídico prevé una ejecución ordenada del patrimonio del deudor a fin de evitar que sólo los acreedores más avezados sean quienes cobren sus créditos: se articula el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores o *par condicio creditorum*.

Este principio que opera como regla general no es inquebrantable, pues cede ante aquellos acreedores dotados de prioridad o preferencia en el cobro de sus créditos respecto al resto de acreedores a fin de intentar a partir de la conjugación de los principios de proporcionalidad y de preferencia implementar un sistema de tutela conflictual del crédito que permita la adecuada satisfacción de los acreedores.

Íntimamente unido a esta insuficiencia patrimonial se encuentra la insolvencia del deudor como presupuesto necesario para instar o solicitar el concurso de acreedores regulado a partir de la Ley 22/2003 (en adelante, Ley Concursal). La Ley Concursal a partir de la preferencia y de la antipreferencia inaugura una novedosa clasificación de los créditos concursales como excepción a la *par condicio creditorum*, a partir de una triple

clasificación de estos; son los créditos privilegiados, ordinarios y subordinados, siendo estos últimos la verdadera novedad introducida por la norma concursal.

La subordinación crediticia no era desconocida por nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose presente principalmente en los préstamos participativos y las financiaciones subordinadas; estas sufrieron un desarrollo exponencial a principios del siglo XXI a partir de los requerimientos regulatorios del Banco de España a fin de su cómputo como recursos propios de las entidades financieras.

No obstante lo anterior, el tratamiento que la Ley Concursal realiza de la subordinación sí opera como una novedad en cuanto el legislador decide postergar determinados créditos considerados dignos de una menor protección y como tal dificultar, en la práctica el cobro de los mismos. Como consecuencia de lo anterior, el artículo 92 LC establece la subordinación de los créditos a partir de razones y justificaciones heterogéneas, que carecen de un denominador común y que, en principio, con carácter general mantendrían cierta razonabilidad. Decimos en principio, en cuanto esa cierta razonabilidad desaparece en el supuesto de la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado ex artículo 92.5º LC.

La subordinación por razón de proximidad con el concursado opera, a diferencia de los otros supuestos del artículo 92 LC, a partir de las particularidades y características que posee el titular del crédito, y no a partir de las particularidades del crédito en sí mismo, asumiendo que estas personas con especial vinculación con el concursado y detalladas en el artículo 93 LC son *insiders*, y presumiendo el perjuicio patrimonial o incluso el fraude en las conductas y actuaciones ejercidas por estos últimos, sin admitir prueba en contrario (queda excepcionado de esta prueba en contrario los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a una persona especialmente relacionada ex artículo 93.3 LC)

La calificación de un crédito como subordinado conlleva importantes consecuencias jurídicas que no se reducen sólo a la postergación en el cobro de los mismos, sino que sus acreedores verán limitados algunos de sus derechos en el seno del procedimiento concursal.

Este tratamiento diferenciado de los créditos subordinados se intensificará cuando se trate de créditos de *personas especialmente relacionadas*. En este caso, estos créditos no sólo sufrirán los efectos de su carácter subordinado, sino que las consecuencias jurídicas serán aún más importantes a fin de conseguir un efecto disuasorio respecto a las personas que mantengan una especial vinculación con el concursado.

Con este escenario sumariamente descrito, sería irrazonable negar el impacto que en el tráfico jurídico mercantil, y más concretamente en el ámbito de la financiación crediticia, ha supuesto la subordinación crediticia. Singularmente preocupante ha resultado la calificación de *persona especialmente relacionada* con el concursado *ex* artículo 93 LC, máxime a partir de la crisis financiera y económica sufrida a finales de la década anterior, en la que la avalancha de concursos de acreedores presentados en nuestro país, no hizo más que poner de manifiesto las lagunas, imprecisiones e imperfecciones que la norma mantenía.

## **PRIMERA PARTE**

# CAPÍTULO I. LA RELACIÓN OBLIGATORIA, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL Y LA PREFERENCIA

## SECCIÓN 1ª. La obligación como núcleo esencial en las relaciones jurídicas

### I. INTRODUCCIÓN

Nuestra vida diaria, por estar inmersos en un Estado de Derecho, se encuentra rodeada de deberes y obligaciones que rigen nuestra cotidianeidad. El término obligación posee unas connotaciones por todos conocidas, como “aquello que alguien está obligado a hacer” o como “vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer algo, establecido por precepto de la ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos<sup>1</sup>”. Sin embargo, si bien es cierto lo enunciado anteriormente, para las obligaciones jurídicas, este término o concepto mantiene, como no puede ser de otro modo, una acepción con características propias e inherentes al mismo.

---

<sup>1</sup> Según recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=4RXJhc7N9DXX26XTLZ7>, además de los significados arriba referidos se aportan otros: “f. Aquello que alguien está obligado a hacer. 2. f. Imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre. 3. f. Vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer algo, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos. 4. f. Correspondencia que alguien debe tener y manifestar al beneficio que ha recibido de otra persona. 5. f. Documento notarial o privado en que se reconoce una deuda o se promete su pago u otra prestación o entrega. 6. f. Título comúnmente amortizable, al portador y con interés fijo, que representa una suma prestada o exigible por otro concepto a la persona o entidad que lo emitió. Igualmente se hace acepción a su sentido jurídico como obligación civil e implica los siguientes acepciones: ~ alternativa: 1. f. *Der.* obligación que, ente varias prestaciones, puede pagarse con una sola y completa, correspondiendo la elección, por regla general, al deudor. ~ civil: 1. f. *Der.* Por contraposición a la natural, aquella cuyo cumplimiento es exigible legalmente aunque no siempre sea valedera en conciencia. ~ de probar: 1. f. *Der.* Deber que impone la ley a una de las partes litigantes, generalmente al que afirma, de aportar las pruebas de sus asertos o alegaciones. ~ mancomunada: 1. f. *Der.* obligación cuyo cumplimiento es exigible a dos o más deudores, o por dos o más acreedores, cada uno en su parte correspondiente. ~ natural: 1. f. *Der.* obligación que, siendo lícita en conciencia, no es, sin embargo, legalmente exigible por el acreedor, aunque puede producir algunos efectos jurídicos; por ejemplo, las deudas de menores, las de juego o las ya prescritas. ~ pura: 1. f. *Der.* obligación que es perfecta y exigible desde luego, sin condición ni plazo. ~ solidaria: 1. f. *Der.* obligación en que cada uno de los acreedores puede reclamar por sí la totalidad del crédito, o en que cada uno de los deudores está obligado a satisfacer la deuda entera, sin perjuicio del posterior abono o resarcimiento que el cobro o el plazo determinen entre el que lo realiza y sus cointerésados”.

Para delimitar y acotar el término ‘obligación jurídica’ deberemos acudir a la doctrina, pues a pesar de ser una institución jurídica de marcado origen romano<sup>2</sup>, y cuya evolución llega hasta nuestros días, el Código civil omite cualquier intento de definición<sup>3</sup>. No obstante, el concepto jurídico-doctrinal ‘obligación’ es acuñado por los autores de modo unánime, quedando diferenciadas unas u otras aproximaciones al concepto dependiendo de la extensión, matización y delimitación exhaustiva realizada del objeto de estudio.

Dicho esto, y teniendo en cuenta la definición de obligación, parece que, en una primera aproximación al concepto, nos encontraríamos ante la obligación jurídica como equivalente al deber jurídico. Si bien, este podría ser un primer acercamiento al desarrollo posterior a realizar, esta equiparación resultará del todo ineficiente. Por ello si entendemos el deber jurídico como aquello que hay que hacer y la razón por la que hay que hacerlo<sup>4</sup>, podemos observar efectivamente cómo una obligación puede contener varios deberes jurídicos, no siendo, por tanto, esta equivalencia una definición suficiente ni apropiada.

Sin embargo, parece evidente que para que la relación jurídica obligatoria<sup>5</sup> exista, debe concurrir la presencia de una parte, la deudora, que se compromete a la realización de una

---

<sup>2</sup> La *obligatio* nace en el Derecho romano como un *vinculum* (vínculo), pero con un concepto y significado muy diferente al actual.

<sup>3</sup> El artículo 1088 Cc resulta ser el precepto del Código civil que en mayor medida se aproxima a una definición del concepto de obligación, al estipular el objeto y contenido de las mismas: “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. En opinión de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *La obligación*, Edersa, Madrid, 1989, p. 33 nuestro Código civil no define, con buen criterio, la obligación. Advierte PUIG I FERRIOL, L.: “La relación obligatoria”, PUIG I FERRIOL, L, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GIL RODRÍGUEZ, J y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de derecho civil II*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 18 el concepto específico de la obligación *ex* artículo 1088 Cc se trata desde el punto de vista del deudor.

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial II*, 6ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 64.

<sup>5</sup> En este sentido, LASARTE, C: *Principios de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, 19ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 2 prefiere emplear la expresión ‘relación obligatoria’ en cuanto está referida “conjuntamente a la doble posición de las personas vinculadas por dicha relación” que el término obligación.

A pesar de que, en principio, en este trabajo se emplea el término de relación obligatoria en un sentido similar al de obligación (entendida esta como relación jurídica), lo cierto es que autores como DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...II* cit., p. 152 consideran estos términos diferentes. El término obligación es considerado tradicional frente al de relación obligatoria, que es el mayoritariamente empleado por la doctrina moderna. Asimismo, y a pesar de advertir que estos términos pueden ser utilizados como sinónimos, podrían existir importantes matices entre ellos. En este sentido, este autor define la obligación como “la simple correlación que existe entre un derecho de crédito y un deber de prestación o deuda como situaciones jurídicas coincidentes, pero de signo contrario”. Por el contrario, la relación obligatoria quedaría definida como “una

determinada prestación de dar, hacer o no hacer algo a favor de otro, acreedor, que correlativamente adquiere el derecho a exigirla.

No obstante, y a pesar de resultar cierta esta afirmación, pudiera no ser del todo completa. Pues, habida cuenta que una de las partes que interviene en esta relación jurídica queda obligada a realizar un determinado comportamiento frente a la otra -esto es, asume un deber jurídico-, las normas jurídicas deberían contemplar la posibilidad de que dicho comportamiento resulte incumplido, y regular, por tanto, las consecuencias que dicha actuación comportaría para el acreedor<sup>6</sup>.

La doctrina se muestra unánime en asumir como definición de la obligación la proveniente de Justiniano y conforme a la cual *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*<sup>7</sup>. No obstante lo anterior, el vínculo jurídico obligatorio puede ser definido como “la relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de otra, o bien al intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación”<sup>8</sup>.

---

relación jurídica compleja que liga a los sujetos que en ella se encuentran y que constituye un cauce de realización de finalidades sociales o económicas en torno a determinados intereses lícitos y tutelados por el ordenamiento jurídico”. Por tanto, la diferencia entre la relación obligatoria y las demás relaciones jurídicas, existe porque a pesar de que, si bien la primera es una relación jurídica, presenta asimismo unas características técnicas que la diferencian del resto.

<sup>6</sup> Vid., ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de derecho de obligaciones*. Volumen I, Civitas, Madrid, 2000, p. 23.

<sup>7</sup> Esta definición queda recogida en el Libro III, Título XIII, proemio. Siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil común y foral*, Tomo 3, 17ª edición, revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO, Editorial Reus, Madrid, 2008, p. 58 debe matizarse en el sentido del Digesto, cuando en su Libro XLIV, Título VIII, fragmento 3º, proemio enseña que “*obligationum substantiae non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum, vel faciendum vel praestandum*”. Este pasaje del Digesto viene a clarificar el contenido y el vínculo de la relación obligatoria, tomando como válida la definición de “*obligatio est iure vinculum, quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum*”, con una mayor aceptación por parte de la doctrina.

Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 58 advierte de que a pesar de que esta definición es aceptada unánimemente, sería más adecuado la utilización del término “relación jurídica” en lugar de la de “vínculo”, puesto que la expresión “relación jurídica” haría referencia no sólo a la deuda, sino también, e igualmente, al crédito.

<sup>8</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de derecho civil*, Vol. I/2, Ed. Tecnos, 1998, Madrid, p. 90.

A pesar de que esta definición resulta bastante clarificadora para comprender, en primera instancia, el término obligación, lo cierto es que la doctrina autorizada se ha aproximado al concepto jurídico con una mayor amplitud al introducir en su definición los elementos o partes que integran la obligación, indicando que estamos ante “un vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor) para la satisfacción de un interés de este digno de protección; y a este (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender y poder exigir tal prestación”<sup>9</sup>.

Por tanto, resulta que la aproximación jurídica al concepto de obligación, de un modo completo, comporta dos planos o esferas diferenciadas e integradas en la obligación jurídica. Por una parte, estaríamos ante la esfera del deudor y su deber de observar un determinado comportamiento delimitado cuando contrae una obligación. En el otro plano, se encontraría la parte acreedora, como aquella jurídicamente facultada, a partir de un poder específico otorgado el ordenamiento jurídico, para exigir y compeler al deudor el cumplimiento de la prestación acordada.

Adoptando, así, una delimitación lo más integradora posible del término ‘obligación’, resulta evidente la concurrencia de las dos esferas o planos descritos anteriormente, que darán lugar a los conceptos jurídicos de *deuda* y *responsabilidad* como los elementos que conforman la obligación.

---

<sup>9</sup> ALBALADEJO, M.: *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, p. 15. En términos análogos, BLASCO GASCÓ, F.P.: “Concepto y fuentes de las obligaciones”, en VALPUESTA, M.R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 50 define la obligación como “un vínculo jurídico en cuya virtud un sujeto (llamado deudor) debe observar una determinada conducta (prestación) a favor de otro sujeto (llamado acreedor). La obligación es, por tanto, una concreta correlación entre dos posiciones o situaciones: una de poder jurídico o posición acreedora y otra de deber jurídico o posición deudora”.

## II. LA DEUDA Y LA RESPONSABILIDAD COMO ELEMENTOS NECESARIOS EN LA OBLIGACIÓN

Como continuación a la distinción realizada en líneas precedentes sobre las dos figuras jurídicas que conforman la obligación, resulta imprescindible la delimitación jurídica de los términos de *deuda* y *de responsabilidad*.

Dicha distinción no resulta novedosa en el Derecho romano<sup>10</sup>, pero será posteriormente y con la evolución jurídica de esta Institución cuando ambos términos sean estudiados y analizados como elementos integradores de la obligación. Fue en el siglo XIX cuando la doctrina alemana formuló la distinción dogmática de los elementos que conforman y configuran la naturaleza jurídica de la obligación, estudiando los conceptos de deuda y responsabilidad como conceptos jurídicos totalmente autónomos e independientes entre sí, hasta el punto de sugerir que ambos pueden coexistir en una obligación, o por el contrario, aparecer únicamente uno de ellos. Tomando como punto de partida esta distinción, resulta evidente comprobar cómo la concepción jurídica de la obligación será diferente dependiendo de la preeminencia que la deuda o la responsabilidad mantengan en ella.

En Italia, la teoría de la distinción tuvo igualmente una importante acogida a partir de la distinción del lado pasivo y activo de la obligación. Esta diferenciación entre el deber del deudor de cumplir la prestación y el derecho del acreedor a solicitar el cumplimiento de la prestación e incluso a actuar sobre el patrimonio del deudor para obtener el equivalente pecuniario, implicaba un deber del deudor estrictamente personal, y por ello, sólo imputable al mismo (el deber de cumplir la prestación), y otro, de carácter genérico (el deber de permitir al acreedor que satisfaga su interés), que podía ser observado o cumplido

---

<sup>10</sup> Es en Roma donde surge la máxima distinción entre los términos jurídicos de obligación y de débito, al permitir la existencia, por un lado, del deudor, y por el otro, del obligado. En este esquema obligatorio, la persona que contraía una deuda era quien debía; mientras, el obligado era quien respondía personalmente -“*in personam*”- del incumplimiento de dicha deuda (era el “embrión” de la actual responsabilidad). Con la evolución del Derecho, y a partir de la *Lex Poetelia Papiria* fue suprimida la responsabilidad personal para pasar a una responsabilidad patrimonial (s. IV a. C). En este sentido, véase BLASCO GASCÓ, F. P.: “Concepto...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., pp. 50-51, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de derecho civil. Derecho de Obligaciones II. Volumen 1º*, 5ª ed. Revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011, p. 12 y ss.

incluso, por otra persona diferente al deudor. El “derecho”<sup>11</sup> del acreedor a ver satisfecho su interés, fue considerado por esta teoría como un derecho real, como una especie de prenda ficticia sobre el patrimonio del deudor con la finalidad de que el acreedor pudiera cobrar su deuda, configurado en sentido amplio y no estrictamente técnico-jurídico con la función de garantía<sup>12</sup>.

Parecería, en principio, que este punto de partida es correcto, al fijar la distinción entre los derechos y deberes de cada una de las partes dentro de la relación obligatoria. Sin embargo, el desarrollo de esta teoría advierte extremos de dudosa aceptación jurídica, por el empleo confuso de términos tales como derecho personal y derecho real para explicar las diferentes pretensiones existentes entre el deudor y el acreedor. En efecto, resulta evidente que el deudor mantiene una posición jurídica distinta a la del acreedor, y ello emana del mismo significado de la obligación jurídica. Por lo tanto, el deudor queda obligado al cumplimiento de la prestación acordada, sin que ello obste a que la observancia de dicha prestación pueda quedar afianzada por una tercera persona (o por el valor de un bien inmueble, en el supuesto del derecho real de hipoteca inmobiliaria), tal y como estipula el artículo 1822 Cc. No obstante, ello no es motivo para considerar el cumplimiento del deudor como un derecho personal, pues en determinados supuestos su prestación será de carácter personalísimo, mientras que en otras, dicha prestación podrá verse cumplida a expensas de un tercero.

Además, y como posteriormente será tratado, el acreedor no mantendrá de ninguna manera un derecho real sobre el patrimonio del deudor. Podrá, a lo más -y no es lo mismo-, una vez incumplida la obligación, dirigirse contra los bienes presentes y futuros del deudor para obtener la prestación ahora incumplida<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> El término “derecho” queda entrecomillado en esta oración como correlación a la referencia realizada en el párrafo anterior del deber del deudor de permitir que el acreedor vea satisfecho su prestación.

<sup>12</sup> Vid. HERNÁNDEZ-GIL, A.: *Derecho de obligaciones* (Obras Completas, Tomo 3), Espasa Calpe, Madrid, 1988, pp. 37 y ss. y el resumen que realiza sobre la distinción dogmática entre la deuda y la responsabilidad en el siglo XIX. Igualmente, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *La obligación...* cit., pp. 40-54.

<sup>13</sup> En estos términos de “bienes presentes y futuros” caracteriza el artículo 1911 Cc la responsabilidad patrimonial del deudor.

En nuestro país, a pesar de que la teoría de la distinción no tuvo especial acogida, tampoco faltó renombrado civilista que, partiendo de la distinción realizada por Kelsen, y su teoría pura, consideró la responsabilidad como una norma primaria, siendo calificado el deber del deudor como norma secundaria. En definitiva, se trataría, al igual que los supuestos anteriormente referidos, de la adopción de un punto de partida en el que quedarían perfectamente delimitados los derechos y deberes del deudor y del acreedor, infiriendo así la distinción jurídica entre la deuda y la responsabilidad.

Con posterioridad, un sector doctrinal defendió la autonomía de los términos de deuda y responsabilidad como elementos integrantes de la obligación al conceptualizar la responsabilidad como un momento extrínseco en la relación obligatoria, y diferente a la deuda, que sería intrínseca y constitutiva dentro de la obligación. Por ello, asocian la responsabilidad con el Derecho Procesal. Sin embargo, esta afirmación no pudo sostenerse, ya que como posteriormente advirtieron los defensores de dicha corriente doctrinal, el artículo 1911 Cc otorga una acción ejecutiva al acreedor, por lo que la misma sólo podrá pertenecer al ámbito del Derecho sustantivo<sup>14</sup>.

De este modo, podríamos observar una concepción de la obligación que, a pesar de considerar imprescindible para su funcionalidad jurídica tanto la deuda como la responsabilidad, no entendería este último elemento como necesario en el germen de la relación obligatoria, sino solamente imprescindible una vez incumplida la obligación.

Como se ha reiterado en párrafos anteriores, resulta realmente complicada la defensa doctrinal de la autonomía de estos conceptos, ya que desde que el deudor asume una deuda dentro de una relación obligatoria, quedará obligado y será responsable del cumplimiento de la misma. La obligación no es única y exclusivamente deber (aunque sin deber no hay obligación), por lo que para que el concepto de la obligación jurídica sea pleno deberá asociarse al deber de prestación el de responsabilidad<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado*, Vol. I, Ed. Aranzadi, Madrid, 2009, p. 226.

<sup>15</sup> HERNÁNDEZ-GIL, A.: *Derecho de obligaciones...* cit., p. 31.

Por tanto, resultaría complicado entender una obligación que en su esencia jurídica no contemplara la responsabilidad del deudor, pudiendo así determinar los bienes con los que el deudor responde en el supuesto del incumplimiento de la prestación pactada con el acreedor; o por el contrario, una obligación en la que sólo existiera responsabilidad sin el correspondiente y correlativo deber jurídico como contraparte. Por ello, y para que la obligación quede completa deberá contar tanto con el deber jurídico como con la responsabilidad como elementos integrantes de la misma, pues se es responsable desde que se debe y en la medida en que se debe.

La doctrina patria es unánime al considerar la indisolubilidad de ambos términos jurídicos dentro de la obligación, negando, por ello, la validez de la teoría de la distinción de la deuda y la responsabilidad<sup>16</sup>, entendida esta como aquella que intenta la disociación de la obligación a base de sustituir el concepto unitario de la misma por los de deuda y responsabilidad.

Sin embargo, y con independencia de que posteriormente se analice más detalladamente el concepto jurídico de responsabilidad, es asumido por la doctrina mayoritaria, la importancia que esta disociación entre deuda y responsabilidad mantiene para el estudio de determinadas situaciones jurídicas, que tendrían, de lo contrario, una complicada

---

<sup>16</sup>Así, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*II cit., p. 79 por cuanto, en términos análogos, otorga valor dogmático a la distinción entre deuda y responsabilidad, pudiendo así analizar estos elementos con mayor profundidad y ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...*II cit., pp. 17-18 defiende su indisolubilidad, a pesar de que puedan ser elementos separables sólo a efectos conceptuales. En la misma línea, LASARTE, C.: *Principios...*II cit., p. 10, FERRIOL I PUIG, L.: “La relación...” cit., PUIG I FERRIOL, L, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GIL RODRÍGUEZ, J y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de derecho...*cit., pp. 24-25, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *La obligación...*cit., pp. 50-51 y HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones...*cit., p. 40 quien de manera exhaustiva enumera los motivos por los que la distinción de la deuda y la responsabilidad no es adecuada: “1º- No puede rechazarse la certeza histórica de la distinción. 2º- Carece, sin embargo, de un valor dogmático general y actual; no sirve esta doctrina, por sí sola para explicar exhaustivamente la esencia de la relación obligatoria 3º- Representa, pese a ello, un estimable esfuerzo en pro del estudio del concepto de la obligación, ya que tanto la labor de formulación como la de impugnación han servido de estímulo para calar más profundamente en el problema del vínculo obligatorio 4º- Aun cuando la doctrina de la distinción entre la deuda y la responsabilidad ha dado lugar a trabajos monográficos que no han dejado de aportar ideas fecundas, no se ha llegado a consolidar como doctrina claramente dominante 5º- Como error más ostensible puede señalarse el de que la posible distinción entre deuda y responsabilidad no debe llevar aparejada la necesaria disociación del concepto de la obligación, lo mismo que la distinción entre plena propiedad y usufructo no contradice la esencia unitaria del concepto de la propiedad 6º- Sin perjuicio de lo supuesto, ha de admitirse que la dicción contribuye a explicar algunos casos especiales”.

explicación<sup>17</sup>: se trata de los supuestos de ‘deuda sin responsabilidad’, de ‘responsabilidad sin deuda’, e incluso de ‘deuda con responsabilidad limitada’.

### III. LA DEUDA SIN RESPONSABILIDAD.

Como paradigma de las situaciones jurídicas en las que pudiera existir deuda sin responsabilidad se encontrarían las obligaciones naturales. Estas obligaciones implican la existencia de una deuda contraída por el deudor con el acreedor, sin que este último, en el supuesto de incumplimiento, pueda accionar contra el primero. Nos encontraríamos ante obligaciones cuyo cumplimiento será realizado exclusivamente a voluntad del deudor<sup>18</sup>.

La denominada *obligatio naturalis*, de origen romano, en el derecho contemporáneo representa un supuesto controvertido y de complicado consenso doctrinal. En efecto, a pesar de que en Roma su aplicación era ya heterogénea<sup>19</sup> y no exenta de dificultades

---

<sup>17</sup> A pesar de que, efectivamente, la doctrina no acepta la autonomía entre la deuda y la responsabilidad en la relación obligatoria, con clarificador criterio BLASCO GASCÓ, F. P.: “Elementos de la obligación” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., p. 70 considera que no existiría obstáculo para determinar o diferenciar conceptualmente estos términos. LASARTE, C.: *Principios...* II cit., p. 10 defiende que la autonomía conceptual del débito y de la responsabilidad sólo encuentra justificación “(e incluso así, sumamente discutible) atendiendo a supuestos marginales del sistema jurídico”.

<sup>18</sup> En este epígrafe de deuda sin responsabilidad, además de las obligaciones naturales, para ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...* II cit., p. 18 podría incluirse el supuesto de las obligaciones modales. Estas obligaciones pudieran ser el supuesto más claro, en nuestro Derecho, de deuda sin responsabilidad. Para ello, sería necesario aceptar el razonamiento que implica que en caso de incumplimiento de las mismas “solo (se) faculta para revocar el negocio modal, pero no permite(n) al acreedor obtener que se imponga al obligado el cumplimiento forzoso ni exigir responsabilidad por incumplimiento”. Es decir, en caso de incumplimiento no existiría responsabilidad sino revocabilidad del negocio jurídico modal.

<sup>19</sup> Los supuestos y situaciones jurídicas contempladas como obligaciones naturales por el Derecho romano eran de naturaleza diversa; así, por ejemplo, el supuesto quizá más característico de obligación natural era la del esclavo. El esclavo no era considerado una persona y como tal no podía obligarse –a excepción de las obligaciones nacidas de un delito, que eran, entonces, obligaciones civiles-. No obstante, y según el Derecho Natural, los esclavos eran “iguales” al resto de los hombres. Por ello, y a pesar, entonces, de que no eran considerados personas por el Derecho romano, tomando en consideración el *Ius Naturale*, surgía para ellos la obligación natural.

Como otro supuesto de obligación natural en Roma, también podría citarse aquellas obligaciones contraídas por los *alieni iuris* sometidos a la potestad de un mismo *pater familias*; dichas obligaciones contraídas entre ellos o con el *pater familias* eran consideradas naturales –con la excepción de las obligaciones contraídas con otras personas que eran consideradas civiles-. En este sentido, puede ampliarse la casuística de obligaciones naturales en el Derecho romano en DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones...* Vol. I/2 cit., pp. 81 y ss.

jurídicas<sup>20</sup>, tras la Codificación civil, dichas obligaciones naturales, no se encuentran reguladas en los textos positivos, y por ende, en el Código civil, siendo, por tanto, compleja su aplicación jurídica<sup>21</sup>.

No existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la definición de estas obligaciones naturales. Para un determinado sector doctrinal no estaríamos ante obligaciones no jurídicas, sino normas morales con efectos jurídicos; para otro sector se trataría de una norma no jurídica inicialmente, que se convierte en jurídica cuando se paga<sup>22</sup>, mientras que para la opinión más extendida, no estaríamos ante una obligación jurídica, ni antes ni después del pago, en cuanto es inexistente el vínculo entre dos personas. Parece evidente, que las denominadas obligaciones naturales pretenden salvaguardar intereses que habitualmente no se encuentran protegidos en nuestro ordenamiento civil, tales como deberes morales o sociales, y que sin embargo implicarían una justa causa en el supuesto del pago o cumplimiento de dicha prestación por parte del deudor<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> En el Derecho romano existían dos clases de obligaciones naturales: las propias y las impropias. Las primeras eran obligaciones jurídicas carentes de acción, a pesar de que mantenían efectos jurídicos que no eran iguales en todos los supuestos. Las impropias no eran consideradas como obligaciones jurídicas y fueron introducidas con los compiladores justinianos en aras a la tradición y ética cristianas de acciones piadosas, etc., dando lugar al efecto de la *soluti retentio*. En este sentido, ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...II cit.*, pp. 360-361.

<sup>21</sup> Como advierte BLASCO GASCÓ, F. P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...cit.*, pp. 71-72, se trata de un tipo de obligaciones que no encuentran reflejo alguno en los textos positivos actuales. Así, y para documentar y justificar las mismas, se remiten a fundamentalmente a textos antiguos, principalmente a textos romanos. Sin embargo, esto no obsta para que, como se verá más adelante, un determinado sector doctrinal considere que existen algunas situaciones jurídicas que son reguladas por el Código civil, a pesar de que dicho cuerpo legal no contenga definición alguna ni referencia textual a las obligaciones naturales. LASARTE, C.: *Principios...II cit.*, p. 11 argumenta a favor de la no inclusión en el Código civil de la categoría de obligación natural el hecho de que nuestro Código civil se separó radicalmente de sus modelos y de los demás códigos de la familia latina en esta materia.

<sup>22</sup> Siguiendo a ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...II cit.*, p. 361, resulta evidente que las obligaciones naturales no son obligaciones de carácter civil, ni antes ni después del pago, por lo que la posibilidad de que las primeras puedan ser novadas, compensadas, etc., queda totalmente desestimada; no obstante, no existe precepto alguno que ampare dicha modificación obligatoria. De hecho, y reforzando aún más esta afirmación, considera que en la obligación natural no se protege la obligación, sino el cumplimiento. Sin embargo, la inexistencia de vínculo jurídico en las obligaciones naturales no será obstáculo para que “alguien obligado naturalmente quede obligado civilmente”-si pacta dicha obligación-. De diferente opinión es DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...II cit.*, p. 80 quien considera que las obligaciones naturales pueden ser novadas.

<sup>23</sup> Una definición de dichas obligaciones de una manera comparativa la realiza CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...Tomo 3 cit.*, p. 126 al afirmar que las mismas se encuentran entre el deber moral y la obligación jurídica perfecta, distinguiéndose de ambas concepciones porque con respecto a las primeras, provocan efectos jurídicos, y respecto a las segundas, el acreedor carece de acción en caso de incumplimiento por parte del deudor.

Por tanto, y como se ha reiterado en varias ocasiones con anterioridad, teniendo en cuenta que una obligación perfecta deberá estar integrada tanto por el elemento de la deuda, como por el de la responsabilidad, en las obligaciones naturales nos encontraríamos con la existencia de la deuda sin que ello implique, por su parte, responsabilidad. Las obligaciones naturales carecen de responsabilidad, deduciendo, por tanto, su imperfección<sup>24</sup>, no quedando reguladas ni afectas al ordenamiento jurídico existente para las obligaciones civiles.

Sin embargo, y dicho lo anterior, en el supuesto de que el deudor procediera a efectuar al pago de su prestación al acreedor, este último podría retener el pago, siendo por tanto, irrepetible dicha cantidad entregada voluntariamente por parte del deudor. Como característica o consecuencia jurídica propia e inherente de las obligaciones naturales podría citarse la *soluti retentio*<sup>25</sup>, entendida esta como el poder que mantiene el acreedor para poder retener el pago realizado voluntariamente por el deudor. Este pago se realizará en los casos en que no medie ni justa causa ni liberalidad. No obstante lo dicho, y a pesar de ser la *soluti retentio* una característica propia de las obligaciones naturales, no implica que siempre que aparezca esta nos encontremos ante una obligación natural, como podrá comprobarse en líneas posteriores.

Como se ha comentado previamente y ante la falta de regulación positiva de estas obligaciones en nuestro ordenamiento jurídico, en la actualidad no existe consenso

---

<sup>24</sup> Para DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*II cit., p. 79 estas obligaciones son imperfectas jurídicamente, puesto que el acreedor no tiene facultad ni poder para exigir el cumplimiento de las mismas. En opinión de ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado...*Vol. I cit., pp. 250-260 se trataría de obligaciones con una protección jurídica incompleta.

<sup>25</sup> En opinión de ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...*II cit., pp. 359 y 361 la *soluti retentio* sería el único efecto jurídico característico de las obligaciones naturales, ya que partiendo de la regulación propia de los artículos 1756 y 1901 Cc, considera que dotar de más efectos a estas significaría ir contra el sentido de la norma. Sin embargo, para DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones...*Vol. I/2 cit., p. 80 las consecuencias jurídicas de las obligaciones naturales no sólo comprenden la *soluti retentio*, sino que además serían susceptibles de ser novadas pudiendo así convertirse así en obligaciones civiles; igualmente, existiría la posibilidad de oponer por compensación lo que es debido. No obstante, este último autor advierte de que estas tres consecuencias que poseen las obligaciones naturales, anteriormente referidas, no serán aplicables para todas las obligaciones naturales.

doctrinal ni jurisprudencial sobre los pretendidos supuestos<sup>26</sup> susceptibles de ser calificados como tal.

Sin embargo, existen determinadas situaciones jurídicas que la doctrina señala como posibles supuestos que pudieran ser tratados o tener efectos asimilables a los propios de las obligaciones naturales. Estos supuestos, que serán detallados a continuación, mantienen en común la facultad que posee el acreedor de retener el pago satisfecho voluntariamente por el deudor; *son los regulados bajo los preceptos 1756, 1798, 1901 y 1935 del Código civil*<sup>27</sup>.

### **III.1 El pago de intereses no pactados en el contrato de préstamo**

Según se desprende de los artículos 1755 y 1756 del Código civil “no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado”. No obstante, “el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital”.

A pesar de que pareciera, en principio, existir contradicción entre ambos artículos, lo cierto es que este precepto haría referencia a toda falta de pacto -bien expreso, bien tácito-, sobre el pago de intereses, por lo que el deudor no estaría, por tanto, obligado civilmente a su pago<sup>28</sup>. No obstante lo afirmado, resultaría que si el deudor decidiera proceder al pago de dichos intereses inducido por otras motivaciones, el acreedor no quedaría obligado a su devolución: estaríamos ante una *soluti retentio*.

El artículo 1756 Cc, si bien defiende la *soluti retentio* para el supuesto que regula, no presupone que nos encontremos ante una obligación natural, sino ante la existencia de un

---

<sup>26</sup> BLASCO GASCÓ, F.P.: “Elementos...”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit. p. 72 considera los supuestos regulados en los preceptos 1756, 1798, 1901 y 1935 Cc como “pretendidos supuestos de deuda sin responsabilidad”.

<sup>27</sup> Para BLASCO GASCÓ, F. P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit. p. 73 la doctrina tradicionalmente “ha señalado como supuestos de obligaciones naturales aquellos en los que el único efecto jurídico producido es la *soluti retentio*”. No obstante, para ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...* II cit. p. 354 para quien las obligaciones naturales serán las reguladas por los preceptos 1756 y el artículo 1901 Cc. Para LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...* II-1º cit. pp. 21 y ss. tradicionalmente serían considerados estos supuestos como obligaciones naturales, añadiendo, además como supuestos igualmente susceptibles de ser considerados como obligaciones naturales los contenidos en los preceptos 1798, 1824 y 1894 Cc.

<sup>28</sup> En este sentido, ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...* II cit., p. 354.

precepto de nuestro Código civil que no presume la deuda de intereses. Se intenta proteger a un deudor que no ha pactado intereses, para que estos no puedan ser reclamados de modo injusto. No obstante, si el deudor decidiera pagarlos –siguiendo, por tanto, alguna motivación-, nos encontraríamos ante otra causa, pero no la propia de una obligación natural<sup>29</sup>.

### **III.2 Las deudas de juego**

Como preceptúa el artículo 1798 del Código civil, “la Ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar, pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes”. Sin embargo, “el que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente. La Autoridad judicial puede, sin embargo, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego o en la apuesta sea excesiva, o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia” (artículo 1801 Cc).

Del tenor de estos preceptos se desprende que la Ley no concede acción para reclamar lo pagado en los denominados por ella juegos de suerte, envite o azar. Sin embargo, y a pesar de carecer de acción, quien pierde no puede repetir lo pagado voluntariamente en estos juegos. A diferencia de los juegos o apuestas no prohibidos, el artículo 1801 Cc, por su parte, indica que el que pierde, queda obligado civilmente con independencia a que la Autoridad judicial no lo considere si excedió la obligación o diligencia que debe tener un buen padre de familia.

Ante este supuesto, parece evidente que la motivación de este artículo, es la de no conceder acción para reclamar a quien perdió en un juego prohibido. Por el contrario, permitir la

---

<sup>29</sup> En este sentido, BLASCO GASCÓ, F. P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit. p. 74 y DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A.: *Instituciones...* Vol. I/2 cit., p. 92 para quien el supuesto explicado en este epígrafe podría ser totalmente explicable a partir del derecho positivo. En contra, ALBALDEJO, M.: *Derecho civil...* II cit., p. 354 que sí considera este supuesto como obligación natural al considerar que no se deben intereses si estos no se pactaron; por ello, si no existe obligación civil, sí habría una obligación natural de pagarlos (por lo que estos no podrían devolverse ni ser imputados al capital).

*soluti retentio*, responde a otro tipo de motivaciones que no la propia de la obligación natural. Sería complicado considerar como causa de este supuesto una obligación natural, cuando quizá se trata de proteger simplemente un deber moral, social o de conciencia no sancionado jurídicamente, pudiendo tratarse de “un control público de las pérdidas ocasionadas por el juego”<sup>30</sup>, no siendo tutelado el interés de quien gana en cualquier tipo de juego cruzando una cantidad excesiva o no proporcional. Una vez advertido este hecho, en el supuesto de que el perdedor pagara voluntariamente alguna cantidad alguna al ganador, este podrá retenerlo.

La doctrina mayoritaria no considera este supuesto como una obligación natural<sup>31</sup>, ya que a pesar de que el artículo 1801 Cc otorga acción a quien pierde en uno de los juegos no prohibidos, pareciera que del artículo 1798 Cc se desprende que quien jugara en uno prohibido quedaría obligado naturalmente. Sin embargo, acertadamente, este sector doctrinal considera que carecería de sentido alguno considerar esta situación jurídica como análoga a la obligación natural, puesto que si estamos ante juegos prohibidos y como tal, no tratarse de intereses no tutelables por el ordenamiento jurídico, difícilmente podrán proteger los mismos de modo natural<sup>32</sup>.

### **III.3 La retención del pago pretendidamente indebido.**

Nuestro ordenamiento jurídico regula, en su artículo 1895 Cc, que cuando un pago es realizado por error, el *accipiens* quedará obligado a su restitución. Sin embargo, y para

---

<sup>30</sup> BLASCO GASCÓ, F. P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., p. 74.

<sup>31</sup> En este sentido, ALBALDEJO, M.: *Derecho civil...II* cit., pp. 356-357 asimila este supuesto de las deudas de juego a otro, que algún sector doctrinal considera como obligación natural, el supuesto regulado en el artículo 1894 Cc referido a la entrega de alimentos por oficio de Piedad, considerando que ambos supuestos no son obligaciones naturales.

<sup>32</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Instituciones...* Vol. I/2 cit., p. 92 considera que el hecho de no poder reclamar lo que se ha pagado en un juego ilícito, es consecuencia de la denegación de acción cuando el contrato tiene causa torpe o ilícita (artículos 1305 y 1306 Cc). En un sentido similar se muestra O’CALLAGHAN, X.: *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 7ª ed., La Ley, Madrid, 2012, p. 1923 y PARRA LUCÁN, M. A.: “Comentario al artículo 1798 Cc”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dtor.): *Comentarios al Código civil*, Tomo IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12333.

ejercitar la acción correspondiente, debería quedar probado no sólo el pago, sino también el error.

No obstante lo enunciado en este precepto, el artículo 1901 Cc regula la presunción de que cuando sea solicitada la devolución del pago realizado, y siempre que el acreedor pueda probar que dicho pago fue realizado en virtud o a título de liberalidad u otra justa causa, este quedará eximido de dicha devolución: se trataría de una *soluti retentio*<sup>33</sup>.

Por tanto, nos encontramos ante la figura del pago no debido, entendido este como un pago que no proviene de causa onerosa, ni del error en el deudor que regula el artículo 1895 Cc. El acreedor que recibe una prestación realizada de manera voluntaria por el deudor, podría retener el importe y enervar la acción del deudor si prueba la justa causa en el pago, entendida esta no como una causa onerosa.

Sin embargo, el concepto de ‘justa causa’ no resulta claro en el precepto, pues sólo se hace referencia a esta expresión al indicar que aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa, concepto este contrapuesto, por definición, a onerosidad. La inteligencia más acorde a la situación jurídica descrita podría ser la de su equivalencia con aquella causa que cumpla una función social protegible<sup>34</sup>, quedando excluidas, por tanto, aquellas situaciones que no lo cumplan. Es decir, ‘justa causa’ sería aquella atribución patrimonial que se considera legítima y que sea aceptada por el acreedor, quedando además justificada dicha atribución patrimonial y sin que pueda reclamarse lo entregado al acreedor, por existir causa justa.

---

<sup>33</sup> Para ALBALDEJO, M.: *Derecho civil...II* cit., p. 355 este supuesto, al igual que el del artículo 1756 Cc, supone una obligación natural en cuanto el artículo 1901 Cc indica que la entrega se realizó por otra causa diferente a la liberalidad. LASARTE, C.: *Principios...II* cit., p. 11 considera como doctrina “relativamente pacífica” la que configura actualmente la obligación natural como una justa causa de una atribución patrimonial concreta (artículo 1901 *in fine*). En términos de O’CALLAGHAN, X.: *Código...cit.*, pp. 2043-2044 cuando no hay causa no hay pago de lo indebido. Por otro lado, cuando la hay, incluso si no existiera obligación que pagar, no hay pago de lo indebido.

<sup>34</sup> En este sentido, BLASCO GASCÓ F. P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...cit.*, p. 76.

Para un sector doctrinal importante<sup>35</sup>, este supuesto sería realmente atendible como obligación natural, máxime teniendo en cuenta que su origen es el término de justa causa, por lo que a pesar de no existir una obligación civil de devolver la cosa, sí la habría naturalmente. Por ello, este sector doctrinal, siguiendo la regulación propuesta en el artículo 1901 Cc, utiliza dicho precepto para incluir situaciones susceptibles de tener justa causa en su origen, flexibilizando así la expresión de justa causa<sup>36</sup>.

#### III.4 El cumplimiento o pago de la deuda prescrita.

La prescripción, según queda regulado en los artículos 1930 y siguientes del Código civil, implica la extinción de los derechos y acciones afectados por ella. Así, y partiendo de este enunciado, la deuda prescrita conllevaría la extinción, para el acreedor, del derecho y de la acción correspondiente a reclamar su crédito. Sin embargo, y a pesar de que el acreedor queda desposeído de acción para reclamar, podríamos considerar que la deuda continuaría estando en vigor para el deudor<sup>37</sup>.

Por ello, si el deudor decidiera cumplir con su obligación, a pesar de haber quedado esta prescrita, el acreedor podría retener dicho pago efectuado. Existiría un sector doctrinal que teniendo en cuenta la *soluti retentio* referida para este concreto supuesto, verían una

---

<sup>35</sup> Entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Instituciones...* Vol. I/2 cit., p. 92 considera este supuesto como el único comprensivo de la obligación natural. En el mismo sentido CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., pp. 129-131 quien a pesar de incluir en su razonamiento inicial como supuestos en principio asimilables por la doctrina a las obligaciones naturales (supuestos comprendidos en los artículos 1735, 1798, 1901 y 1935 Cc) concluye siguiendo a Pérez y Alguer que el único supuesto que podría ser considerado como de obligación natural será el del artículo 1901 Cc, y ALBALDEJO, M.: *Derecho civil...* II cit., p. 354.

<sup>36</sup> Para LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...* II-1º cit., p. 21 la obligación natural quedaría integrada como uno de los principios de nuestro Código civil, considerando como el supuesto paradigmático el artículo 1901 Cc que nada tiene que ver con el error del *solvens* regulado en el artículo 1895 Cc. Igualmente, ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...* II cit., pp. 354-356 considera como supuestos típicos de justa causa los siguientes: “1º) la seducción de una joven, seducción que obliga naturalmente al seductor a la prestación de los necesarios auxilios económicos (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1932), 2º) a pesar de la absolución de una obligación civil, en virtud de sentencia injusta no revisable, se queda, sin embargo, naturalmente obligado al cumplimiento, 3º) a pesar de la absolución de una obligación civil, cuya reclamación de cumplimiento se enervó con la excepción de la prescripción, se queda naturalmente obligado al cumplimiento, 4º) aunque ciertos casos –nulos por defecto de forma *ad substantian*- no lleguen a originar una obligación civil, sin embargo generan para el interesado la obligación natural de realizar aquella a que se le quiso obligar civilmente”.

<sup>37</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 91.

obligación natural en el mismo<sup>38</sup>. Sin embargo, resulta evidente que, dicho pago, una vez prescrita una deuda, mantiene un encaje perfecto en nuestro Código civil: en la facultad que otorga este cuerpo jurídico al deudor para renunciar voluntariamente a la misma (artículos 1935 y 1937 Cc)<sup>39</sup>.

No cabe duda al considerar que el pago realizado de una obligación prescrita es un acto manifiesto y expreso de la renuncia del deudor a dicha prescripción, desvaneciendo por ello cualquier posibilidad de asimilación de esta situación a la obligación natural<sup>40</sup>. Así, y a través de actos que tácitamente impliquen el abandono de dicho derecho, podrá inferirse dicha renuncia.

Como corolario de todo lo anterior, parecería, una vez examinados los cuatro supuestos discutidos por la doctrina, que podemos comprobar cómo estas situaciones jurídicas anteriormente referidas no mantienen su causa en una obligación natural, sino por el contrario, se trata de obligaciones civiles, reguladas por el Derecho positivo.

Siguiendo la doctrina mayoritaria, podría concluirse que sería el supuesto regulado en el artículo 1901 Cc (el referido a la justa causa) el que de todas las situaciones jurídicas

---

<sup>38</sup> ALBALDEJO, M.: *Derecho civil...* II cit., p. 355 no menciona como supuesto de obligación natural el pago de la deuda prescrita, pero lo incluye dentro de los supuestos que suponen una justa causa incluidos en el artículo 1901 Cc.

<sup>39</sup> BLASCO GASCÓ, F.P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., pp. 72-73. Según se desprende de nuestro Código civil (a diferencia de otros cuerpos legales), y tal como advierte DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 91 la prescripción no se incluye entre las causas de extinción de las obligaciones, ya que esta es entendida como una facultad de la parte beneficiada por la misma, quien podrá oponerla. Sin embargo, y con independencia de que una obligación haya prescrito, en el caso de no haber sido satisfecha la deuda, esta igualmente quedaría pendiente, por lo que podría, entonces, ser considerada como una obligación natural. Reiterando este criterio, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 90 estima que este hecho no implica que exista causa en la obligación natural, ya que la prescripción no extingue *ipso iure* el derecho, sino que otorga una acción. Por todo ello, este autor considera que en el supuesto de que fuera satisfecha una deuda prescrita, ello implicaría “cumplir un derecho de crédito perfecto”.

<sup>40</sup> El artículo 1935 del Código civil exige para esta renuncia a la prescripción contar con la capacidad propia y necesaria para la enajenar. En opinión de DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., pp. 91-92 existe la renunciabilidad de este derecho, bien sea de un modo expreso, bien tácito siendo la prescripción una “facultad que la norma concede al deudor para que la excepciones frente a la reclamación del acreedor, pero no transforma la obligación civil en otra distinta”. De esta misma opinión es ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado...* Vol. I cit., p. 290 para quienes el supuesto de la prescripción, así como el de la sentencia injusta no revisable serían los únicos supuestos asimilables a la obligación natural. Y ello con independencia de que el ordenamiento jurídico tutele deberes morales o de conciencia.

reguladas en nuestro ordenamiento jurídico podría tener cabida en las obligaciones naturales con causa en un deber moral, en cuanto la obligación natural supone la existencia de determinados deberes morales y sociales que implican, en el supuesto de que una de las partes realice una prestación, que esta no pueda ser reclamada una vez efectuada<sup>41</sup>. Se entenderá que dicho pago o prestación se ha realizado a partir de una “justa causa”<sup>42</sup>, diferente al concepto de liberalidad<sup>43</sup> y por supuesto a la onerosidad.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD SIN DEUDA

Continuando con la disociación entre deuda y responsabilidad, y una vez analizado, en el epígrafe inmediatamente anterior, el supuesto de la deuda sin responsabilidad, a continuación, y de manera sumaria, procederemos a señalar los casos que tradicionalmente son citados por la doctrina como supuesto de responsabilidad sin deuda:

(i) El supuesto más clásico y típico de responsabilidad sin deuda es el de la ‘fianza’, o en términos más amplios, el de las garantías en consideración a que cuando un tercero presta su fianza personal o señala un bien con la finalidad de quedar afecto al buen fin o

---

<sup>41</sup> Para LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...II-1º* cit., pp. 21-22 la obligación natural quedaría integrada como uno de los principios de nuestro Código civil, considerando como supuesto paradigmático el artículo 1901 Cc que nada tiene que ver con el error del *solvens* regulado en el artículo 1895 Cc. Por ello, manifiesta abiertamente que la justa causa se considera modernamente en España como causa de obligación natural, sobre todo después de la doctrina del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1932, definiendo dicha justa causa como “el cumplimiento de una obligación moral cualificada”.

En similares términos se expresa DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones...Vol. I/2* cit., p. 92, al asumir el reconocimiento, por parte de la jurisprudencia, de la obligación moral como causa lícita para asumir una obligación civil cuyo cumplimiento se impone en consecuencia. Para su argumentación acude también a otras sentencias del Tribunal Supremo (no sólo la de 17 de octubre de 1932, sino también de 5 de mayo de 1958 y 6 de marzo de 1976). En similar sentido, LASARTE, C.: *Principios...II* cit., p. 13 asume que la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece aceptar la configuración postcodificada de la obligación natural en aquellos supuestos en que existan deberes morales o compromisos de conciencia transmitidos a los beneficiarios.

<sup>42</sup> La causa de la prestación deberá entenderse basada en deberes sociales y morales, puesto que si lo estuviera en una causa jurídica nos encontraríamos ante una obligación civil.

<sup>43</sup> ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...II* cit., pp. 354-355. En este sentido, igualmente puede estudiarse la distinción realizada por LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...II-1º* cit., p. 23, sobre el carácter gratuito u oneroso que pueden tener las obligaciones naturales. Destaca CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...Tomo 3* cit. pp. 132-133 que si bien originariamente, las obligaciones naturales diferían de la obligación moral o de conciencia, en el Derecho moderno suponen “uno de los procedimientos técnicos más destacados para la espiritualización del Derecho civil, o lo que es igual, para la introducción de los deberes morales en la vida jurídica”.

cumplimiento de una obligación contraída por el deudor, pareciera en primera instancia, que sólo responderá de su cumplimiento -en el caso de no hacerlo el deudor-, sin que ello signifique su implicación, en la relación obligatoria, como deudor.

Esta, quizá sea la idea comúnmente más extendida entre las personas que prestan su fianza o aval ante una operación del tráfico jurídico o mercantil, como “aseguramiento” al cumplimiento de la obligación contraída por el deudor, por cuanto tradicionalmente se ha asociado la figura del fiador con la idea de que garantiza adicionalmente una obligación cuya titularidad no ostenta.

Si bien parece que esta afirmación es la más cotidiana en la vida real, poco o nada tiene que ver con su configuración jurídica, ya que quien presta fianza a un tercero realmente debe, se convierte en deudor desde el mismo instante en que queda constituida la relación obligatoria. Su función, la de asegurar el cobro de la deuda por parte del acreedor, pareciera que efectivamente sólo entraría en funcionamiento en el supuesto en que el deudor, esto es, el titular de la obligación no cumpla con la misma<sup>44</sup>, ya que la fianza no puede considerarse ni entenderse sin la existencia de la deuda, ya que el fiador asume una deuda, está obligado y debe<sup>45</sup>.

Compartimos en este punto, esta opinión en cuanto la institución jurídica de la fianza no puede explicarse ni comprenderse por la teoría de la distinción entre la deuda y la responsabilidad: el fiador es deudor y por ello, responsable, a pesar de que efectivamente pueda considerarse que exista una diferente graduación en la deuda, entre el deudor y el responsable. No obstante lo anterior esta opinión no es unánime, ya que un sector doctrinal

---

<sup>44</sup> BLASCO GASCÓ, F. P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., p. 77 considera que en estos supuestos referidos de garantías personales o reales, los fiadores “no sólo son responsables, sino también deudores, si bien su relación obligatoria respecto del acreedor es diversa de la del deudor”

<sup>45</sup> Para DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 100 y a pesar de que el fiador debe y es responsable, puede observarse en su deuda una graduación, diferente a la del deudor principal. Para apoyar esta argumentación acude al artículo 1822 del Código civil. De la misma opinión es ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...* II cit., p. 18 quien considera al fiador como un deudor, aunque de una manera graduada, esto es, como una deuda subsidiario. Por lo tanto concluye esta opinión doctrinal con la existencia en la fianza de deuda y de responsabilidad. Su visión jurídica aporta que con la fianza se es deudor de la deuda que corresponde a dicha fianza, pero no se respondería de la deuda de la fiada.

entiende que en este caso concreto no hay verdadera responsabilidad, sino un estadio precedente de ella<sup>46</sup>.

(ii) Un supuesto similar al anteriormente citado sería el de ‘un tercero que, con alguno de sus bienes, aporte o añada una garantía real a la obligación constituida por el deudor’. En este caso, y a pesar de que pudiera parecer que nos encontramos ante una ‘obligación’ con responsabilidad, pero sin deuda, estamos igualmente ante un fiador, y como tal, en una obligación con deuda y responsabilidad.

Sin embargo, y como aspecto diferencial, destaca la limitación que, de esta responsabilidad, mantiene el fiador. Esto es debido a que la responsabilidad de este fiador se encuentra limitada al bien o garantía real constituida a tal fin, por lo que, en este caso concreto, el tercero será fiador y como tal, igualmente deudor (pero sólo con respecto a la garantía aportada<sup>47</sup>).

La doctrina mayoritaria mantiene esta opinión, ya que en el supuesto de constitución de prenda o hipoteca por tercera persona extraña a la obligación principal –y regulada por el artículo 1857 Cc-, el fiador no podría responder por un débito ajeno, por lo que sería, y sin lugar a duda alguna, un deudor de la obligación.

(iii) Otro supuesto tradicionalmente citado por la doctrina para el estudio de la pretendida responsabilidad sin deuda es el del ‘tercero que adquiere bienes hipotecados’, quien no es en puridad deudor, pero tampoco responsable. Sin embargo, sufriría los efectos de la ejecución por la naturaleza real del derecho de hipoteca. Este tercer adquirente de bienes hipotecados no es deudor ni tampoco responsable, pero sufre las consecuencias de la

---

<sup>46</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 68 entiende este supuesto de estadio precedente de la responsabilidad no sólo para el supuesto de la fianza, sino también para la prenda por deudas condicionales o futuras reguladas en el artículo 1825 y 1861 del Código civil.

<sup>47</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 100 considera, sin ningún tipo de duda, que el fiador debe y se encuentra igualmente obligado a responder del cumplimiento exacto. Como situación jurídica diferente a la del fiador, estaría el supuesto del tercer adquirente de los bienes hipotecados. En este caso concreto, no estaríamos ante un deudor (excepto si ha asumido la deuda de modo específico) ni ante un responsable del cumplimiento, sino que se trata de un tercero que sufre las vicisitudes y consecuencias de la posible ejecución del derecho de hipoteca.

posible ejecución del derecho de hipoteca, lo que no le convierte en responsable de la obligación<sup>48</sup>.

(iv) La ‘garantía para asegurar una deuda futura’, entendemos que tampoco puede entenderse como una escisión entre la deuda y la responsabilidad, ya que a pesar de la regulación contenida en el artículo 1825 Cc “puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida”, no existe problemática alguna a este efecto.

Resulta evidente que la existencia de la responsabilidad tendrá lugar cuando haya quedado constituida la deuda; por lo tanto, estaríamos ante el supuesto de una obligación integrada por ambos elementos: deuda y responsabilidad. No obstante, y si consideráramos que la responsabilidad futura quedara inscrita registralmente, esta tampoco tendría efectos hasta que de modo extrarregistral naciera la obligación. Por lo tanto, cuando surja la deuda, nacerá la responsabilidad, con independencia del momento temporal en el que nos encontremos. En definitiva, no nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad sin deuda: no existe obligación -esta nacerá en el futuro-, por lo que tampoco existirá responsabilidad alguna, pues esta será igualmente futura<sup>49</sup>.

(v) Por último, podría citarse la denominada ‘solidaridad pasiva’. En este supuesto, y en el caso de que el deudor solidario sea considerado como responsable de toda la deuda, también sería, a su vez, deudor de la misma, en su totalidad. Así, el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente tal y como expresa el artículo 1144 Cc, teniendo además en cuenta que, tal y como estipula el artículo 1145 Cc “el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación”<sup>50</sup>, sin que ello resulte incongruente con el artículo 1137 y siguientes del Cc.

---

<sup>48</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 100.

<sup>49</sup> El artículo 142 de la Ley Hipotecaria estipula “la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse”.

<sup>50</sup> Estos artículos no resultan incongruentes con el artículo 1137 y siguientes del Código civil.

Y es que la solidaridad pasiva o entre deudores, implica que a cada deudor puede exigírsele la responsabilidad de otro deudor, por lo que la responsabilidad de un deudor se extendería a la de todos; por ello, y aunque cada deudor deba su correspondiente parte de la deuda, se hará responsable de la deuda de los demás. Se produciría una extensión el área de la responsabilidad por la que “la solidaridad pasiva encuentra su función económica en esa extensión del área de la responsabilidad por deudas”<sup>51</sup>.

## **V. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

A pesar de haber tratado en líneas precedentes el supuesto de la responsabilidad sin deuda, y el de la deuda sin responsabilidad, existe un tercer y último supuesto en la distinción entre deuda y responsabilidad: aquel en el que existe la deuda, siendo limitada la responsabilidad por incumplimiento del deudor.

Nos encontramos por tanto, en un supuesto diferente al anteriormente expuesto, puesto que supone una limitación a la extensión de la responsabilidad del artículo 1911 Cc en cuanto determinados bienes quedarán sustraídos de la acción del acreedor<sup>52</sup>. Estamos ante excepciones al principio de la responsabilidad universal de carácter legal, que no podrían quedar al arbitrio de la autonomía de la voluntad de las partes integrantes de la relación obligatoria.

Este epígrafe será tratado con mayor amplitud tras el análisis del artículo 1911 del Código civil en la regulación de la responsabilidad universal y patrimonial por incumplimiento del deudor. No obstante lo referido, podríamos señalar como excepciones a la responsabilidad declarada en el artículo 1911 Cc las siguientes<sup>53</sup>:

---

<sup>51</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...II* cit., p. 101.

<sup>52</sup> En este sentido, ver BLASCO GASCÓ, F. P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., p. 78.

<sup>53</sup> Incluso en estos supuestos, la doctrina considera que no existe la distinción como elementos autónomos e independientes de la deuda y la responsabilidad (así DÍEZ-PICAZO, LASARTE, HERNÁNDEZ-GIL, etc.).

- Los bienes inembargables, que se encuentran regulados en los artículos 605 y 606 Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>54</sup>.
- La herencia aceptada a beneficio de inventario (artículos 998 y 1023 Cc).
- La constitución de derecho real de hipoteca regulado en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria.
- La renuncia liberatoria o abandono, contenida en los artículos 395 y 575 del Código civil, junto al abandono del buque de los artículos 587 y 590 del Código de Comercio.

---

<sup>54</sup> El artículo 605 LEC considera bienes absolutamente inembargables: “1º) Los bienes que hayan sido declarados inalienables. 2º) Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal. 3º) Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenidos patrimonial. 4º) Los bienes expresamente declarados inembargables, por alguna disposición legal”. El artículo 606 LEC declara como bienes inembargables del ejecutado: “1º) El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustibles, y otros, que a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia. 2º) Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada. 3º) Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas. 4º) Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley. 5º) Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España”.

## SECCIÓN 2ª. La responsabilidad patrimonial universal

### I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

#### I.1. Planteamiento Preliminar.

Como se ha expuesto en líneas anteriores, los dos preceptos que acotan jurídicamente la obligación, tanto desde el punto de vista de la deuda (artículo 1088 Cc: el ‘tener que’), como de la responsabilidad derivada del incumplimiento regulada en el artículo 1911 Cc (‘hacer frente a’), se encuentran ubicados en un lugar muy diferente dentro del Código civil<sup>55</sup>.

Esta separación física entre ambos conceptos no resulta relevante a efectos prácticos, ya que la obligación jurídica perfecta queda integrada indisolublemente por dos elementos: la deuda y la responsabilidad<sup>56</sup>.

Sin ánimo de detenernos en el estudio de la obligación y de la deuda, pues no es el objeto de este trabajo, baste añadir -para poder contraponerlo a la responsabilidad-, que la deuda implica, en esencia, la existencia de varios deberes jurídicos<sup>57</sup> que precisan ser observados

---

<sup>55</sup> Mientras que el contenido de las obligaciones, esto es el artículo 1088 Cc, se encuentra en el Título I “*De las obligaciones*” y dentro de este título, encabezando el primer artículo del Capítulo I; el referido a la consecuencia o efectos del incumplimiento de dicha obligación jurídica, esto es, la responsabilidad jurídica del deudor en caso del incumplimiento de la prestación acordada con el acreedor, se encuentra en el artículo 1911 Cc, comprendido en el Título XVII “*De la concurrencia y prelación de créditos*”, siendo igualmente el primer precepto del Capítulo I de dicho Título.

<sup>56</sup> De diferente opinión es ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho Privado... Vol. I* cit., p. 226, al considerar especial la sistemática empleada por el Código civil de distanciar el artículo 1088 del 1911, asumiendo por tanto, la escisión entre débito y responsabilidad, y siendo, por tanto, estos considerados no como dos elementos de la misma entidad, sino como una situación jurídica autónoma de carácter instrumental respecto a la relación obligatoria.

<sup>57</sup> Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...II* cit., p. 141, el esquema fundamental en toda relación obligatoria es la correlación entre un derecho de crédito y la deuda. Así las cosas, la deuda sería considerada principalmente como un deber jurídico, y entendida como la realización de una determinada conducta que comportará la prestación correspondiente de la relación obligatoria. Acertadamente DÍEZ-PICAZO prefiere utilizar el término “situación de deuda” frente al de “deuda”, pues el primero de ellos es un concepto jurídico más completo. La “situación de deuda” quedaría definida como aquella “porción de deberes jurídicos que pesan sobre el deudor” (se advierte que, a pesar de que en esta definición sólo se contemplan deberes, el ordenamiento jurídico otorga determinadas facultades a la parte deudora para proteger su situación jurídica).

por la parte deudora de la relación obligatoria; no obstante, el deber fundamental será la realización, puntual y exacta, de la prestación contemplada en la relación obligatoria.

Sin embargo, no en todos los casos, la obligación quedará consumada con la realización de la prestación acordada, esto es, con la observancia de la conducta debida por el deudor, sino que pudiera suceder que dicha prestación resultara incumplida, al no observar el deudor el comportamiento a que está obligado.

Es en este momento, cuando el ordenamiento jurídico activa el mecanismo de la *responsabilidad*, entendida como el poder inherente al acreedor que le faculta para hacer efectivo su interés obligacional, tal cual debería haberlo materializado, *motu proprio*, el deudor o por su equivalente pecuniario obtenido, también forzosamente, a costa de los recursos patrimoniales del obligado

## **I.2 Alcance terminológico.**

A partir del derecho subjetivo que el ordenamiento le otorga, el acreedor mantendrá un poder de agresión sobre los bienes o patrimonio del deudor para intentar obtener así, la satisfacción de su pretensión incumplida. Estamos ante la denominada *responsabilidad patrimonial del deudor*, que podría ser definida como “un estado de sujeción, consistente en que la ley coloca los bienes del deudor frente a la acción ejecutiva del acreedor<sup>58</sup>”.

---

No obstante, resulta obligado identificar el deber principal del deudor en la relación obligatoria: la realización de la prestación acordada y por él comprometida. En cuanto a la otra parte de la correlación anteriormente referida -“el derecho de crédito”-, sería entendida como un derecho subjetivo del acreedor que le posibilita obtener la satisfacción de la prestación acordada con el deudor (en idéntica situación que en anterior supuesto, el acreedor posee derechos, pero la norma también impone determinadas cargas al respecto). Y es que, del mismo modo que este autor expande el término de deuda, idéntica ampliación realiza con el del crédito, definiendo este último como “un centro de unificación e imputación de facultades jurídicas”. Resulta evidente que el núcleo esencial de este derecho de crédito es la facultad de exigir la prestación acordada.

Asimismo, y como destaca la doctrina, las facultades conferidas al acreedor, como titular de un derecho de crédito, le permitirán controlar y vigilar el comportamiento de la obligación, así como conservar la capacidad económica del patrimonio del deudor a partir de mecanismos jurídicos determinados y especificados por el ordenamiento jurídico.

<sup>58</sup> ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado...* Vol. I cit., pp. 226-227. En este mismo sentido, esta acción ejecutiva del acreedor es considerada como una de las consecuencias del acto injusto de incumplimiento. Asimismo, reiteramos la opinión doctrinal de estos dos autores sobre la responsabilidad, a la que consideran como un elemento no constitutivo de la obligación, y “únicamente una sanción del incumplimiento y el medio de realización coactiva del derecho del acreedor”.

Una connotación más amplia del término *responsabilidad*, incluiría todos los instrumentos compulsivos con que cuenta el acreedor y cuya finalidad es satisfacer su interés genérico<sup>59</sup>. Sin embargo, esta última definición, realiza un especial énfasis sobre los instrumentos con que cuenta el acreedor para ver satisfecho su interés, esto es, sobre el poder de agresión que recae sobre los bienes del deudor para que el acreedor pueda obtener la satisfacción de su obligación, aproximando a estos efectos la responsabilidad al concepto de ‘ejecución forzosa’<sup>60</sup>.

A modo de aproximación preliminar y punto de partida para analizar posteriormente los diferentes extremos implícitos en esa concepción jurídica, podríamos definir la responsabilidad patrimonial del deudor como “la sujeción de los bienes del deudor al cumplimiento coactivo de la deuda frente al poder o la facultad de agresión que se atribuye al acreedor”<sup>61</sup>. Se trataría de una ‘responsabilidad general’ que se encontraría presente

---

En términos similares, CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 1911 Cc”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dtor.): *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 13057.

Como presupuestos de la responsabilidad, BLASCO GASCÓ, F. P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., pp. 70-71 considera que: (i) Se trata de una responsabilidad de carácter necesario e instrumental en relación con el incumplimiento del deudor; en caso contrario, parecería que no nos encontramos ante una relación jurídica obligatoria en sentido pleno (ii) Es una reacción del Ordenamiento Jurídico a disposición del acreedor, tal y como estipula el artículo 1101 y 1186 Cc (iii) A partir de la responsabilidad, el acreedor posee un instrumento para la realización del derecho del acreedor, *in natura* o por el equivalente.

<sup>59</sup> En este sentido, CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación universitaria de Jerez, Cádiz, 1988.

<sup>60</sup> CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad...* cit., pp. 13 y 17, caracteriza la responsabilidad como el último medio de compulsión; mientras, la ejecución forzosa sería el medio a través del que se realizaría la agresión patrimonial. Para BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: “La responsabilidad patrimonial universal”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, p. 4846 la ejecución forzosa de la obligación es la manera en que la responsabilidad patrimonial universal despliega su eficacia práctica.

A pesar de que la ejecución forzosa es un instrumento utilizado por la responsabilidad para hacer efectivo el interés del acreedor que no ha sido satisfecho en tiempo y forma, dicha responsabilidad, como ingrediente necesario de la obligación, no puede quedar reducida a la ejecución forzosa, pues implicaría empequeñecer injustamente el concepto.

<sup>61</sup> En términos análogos, BLASCO GASCÓ, F. P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., p. 70.

Como puede observarse en las distintas definiciones de responsabilidad aportadas por la doctrina, las notas características de este concepto jurídico son la sujeción del patrimonio del deudor, así como la facultad o poder ejercido por el acreedor para compeler patrimonialmente al deudor y ver así satisfecha su pretensión.

actual o potencialmente en todas las obligaciones y que entraría en funcionamiento ante el incumplimiento del deudor como un medio general de protección del derecho de crédito<sup>62</sup>.

## II. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El principio de responsabilidad patrimonial se encuentra, de una u otra manera, en todas las legislaciones que conforman un Estado de Derecho, puesto que constituye una consecuencia inherente de la obligación que ha de ser cumplida<sup>63</sup>.

En nuestro Código civil, encuentra su manifestación en el artículo 1911 Cc, que resulta de aplicación a todas las obligaciones<sup>64</sup>, y cuyo contenido proclama que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. Nos encontramos, pues ante un ordenamiento jurídico cuya responsabilidad se caracteriza por la ‘patrimonialidad’ y la ‘universalidad’<sup>65</sup>.

---

Igualmente, CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad...cit.*, p. 91, destaca que tanto la responsabilidad patrimonial universal como la ejecución forzosa invaden la esfera de autonomía del obligado. Por ello, deberán regirse por el principio de tipicidad, por el que las agresiones a la autonomía del deudor y contra su esfera patrimonial se produce únicamente a partir de los mecanismos y supuestos previstos en las leyes.

<sup>62</sup> En este sentido, LASARTE, C.: *Principios...II cit.*, p. 214. Igualmente deberemos tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece medidas de protección del crédito de dos tipos: “generales” y “específicas”. Así, mientras las medidas generales serán la protección que ofrece el artículo 1911 Cc a todas las obligaciones, las medidas específicas serían aquellas que han sido pactadas convencionalmente por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, o aquellas previstas por la Ley para determinadas obligaciones.

<sup>63</sup> Debe tenerse en cuenta que para que surja la responsabilidad deberá existir una obligación, un incumplimiento imputable al deudor, así como que dicho incumplimiento haya causado un daño (*vid.* en este sentido más ampliamente, LASARTE, C.: *Principios...II cit.*, pp. 213-214).

Para MANRESA NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, Tomo XII, 6ª edición, Reus, Madrid, 1973, p. 924 este precepto es el que “más acusa el grado de tensión social en que se encuentra la ciencia jurídica en cada momento histórico dado” al hacer referencia a dos aspectos fundamentales que considera propios del derecho civil moderno: el personalista y el económico.

<sup>64</sup> En principio, efectivamente, se aplicará a todas las obligaciones reguladas en nuestro Código civil; sin embargo, existirán excepciones a este principio.

<sup>65</sup> Para CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad...cit.*, p. 9 la responsabilidad que emana del artículo 1911 Cc no sólo será patrimonial y universal, -tal y como se desprende de dicho artículo-, sino que además, se tratará de una responsabilidad general y reparadora del daño causado.

LASARTE, C.: *Principios...II cit.*, pp. 214-216 sistematiza la sustancia de la responsabilidad patrimonial universal en los siguientes aspectos: (i) responsabilidad general, (ii) derivada del incumplimiento, (iii) personal, como concepto este contrapuesto a responsabilidad de bienes, (iv) exclusivamente patrimonial y (v) universal.

ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado...Vol. I cit.*, p. 225 advierten de la diferencia entre la responsabilidad universal y la responsabilidad ilimitada. En el artículo 1911 Cc tiene

El artículo 1911 Cc al proclamar la patrimonialidad de la responsabilidad deroga definitivamente los vestigios históricos de un Derecho arcaico, en el que el obligado respondía con su persona e incluso con su propia vida<sup>66</sup>. Por tanto, y una vez materializada la responsabilidad del deudor en sus bienes, desaparecerá definitivamente y en todas sus manifestaciones la responsabilidad personal, o, “a la persona”<sup>67</sup>.

De este modo, el deudor responderá del incumplimiento exclusivamente con sus bienes<sup>68</sup>, pero no sólo los que mantenga en su órbita o esfera patrimonial en el momento del incumplimiento<sup>69</sup>, sino que además deberá responder con los habidos y por haber.

---

cabida la responsabilidad universal, pero no ilimitada. Se deberá tener en cuenta que el deudor responderá con todos sus bienes, pero sólo en la cuantía o con los bienes suficientes para cubrir la responsabilidad.

<sup>66</sup> Resulta de gran interés, en este sentido, CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad...cit.*, p. 129. Enfatiza la evolución de la responsabilidad, partiendo de una responsabilidad sobre la persona y de carácter punitivo, que comienza a desaparecer a favor de sanciones patrimoniales también de carácter punitivo, con una responsabilidad sobre la persona de modo subsidiario. Posteriormente, esa responsabilidad personal desaparecerá totalmente subsistiendo y permaneciendo la responsabilidad patrimonial de carácter reparador.

En cualquier caso, y a partir de la proclama del artículo 1911 Cc se deroga definitivamente la responsabilidad personal que hasta el siglo XIX subsistió aunque fuera de un modo residual y subsidiario. A pesar de que la *Lex Poetelia* instaura el sistema de responsabilidad patrimonial, no desaparece totalmente la responsabilidad personal. Así, el deudor que no señalara bienes de su patrimonio sobre los que hacer efectivo la pretensión del acreedor incumplida, o que careciera de ellos, podría ser sometido a la *additio* del acreedor. En el Derecho Justiniano esta *additio* fue sustituida por la prisión por deudas. No obstante, esta prisión por deudas, de una u otra forma, pervivió como subsidiaria de la responsabilidad patrimonial hasta la promulgación del Código civil. En este sentido, todavía en el Proyecto de Código civil de García Goyena de 1851, en su artículo 1920, se hacía referencia al apremio personal para el incumplimiento de determinadas obligaciones.

<sup>67</sup> Expresión que prefiere CAPILLA RONCERO. Una visión diferente aporta MANRESA NAVARRO, J. M.: *Comentarios...Tomo XII cit.*, p. 928 al considerar que, a pesar de la existencia en nuestro Código civil de una responsabilidad exclusivamente patrimonial, no debería quedar derogada definitivamente la responsabilidad personal (pero no entendida esta como prisión por deudas o el pago hasta incluso con su propia vida). Esta “responsabilidad personal” aludida por MANRESA no conllevaría excluir el carácter económico de la responsabilidad aportado por el artículo 1911 Cc, sino relegar este a un segundo lugar “dando preeminencia al valor humano, que por sí mismo, debe constituir garantía suficiente para responsabilidad el incumplimiento de las obligaciones”.

<sup>68</sup> Destaca el concepto de “bienes” aportado por MANRESA NAVARRO: J. M.: *Comentarios...Tomo XII cit.*, pp. 925-926 al contraponer los bienes del artículo 1911 Cc con los del artículo 333 Cc, subrayando así las diferencias existentes entre ellos. Considera que los bienes del artículo 1911 Cc son los referidos a “las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación por parte del hombre”, por lo que el concepto de bien “no sólo se limitará a lo material, sino que comprenderá lo intelectual, en cuanto susceptible de un valor”.

<sup>69</sup> Conviene en este momento destacar que no resulta de interés ni objeto de este trabajo el análisis de las diferentes causas de incumplimiento de una obligación, por parte del deudor, así como la imputación o no al mismo de dicho incumplimiento. Sin embargo, y como considera MONTÉS PENADÉS, V.: “El incumplimiento de la obligación”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...cit.*, p. 182 “no siempre la mera omisión de la prestación o la infracción o defecto de las previsiones sobre cantidad o calidad generan las consecuencias legalmente establecidas que, en su conjunto, denominamos responsabilidad por incumplimiento”. Por tanto, y sin ánimo realizar una enumeración

Conforme se explica autorizadamente<sup>70</sup>, los ‘bienes’ a los que hace referencia el artículo 1911 Cc serían aquellos que conforman el patrimonio del deudor en el momento en el que se contrae la deuda, con independencia de que lo integren, con posterioridad, otros bienes. Sin embargo, esta afirmación posee una gran importancia, puesto que puede compendiar la convicción de que, de modo indirecto, potencial o como quiera denominarse, la responsabilidad del deudor nace desde el mismo momento en que surge la obligación<sup>71</sup>.

No obstante lo referido, es evidente que este supuesto mantiene una excepción, y es la posibilidad de ejercitar la reintegración de los bienes que han salido de la esfera patrimonial de modo censurable, sustrayéndose a la responsabilidad por incumplimiento regulada en la reiterada norma<sup>72</sup>.

Sin embargo, y a pesar de que esta responsabilidad patrimonial queda de manifiesto de forma indubitada en nuestro Código civil, no ha sido entendida doctrinalmente del mismo modo. Estaríamos ante una sujeción general del patrimonio del deudor al correcto cumplimiento de la obligación contraída, o quizá en otros términos, ante una sujeción general de los bienes presentes y futuros del deudor en caso de incumplimiento de la prestación acordada en la relación obligatoria.

---

exhaustiva, se podrían resumir los factores que deberán ser valorados para adoptar la decisión de si existe incumplimiento en sentido estricto: (i) La realización de la conducta en tiempo adecuado y pactado (ii) Ajuste de la prestación a los parámetros definidos (iii) Actividad del deudor para la realización de la prestación (iv) Eventual justificación de la omisión o del defecto de conducta por factores externos (v) Satisfacción o insatisfacción del acreedor.

<sup>70</sup> BLASCO GASCÓ, F. P.: “Elementos...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., p. 70.

<sup>71</sup> Para DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 150, la responsabilidad se hace efectiva, bien sobre los bienes que el deudor tenía cuando contrajo la obligación, bien cuando esta deviene exigible, así como los adquiridos con posterioridad por cualquier título. En este mismo sentido, LASARTE, C.: *Principios...* II cit., pp. 218-219.

<sup>72</sup> Deben recordarse los mecanismos de tutela preventiva del crédito, así como la acción rescisoria por fraude de acreedores (artículo 1111 Cc). Y es que una persona física o jurídica, en el tráfico jurídico-mercantil diario, puede realizar adquisiciones, permutas, ventas de activos, etc., sin que ello suponga un obstáculo en relación a la denominada responsabilidad del deudor por incumplimiento. El problema radicará cuando estos actos o negocios jurídicos hayan sido manifiestamente realizados para evadir la responsabilidad patrimonial enunciada en el artículo 1911 Cc. Supuestos típicos serían aquellos negocios ruinógenos que en situaciones normales, esto es, que el deudor no debiera o tuviera necesidad de responder patrimonialmente por el incumplimiento de obligaciones, nunca habrían tenido lugar, bien por el precio estipulado para la venta –fuera del precio de mercado–, bien por la persona a quien se ha realizado la venta (familiares, amigos, etc.).

Este concepto de sujeción general ha sido tradicionalmente fuente de conflictos doctrinales en cuanto a su alcance y determinación. Existe una opinión doctrinal que considera que esta sujeción general presenta similares características a las que serían propias de un derecho real (sobre un bien), manteniendo afecto, en este caso concreto, el patrimonio del deudor. Son las denominadas teorías realistas del derecho de obligaciones, que consideraban el patrimonio del deudor como objeto de un derecho de garantía.

Como puede entenderse, nada más lejos de la realidad que esta ficticia equiparación, ya que el deudor responderá efectivamente con todos sus bienes, sin que, por otra parte, ninguno de ellos –a excepción de la constitución de un derecho real- quede singularmente afectado al cumplimiento de sus obligaciones. La distinción con un derecho real resultará, por tanto, evidente.

La práctica procesal no acepta esta confusión de planos jurídicos, puesto que, en virtud del artículo 1911 Cc, cuando el acreedor necesita materializar judicialmente la satisfacción de su interés en la prestación incumplida deberá procederse al embargo de los bienes del deudor, actuación esta que resulta totalmente innecesaria cuando un bien se encuentra afecto a un derecho real.

En la actualidad, esta discusión doctrinal ha quedado definitivamente zanjada al asumir, de manera pacífica, las diferencias existentes entre la situación derivada de una obligación y la surgida de un derecho real, como por ejemplo, el de hipoteca, con la sujeción de determinados bienes de un patrimonio en el supuesto de incumplimiento de la relación obligatoria garantizada a través e la constitución del nominado derecho real.

En consecuencia, y a fin de evitar confusiones, no será aconsejable el empleo del término ‘garantía’, si este es identificado como la garantía propia e inherente a un derecho real. Por el contrario, sí podría considerarse el patrimonio del deudor como una garantía, pero de otra índole, como refuerzo del compromiso asumido por el deudor ya que la “verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para

hacer frente a sus obligaciones”, pudiendo utilizar el término garantía en el sentido de seguridad o solvencia<sup>73</sup>.

Se viene a conectar, por esta vía con la aseveración<sup>74</sup> según la cual en el Derecho moderno, no puede hablarse de prenda o derecho de garantía sobre el patrimonio del deudor, ya que en una relación obligatoria no se crea ningún derecho real a favor del acreedor (no se genera un “derecho en los bienes, sino a los bienes”). Sólo una vez vencida la deuda, podrá hacerse efectiva la responsabilidad, ya que los bienes sobre los que recae la ejecución no forman la responsabilidad, sino la garantía<sup>75</sup>.

La conexión entre solvencia y responsabilidad resulta, por tanto, evidente en cuanto un derecho a la solvencia del patrimonio del deudor, quedando esta responsabilidad, reforzada a través de los mecanismos jurídicos que aporta nuestro ordenamiento jurídico, tendentes a asegurar la capacidad económica del patrimonio<sup>76</sup>, ya que sólo una vez que ha vencido la deuda y esta ha sido incumplida se hace efectiva la responsabilidad (esta, como se ha indicado en numerosas ocasiones, estará presente desde el mismo inicio de la relación obligatoria). Sin embargo, la responsabilidad no implica en sí, única y exclusivamente la existencia de un patrimonio o de bienes que conformen el mismo, por lo que la

---

<sup>73</sup> ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado...* Vol. I cit., p. 227.

En términos similares, CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 1911 Cc”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo IX cit., p. 13057 quien considera que la responsabilidad patrimonial del deudor sería una garantía en sentido amplio, pero no una afección *erga omnes*. Para BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: “La responsabilidad...” cit., en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.): *Estudios jurídicos...* Vol. IV cit., p. 4845 la solvencia del deudor sería entendida como “la aptitud del patrimonio para cumplir”, entendiendo que la verdadera garantía es que se conceda a los acreedores las facultades necesarias para asegurar la capacidad económica del patrimonio.

<sup>74</sup> En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *La responsabilidad patrimonial y la acción pauliana*, *Revista de Derecho Privado*, 1932, pp. 194-195 que considera y define el patrimonio como objeto de referencia de la coacción jurídico-civil.

<sup>75</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *La responsabilidad patrimonial...* cit., p. 196 considera que “la responsabilidad no es otra cosa que potencia, y requiere para hacerse efectiva la garantía y es que “acompaña la responsabilidad a la deuda jurídica como sombra al cuerpo”. Por tratarse de que los bienes sobre los que recae la ejecución forman la garantía del cumplimiento del acreedor, la responsabilidad es inalterable la misma a pesar de que el patrimonio aumente o disminuya.

<sup>76</sup> Para DE CASTRO Y BRAVO, F.: *La responsabilidad patrimonial...* cit., p. 196 estaríamos ante la “afección a los bienes, no de los bienes”. Ver en este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: “La responsabilidad...” cit., en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.): *Estudios jurídicos...* Vol. IV cit., p. 4845.

responsabilidad, como concepto, permanecerá inalterable frente al acreedor, con independencia de que este deudor posea bienes, o sea insolvente.

Como se ha indicado con anterioridad, el ordenamiento jurídico otorga al acreedor determinados mecanismos y acciones jurídicas que realizan la tutela del crédito, bien de modo anterior o posterior al momento de la exigibilidad de la prestación<sup>77</sup>. Dicho de otro modo, todos los mecanismos de tutela preventiva del crédito “esto es, de mantenimiento de la solvencia patrimonial del deudor no son sino manifestaciones de la responsabilidad del mismo para la hipótesis de incumplimiento de la obligación”<sup>78</sup>.

Por tanto, podríamos concluir este epígrafe afirmando la importancia que el artículo 1911 Cc posee en nuestro ordenamiento jurídico como aquel precepto que proclama la responsabilidad patrimonial como única responsabilidad del deudor por incumplimiento. Sin embargo, y a pesar de la importancia nuclear de este artículo, no queda definido ni determinado el *quantum* por el que el deudor deberá responder de su incumplimiento. Por tanto, podríamos decir que se fijan los bienes sobre los que recaerá la responsabilidad patrimonial, sin que se determine la cuantía de dicha responsabilidad.

---

<sup>77</sup> Como resume MONTÉS PENADÉS, V.: “La defensa del derecho de crédito”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...cit.*, p. 227 y ss., la defensa preventiva del crédito quedaría plasmada en la acción revocatoria, la acción pauliana, el vencimiento anticipado, así como las medidas judiciales de aseguramiento. La tutela represiva, por su parte implicaría la obtención vía coactiva de la prestación no realizada o realizada parcialmente. No obstante, esta prestación coactiva será realizada cuando sea posible o cuando la prestación no sea personalísima. En esos casos, esta se convertirá en una acción de daños y perjuicios que puede ser complementaria a la acción forzosa o puede sustituirla, tal y como se estudiará más adelante.

<sup>78</sup> En este sentido, merece destacar la distinción histórica que ha arrastrado nuestro derecho acerca de la responsabilidad objetiva y la subjetiva por incumplimiento. Siguiendo a MONTÉS PENADÉS, V.: “La responsabilidad por incumplimiento”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...cit.*, p. 208, es la tradición histórica la que ha llevado a mantener una línea subjetivista de la responsabilidad del deudor en el Código civil. Sin embargo y como correctamente sintetiza esta autor “en todo caso el fundamento de la responsabilidad del deudor se encuentra en la misma obligación, en la imperiosidad de cumplir su deber de prestación. El deudor responde porque debe, no porque ha omitido o no ha prestado la diligencia exigible”. Por tanto, el principio general de responsabilidad se encontraría insito en la misma obligación.

### III. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y EL ARTÍCULO 1911 DEL CÓDIGO CIVIL

El cumplimiento o ejecución de la obligación, como fundamento y objetivo principal de la relación obligatoria, implica la realización u observancia, por parte del deudor, del comportamiento acordado y comprometido con el acreedor -en los términos exactamente pactados en la relación obligatoria-, con la consecuente satisfacción del interés del acreedor en su derecho de crédito a través de la referida conducta del deudor.

Sin embargo, no en todos los casos la prestación debida es cumplida en los términos exactamente acordados, esto es, en tiempo y forma<sup>79</sup>. Se produce, entonces, el incumplimiento de la obligación, con la correspondiente frustración del derecho de crédito del acreedor y la insatisfacción de su interés.

El ordenamiento jurídico reacciona ante el acto anormal e injusto<sup>80</sup> que representa el incumplimiento, y activa, en ese momento, la denominada *responsabilidad patrimonial universal*, como un mecanismo jurídico que otorga al acreedor la facultad de dirigirse contra el patrimonio del deudor para ver satisfecha su pretensión, ahora incumplida<sup>81</sup> e intentando, aunque sea forzosamente, que dicha obligación resulte finalmente realizada.

---

<sup>79</sup> Tradicionalmente se utiliza el término pago o *solutio* para definir el concepto de extinción del vínculo jurídico. Por ello, el Código civil, en sus artículos 1156 y siguientes, regula el pago dentro de los modos de extinción de las obligaciones. No obstante, advierte CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 235 que para los modernos civilistas el cumplimiento de las obligaciones es algo más que una forma de extinguirlas, ya que es su normal desarrollo, y por tanto, debería encuadrarse en la teoría de los efectos y no en la teoría extintiva de la obligación. Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, P.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1990, p. 19.

<sup>80</sup> El incumplimiento es un acto anormal e injusto, diferente del delito. No obstante, pudieran existir incumplimientos que conlleven un comportamiento fraudulento del deudor, y por tanto, ser constitutivos de delito, pero ese no será el supuesto que nos ocupe en este trabajo.

<sup>81</sup> Se advierte en este momento, de la diferencia fundamental entre el poder de agresión que posee el acreedor con respecto al patrimonio del deudor, de quienes observaban en ello un derecho real del acreedor sobre el patrimonio del deudor. Una prueba de esta diferencia es que, a pesar de que en principio, el acreedor se dirigirá contra todos los bienes del deudor, será posteriormente y a través del embargo cuando se particularice el bien sobre el que el acreedor intentará realizar su pretensión.

No obstante, debe advertirse que, en el incumplimiento de la obligación, pueden existir causas imputables y dependientes de la voluntad del deudor (en las que pueda intervenir la plena conciencia sobre la actuación realizada -dolo-, o en las que aparece negligencia -culpa-), así como causas totalmente externas e imprevistas para el deudor (como la fuerza mayor o el caso fortuito)<sup>82</sup>. En este último supuesto mencionado, la responsabilidad no conllevaría, en principio, consecuencias sobre el deudor; muy diferente resulta el primer supuesto, en el que el incumplimiento dependiente de la voluntad del deudor sujeta a este a las consecuencias y responsabilidad asociadas a dicho incumplimiento. En este epígrafe sólo nos detendremos en este tipo de incumplimiento: el imputable exclusivamente al deudor de la relación obligatoria<sup>83</sup>.

Por tanto, cuando el deudor no cumple voluntariamente la prestación acordada, será compelido a la observancia del comportamiento a que estaba comprometido, de modo que siempre que dicho incumplimiento sea imputable a su persona, el Derecho intentará, por todos los medios posibles, reparar adecuadamente, y en los términos previstos, la lesión del crédito del acreedor. Es entonces, cuando la parte acreedora acude a los tribunales e intenta que el deudor haga efectiva la prestación acordada en la relación obligatoria. Será ante la negativa de este último cuando la responsabilidad quedará materializada de modo concreto, no sobre todos los bienes, sino sobre aquellos que permitan satisfacer su pretensión: estamos ante la ‘ejecución forzosa’, como medio o instrumento que conduce a la finalidad típica de la obligación<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> En este sentido CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 236 quien además clasifica el incumplimiento como propio o absoluto cuando las causas de incumplimiento afectan a la esencia de esas y hacen imposible su realización, o como impropio o relativo, para aquellas que a pesar de no afectar a la esencia o fin fundamental suponen un mal cumplimiento de lo efectuado. El Código civil, en su artículo 1101 no distingue entre incumplimiento y cumplimiento defectuoso.

<sup>83</sup> Igualmente, y como indica CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 236 es necesario distinguir las diferentes causas de incumplimiento de la obligación y que hacen imposible su realización, así como otras que sin afectar al vínculo ni imposibilitar la prestación, suponen una defectuosidad o mal cumplimiento de lo convenido. El primer supuesto sería el denominado incumplimiento propio o absoluto, y el segundo, el impropio o relativo. No obstante, el incumplimiento que depende de la voluntad del deudor podrá ser, en este sentido, propio o impropio.

<sup>84</sup> HERNANDEZ-GIL, A.: *Derecho de obligaciones...* cit., pp. 33-35, teniendo en cuenta que, este autor considera o define esta ejecución como de “marcada primacía”.

Es preciso señalar en este momento que el poder coactivo aplicable al deudor será realizado judicialmente a través del procedimiento de ejecución. Por ello, y en el caso de que existiera una orden judicial, al respecto, el deudor podría, en primer lugar, cumplir la misma. En caso contrario, se ejercería la coacción sobre el deudor con los medios adecuados y suficientes propios de un Estado de Derecho. En los ordenamientos jurídicos modernos, y en concreto, en el nuestro, el deudor no podrá, en ningún caso, ser amenazado con la provocación de un mal en su persona, personalidad, o valores intrínsecos a él mismo, así como de sus personas afines. La agresión se dirigirá exclusivamente en un principio contra los bienes de que esté en posesión el obligado, de modo que el acreedor verá satisfecho su interés a expensas del patrimonio del deudor.

Por tanto, responsabilidad patrimonial por incumplimiento y ejecución forzosa son conceptos íntimamente relacionados y que se condicionan recíprocamente (la ejecución forzosa es el instrumento que dota de efectividad práctica el mandato de los títulos a los que nuestro Derecho reconoce fuerza ejecutiva)<sup>85</sup>.

No obstante lo anterior, y a resultas del contenido de la prestación de la obligación, se podrá distinguir entre la ejecución específica (*in natura*) y la genérica (por el equivalente pecuniario).

Debemos partir, entonces, de la premisa de que el ordenamiento jurídico intenta que, ante la lesión del derecho de crédito sufrida por el acreedor, este pueda encontrarse en una situación similar a la que mantendría en el supuesto de haber cumplido el deudor en tiempo y forma su prestación<sup>86</sup>. Por ello, la ejecución específica o *in natura* sería la preferida por nuestro Código civil -“aunque sea por la fuerza”<sup>87</sup>- y podría definirse como la “reproducción, en la fase de actuación judicial del cumplimiento omitido”<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad...* cit., pp. 14-16. En este mismo sentido, este autor destaca que las normas generales de nuestro ordenamiento jurídico en la ejecución forzosa se corresponden a las normas sustantivas en materia de incumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad que de ello nace.

<sup>86</sup> Para DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 781 esta afirmación queda recogida en el artículo 1101 Cc.

<sup>87</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...* II-1º cit., p. 166. En este sentido, *vid.* artículos 1096 del Cc, así como 669 y siguientes del Código civil. Salvo que exista imposibilidad, nuestro Derecho prefiere la ejecución

Esta preferencia es motivada al tener en cuenta que la satisfacción del acreedor se produce únicamente con el pago estricto de su prestación, por lo que el acreedor sólo verá satisfecha su pretensión cuando de manera exacta se cumpla la prestación acordada (de ahí la preeminencia de la ejecución específica).

No obstante, y a pesar de la preferencia de la ejecución específica en nuestro ordenamiento jurídico, no ha sido así tradicionalmente, ya que este modo de ejecución quedaba íntimamente relacionado con la voluntad del deudor, pudiendo entonces, quedar la misma violentada, o incluso anulada (*nemo praecise cogi potest ad factum*), acompañado, además de las importantes dificultades, a efectos prácticos, de la referida ejecución<sup>89</sup>.

Sin embargo, resulta evidente que, dependiendo del tipo de obligación incumplida, se podrá ofrecer una mejor o peor solución al acreedor a partir de la ejecución forzosa específica<sup>90</sup>,

---

específica. Históricamente, en Roma sólo podía ofrecer dinero en los juicios, mientras que a partir del Derecho Justiniano cuando se distingue entre la prestación originaria y la prestación del *id quod interest* o indemnización de daños sufridos por el acreedor. A partir de esta última concepción se introduce la idea de refuerzo o incremento que se añade a la prestación originaria. De este modo, y como indica LACRUZ BERDEJO, podría interpretarse mejor el artículo 1096 Cc.

<sup>88</sup> En este sentido, HERNÁNDEZ-GIL, A.: *Derecho de obligaciones...*cit., p. 33, y MONTÉS PENADÉS, V.: “La responsabilidad...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...*cit., p. 209.

<sup>89</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*Tomo 3 cit., p. 266. Debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, existe mayor apoyo de esta ejecución forzosa específica “sobre la base del reconocimiento de más amplios poderes judiciales”.

No obstante, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*Tomo 3 cit., p. 267 cita a Colin y Capitant como defensores de una teoría opuesta a la tradicionalmente admitida para la ejecución forzosa específica, pues defendía en el derecho del acreedor a solicitar la ejecución forzosa específica siempre que esta fuera posible, siendo la imposibilidad material y moral, a este respecto, cubiertas a partir de la indemnización de daños y perjuicios.

<sup>90</sup> Ofreciendo una visión un tanto más detallada dependiendo de cada tipo de obligaciones podríamos considerar lo siguientes:

(i) En las obligaciones de *dar*, nos encontramos ante un supuesto fácilmente ejecutable *in natura*, siempre que la prestación recaiga sobre una cosa determinada, específica y que se encuentre dentro del patrimonio del deudor. En este sentido, el artículo 1096.1 Cc, expresa el derecho del acreedor a compeler al deudor a que realice la entrega de cosa determinada (devida), mientras que el artículo 701 LEC, en términos similares, recoge que, en el supuesto de cosa mueble determinada, el tribunal pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, a la vez que manifiesta que si no “pudiere ser habida la cosa”, esta se sustituirá “por una justa compensación pecuniaria, que se establecerá con arreglo a los artículos 712 y siguientes”.

En el supuesto de que se trate de bienes inmuebles, deberán seguirse los preceptos 703 y 704 LEC, que en términos análogos dispone que el bien inmueble será entregado al acreedor, teniendo, además, en cuenta, las consideraciones necesarias, en el caso de que existan ocupantes en dicho inmueble. Cuando se trate de cosas

existiendo un amplio número de obligaciones en las que, debido a su objeto (naturaleza de su objeto o prestación), será imposible cumplir de manera forzosa la prestación en los términos exactos inicialmente previstos. Y ello, con independencia de que, en la práctica jurídica, serán muchas las ocasiones en las que el acreedor no muestre un especial interés en recibir el cumplimiento exacto de su prestación y prefiera recibir una contraprestación pecuniaria como valor equivalente a la misma. El acreedor podrá exigir su prestación determinada o en su defecto, procurarse una satisfacción por el equivalente (*id quod interest*); surge la obligación de reparar.

#### IV. LA OBLIGACIÓN DE REPARACIÓN

Como se ha indicado anteriormente, en determinadas ocasiones, y resultando imposible el cumplimiento forzoso de modo específico, se sustituye la obligación primitivamente contraída por el deudor por otra, regulada y determinada por la Ley: *la obligación de reparar*<sup>91</sup>.

---

genéricas, se facultará al acreedor para obtener la entrega directa de la misma al acreedor, pudiendo pedir, en todo caso, el cumplimiento a expensas del deudor (artículo 1096.2º Cc y 702.1 LEC) y permitiendo el embargo de sus bienes para sufragar la adquisición realizada.

(ii) En las obligaciones de *hacer*, mantiene poca importancia la ejecución forzosa específica, pues este tipo de obligaciones quedan vinculada estrechamente a la libertad de la persona –en este sentido, ver CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 269 y DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 779-. En el supuesto de que no se trate de derechos personalísimos se recurrirá al artículo 1098 Cc que determina que, “si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa”. En este mismo sentido se muestran los artículos 705 y 711 de la LEC. Sin embargo, para los derechos personalísimos, se permitirá imponer multas de fuerte cuantía para disuadir del incumplimiento. No obstante, se realizará esta imposición de la multa a partir de un procedimiento sumario en el que las partes pueden llegar a un acuerdo previo (para ello, la LEC distingue la condena a imponer, dependiendo de que se trate o no de derechos personalísimos). No existiría problema, en la actualidad, en admitir que la declaración de voluntad de un deudor sea sustituido por la de la autoridad judicial, siempre que así se puede satisfacer el interés del acreedor. No obstante, este hecho no podrá tener lugar cuando la prestación incumplida y debida sea “la realización de actos materiales por parte del deudor”.

(iii) Para las obligaciones de *no hacer*, el artículo 710 LEC viene a resolver las dudas que hasta el año 2000 planteaba el artículo 1099 Cc. A partir de dicho artículo, entonces se considera que si el condenado a no hacer alguna cosa ha quebrantado dicha obligación, será instado a que deshaga lo mal hecho, si fuera posible, además de indemnizar por los daños y perjuicios causados. “Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo”.

<sup>91</sup> Indica CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad...* cit., pp. 41-43 que esta obligación de reparar queda recogida en el artículo 1101 Cc y de manera más explícita en el artículo 1150 Cc. Como indica este autor, esta obligación de reparar se trata de un fenómeno autónomo y no definido prácticamente por el legislador. Además, y como se verá con posterioridad, no sólo deberá estarse ante un incumplimiento, sino que del mismo, necesariamente deberá derivarse un daño.

Ante la imposibilidad de la ejecución forzosa específica, el deudor deberá responder de su incumplimiento a través de la ejecución forzosa genérica o por equivalente. Esta ejecución intentará, en principio, a partir de la patrimonialidad de las obligaciones, valorar la prestación incumplida y así reparar el daño causado al acreedor al quedar insatisfecha su pretensión. A partir de la prestación por equivalencia “se procura la obligada restauración del desequilibrio producido en el patrimonio del acreedor por el incumplimiento”<sup>92</sup>. En todo caso, se trata de “prestar al acreedor el equilibrio de aquella utilidad que le hubiera reportado el cumplimiento de la obligación en forma específica”<sup>93</sup>. En nuestro Derecho, es denominado resarcimiento de daños y perjuicios.

En este momento “muta la obligación inicialmente existente por otra distinta que tiene por finalidad reparar al acreedor el daño que se le infiere de resultas del incumplimiento”<sup>94</sup>. Es decir, queda sustituido el interés inicial del acreedor por otro diferente (no se tratará de una obligación nueva, sino de la modificación de la ya existente por otra cuya finalidad resida en la reparación del daño causado<sup>95</sup>).

---

<sup>92</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 276.

Como acertadamente considera CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 1911 Cc”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo IX cit., p. 13057 toda prestación por ilíquida que sea puede ser convertida en prestación pecuniaria líquida.

<sup>93</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 276.

<sup>94</sup> CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad...* cit., p. 33.

<sup>95</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 276.

Como indica LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...* II-1º cit., p. 162 el incumplimiento no modifica el contenido de la obligación, que sigue siendo la prestación debida, a pesar de que según el artículo 1150 Cc parecería ignorar, con error, dicho extremo.

Esta obligación de reparar, según CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad...* cit., p. 45 contendrá unos presupuestos tales como (i) la necesaria preexistencia de una obligación concreta (ii) el incumplimiento imputable a dicha obligación (iii) la existencia del daño al acreedor (iv) la necesaria relación causal entre el incumplimiento y el daño producido. Por todo ello, si no existe la concurrencia de estos presupuestos no podrá existir obligación de reparar. En términos similares se muestra LASARTE, C.: *Principios...* II cit., p. 150-156 y ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...* II cit., pp. 203-204 que advierte de la necesaria existencia de determinados presupuestos para verificar la existencia del daño en el incumplimiento. Estos serían los siguientes: “1º) que (salvo el caso del artículo 1124 Cc) no sea obtenible la ejecución exacta de la prestación *in natura*, 2º) Que exista efectivamente un perjuicio, 3º) Que este proceda de dicha inexecución, 4º) Que de ella sea responsable el deudor. De estos requisitos, el primero se constata a la vista del caso; el último se presupone, en principio; el segundo y el tercero hay que probarlos”.

Sin embargo, es evidente que esta modificación de la prestación no otorga un derecho al deudor para que no cumpla su prestación y sustituya la misma posteriormente y de modo unilateral por el equivalente; en este mismo sentido, tampoco se permitiría que el acreedor, en caso de incumplimiento de su prestación, solicitara, de modo directo, la indemnización por los daños y perjuicios sufridos<sup>96</sup>. Este nuevo interés a satisfacer, que no podrá ser elegido al arbitrio de las partes, será determinado por la Ley, teniendo en cuenta, además, que siempre que dicho incumplimiento provoque un daño en el acreedor, este deberá ser reparado.

En este mismo sentido, y teniendo en cuenta que, a pesar de que con carácter general, el daño acompaña al incumplimiento, este, de por sí, no implicará la producción del daño. Por tanto, y teniendo en cuenta que la indemnización se devenga a partir de este y no de aquel deberá quedar probado la efectiva producción del daño causado por el incumplimiento<sup>97</sup>.

La frustración de interés del acreedor cuando se traduce además en un daño, debe ser reparado, sin que ello implique que aparezca una nueva obligación, por lo que la obligación primitiva e incumplida queda transformada aunque se intenta guardar y mantener la mayor cantidad de características originales posibles<sup>98</sup>.

Pudiera concluirse que, una vez determinada la imputabilidad del incumplimiento del deudor, el acreedor mantiene un derecho a la indemnidad<sup>99</sup>. No obstante, este interés a la indemnidad no estará servido por la deuda original, sino por una deuda distinta: ‘la obligación de reparar’<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 277.

<sup>97</sup> Como indica CASTÁN TOBEÑAS: J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., p. 279, en nuestro Código civil se trata el daño, bien en un sentido amplio –como toda lesión del derecho de crédito-, o bien en un sentido estricto - como daño positivo-.

<sup>98</sup> En este sentido, CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad...* cit., p. 43.

<sup>99</sup> CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad...* cit., p. 38.

<sup>100</sup> Para ROCA SASTRE, R. M., y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado...* Vol. I cit., p. 230 la obligación de resarcir no la entiende el autor como la “obligación secundaria que la ley hace surgir como consecuencia y para la sanción del incumplimiento de la primitiva obligación”.

Este resarcimiento, en nuestro Código civil, es denominado con la expresión de la *indemnización de daños y perjuicios*, como la consecuencia jurídica de los actos ilícitos en general y que puede proceder de causas muy diversas<sup>101</sup>. Lo que viene a significar - expresado asimismo en términos magistrales- que llegado el momento de cumplir y omitido o mal realizado el cumplimiento, se ha producido un daño en el patrimonio del acreedor que debe ser reparado por el deudor en la medida que pueda imputarse ese daño al mismo deudor.<sup>102</sup>

Desde luego, no cabría desmerecer la redacción del artículo 1911 Cc, achacándole la omisión de la cuantía por la que deberá responder el deudor a causa de su incumplimiento (se indica que con el deudor responderá con todos sus bienes, pero no se expresa hasta qué cuantía), ya que como es obvio dicha fijación no es de su incumbencia. Al contrario, dicha acotación de los daños resarcibles la deja atendida el legislador en el artículo 1106 Cc, cuando asegura que comprenderá “no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”.

La doctrina se muestra unánime en este sentido, al considerar que la indemnización deberá resarcir los daños y pérdidas sufridos a causa del incumplimiento o del cumplimiento inexacto. En todo caso, consistirá en una suma de dinero en la que se valore lo que el acreedor perdió al no recibir la prestación en tiempo y forma (esto es, el daño emergente) al igual que aquello que dejó de ganar y habría ganado de haberse cumplido la prestación (lucro cesante)<sup>103</sup>, teniendo en cuenta que el valor económico de la contraprestación no

---

<sup>101</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* Tomo 3 cit., 276.

A diferencia del Código civil, el Código Penal distingue entre restitución y reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios (así los artículos 101 a 104 CP).

<sup>102</sup> MONTÉS PENADÉS, V.: “La responsabilidad...” cit., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., p. 209.

<sup>103</sup> Advierte LASARTE, C.: *Principios...*II cit., pp. 155-156 que, en principio, el daño emergente se identificará con el valor de la prestación debida, mientras que respecto al lucro cesante, la prueba asume gran importancia, siendo “notoriamente rigurosa” la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la exigencia de la prueba a tal efecto. CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 1185 y 1210 define el lucro cesante como la ganancia neta que el acreedor deja de percibir como consecuencia del incumplimiento del deudor o de la resolución del contrato instada por el acreedor ante el incumplimiento del deudor. Este autor distingue entre el lucro cesante de cumplimiento y el de confianza, entendido este último como una parte del coste de oportunidad del contrato celebrado e incumplido, así como el lucro cesante derivado del daño a la indemnidad.

sería lucro cesante en puridad, sino cumplimiento debido. En este mismo sentido, esta indemnización sólo desempeñará su cometido si cuando se haga efectiva al perjudicado, el poder adquisitivo resulta suficiente para cubrir en el patrimonio de este el poder adquisitivo que tenía cuando se valoró la cifra en que se fijó el daño causado<sup>104</sup>.

Teniendo en cuenta que tal y como determina el artículo 1101 Cc, no se diferencia entre incumplimiento total o parcial, este artículo entendería el resarcimiento como un recurso subsidiario<sup>105</sup>, bien como resarcimiento total de daños y perjuicios ante un incumplimiento, bien como complemento al daño producido por un cumplimiento inexacto. Sin embargo, deberá contar con determinados presupuestos o requisitos tales como (i) el incumplimiento culpable de la obligación (ii) no se puede obtener el cumplimiento específico (iii) existir un daño resarcible (iv) relación causa-efecto entre el incumplimiento de la obligación y el daño sobrevenido.

No obstante lo anterior, uno de los principales problemas que surgen en el incumplimiento de la prestación resultará la determinación del daño resarcible, ya que de facto puede resultar bastante complicado determinar qué pérdidas pueden alegarse y atribuirse al incumplimiento.

## **V. ¿HACÍA UNA NUEVA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL “UNIVERSAL”?**

La realidad mediática y social, así como algunas resoluciones judiciales más o menos recientes<sup>106</sup> en relación al endeudamiento familiar y a la ejecución hipotecaria han traído a

---

<sup>104</sup> ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...II* cit., p. 210 considera que cuando el incumplimiento que ha motivado este produjo o hizo obtener alguna ventaja al dañado, que no se habría conseguido sin aquel, esta debe computarse, para deducir su montante del daño sufrido.

<sup>105</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...Tomo 3* cit., p. 278.

<sup>106</sup> Así por ejemplo, el mediático Auto de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra 111/2010, de 17 de diciembre (*Tol 2397293*).

Es pertinente citar, a estos efectos, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, en virtud de la cual, el legislador, a los efectos de que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer, propone “modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 Cc” en el marco del procedimiento concursal en cuanto se instaura un régimen de exoneración de deudas para aquellos deudores persona natural

un primer plano la pregunta sobre si estamos ante la reformulación o refundación del principio general de responsabilidad patrimonial universal. Es decir, si ante determinadas vicisitudes sufridas por el deudor y acaecidas a partir de una situación económica financiera concreta puede producirse un perjuicio del derecho de crédito en orden a la responsabilidad patrimonial de este o, por el contrario, el deudor debe responder, en cualquier caso, con sus bienes presentes y futuros hasta el límite de la responsabilidad contraída.

Si bien la respuesta a esta pregunta no es de fácil solución, puesto que existen intereses contrapuestos, lo cierto es que con la ley en la mano, la responsabilidad patrimonial universal del deudor es el mecanismo general de protección frente al incumplimiento de las obligaciones, de modo que si se pretende atemperar o atenuar el mismo entendemos que ello debería ser únicamente ante supuestos excepcionales y siempre regulados normativamente, de modo que las reglas de juego fueran claras para las dos partes, esto es, tanto para el deudor como para el acreedor, cuya pretensión es la satisfacción del derecho de crédito.

Una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal<sup>107</sup> es la regulada en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria que prevé la posibilidad de limitar la responsabilidad del deudor al bien hipotecado y siempre que así se haya pactado expresa e inequívocamente en el propio negocio jurídico por voluntad de ambas partes.

No obstante lo anterior y de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico no resultaría defendible que una de las partes de la relación obligatoria, en este caso el deudor, decidiera unilateralmente que con la entrega del bien objeto de garantía hipotecaria el acreedor fuera satisfecho en su pretensión. Esto sería equiparar el crédito con la garantía del mismo, si

---

que sean de buena fe y que hayan liquidado previamente su patrimonio (o se declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa) siempre que se cumplan los requisitos exigidos a tal efecto en el artículo 178 bis LC.

<sup>107</sup> Otras excepciones al principio de responsabilidad patrimonial universal serían (i) procesales, esto es aquellas que excluyen trabar embargo sobre determinados bienes (artículo 605 y 606 LEC), (ii) la herencia a beneficio de inventario (artículo 1023 Cc), así como (iii) el supuesto recogido en el artículo 1807 Cc por el cual de disponerlo así el constituyente, lo inembargable sería el crédito a la renta periódica.

bien la garantía hipotecaria será siempre accesoria al crédito al que acompaña y deberá seguir las vicisitudes de este y no al revés<sup>108</sup>.

Llegados a este punto y teniendo en cuenta que el artículo 140 LH y la excepción en él contenida, en ningún caso puede ser una norma imperativa (de hecho en el tráfico jurídico en muy raras y contadas ocasiones las partes pactan dicha limitación de la responsabilidad<sup>109</sup>), se antoja como una opción ante las circunstancias anteriormente referidas modular en determinados y excepcionales supuestos concretos la responsabilidad patrimonial universal a partir de leyes que prevean dicha modulación excepcional, teniendo en cuenta en todo caso el principio de irretroactividad de las normas en aras a la seguridad jurídica que en cualquier caso debe prevalecer en un Estado de Derecho.

---

<sup>108</sup> A estos efectos resulta de gran interés el fundamento jurídico séptimo de la sentencia del Tribunal Supremo 261/2015, de 13 de enero (*Tol 5003817*) al invocar que el artículo 1911 Cc recoge el principio general de responsabilidad patrimonial universal por deudas, al regular que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presente y futuros”. Conforme al artículo 105 LH, la constitución de una hipoteca sobre un bien inmueble, por los prestatarios, no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el reseñado artículo 1911 Cc. En este sentido, conviene advertir que las partes no convinieron, sobre la base de lo previsto en el artículo 140 LH, una responsabilidad patrimonial limitada al importe de la hipoteca o una dación en pago. En este mismo sentido, el fundamento jurídico noveno alude al artículo 140 LH como una excepción a lo que dispone el artículo 105 LH de la misma Ley.

<sup>109</sup> Esta limitación prevista en el artículo 140 LH podría implicar en la práctica un aumento por parte del acreedor en los precios en los préstamos y créditos hipotecarios como respuesta a la limitación de la responsabilidad pactada ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

## SECCIÓN 3ª. La idea de privilegio y de preferencia

### I. CONSIDERACIONES GENERALES.

La responsabilidad patrimonial universal proclamada en el artículo 1911 Cc implica, como es sabido, que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros. Por ello, y ante el eventual incumplimiento del deudor, cada acreedor ha de poder hacer efectivo su derecho de crédito bien en virtud del cumplimiento voluntario del deudor, bien mediante la ejecución forzosa.

Sin embargo, pudiera suceder que el patrimonio del deudor, esto es, el sustento o soporte de su responsabilidad, resultara insuficiente para satisfacer todos los créditos de sus acreedores<sup>110</sup>. Ante esta insuficiencia patrimonial o insolvencia<sup>111</sup> el ordenamiento jurídico

---

<sup>110</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...II* cit., p. 901 para quien esta insuficiencia patrimonial es una forma de “irresponsabilidad” en cuanto el soporte de la responsabilidad del deudor está constituido por su patrimonio (por la totalidad de los bienes presentes y futuros) llegando a la conclusión de que un deudor cuyo patrimonio no alcanza a cubrir sus deudas se encuentra en una situación deficitaria, que determina, al menos parcialmente, una forma de irresponsabilidad.

<sup>111</sup> El Código civil no define el término ‘insolvencia’, a pesar de las numerosas referencias que realiza del mismo (entre otros, en los artículos 1129, 1700.3º, 1732.3º y 1843.2º). No obstante, el artículo 1913 alude indirectamente a esta situación, a partir de una concepción más contable que jurídica, como la existencia del patrimonio del deudor consistente en un pasivo superior al activo de dicho patrimonio.

Diversamente, la doctrina se ha encargado de aportar un gran número de definiciones respecto del término insolvencia. Para DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...II* cit., p. 901 sería aquella situación en la que el ‘pasivo exigible’ resulta menor que el ‘activo realizable’. En cambio, PULGAR EZQUERRA, J.: “Comentario al artículo 2 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación concursal, (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 103 propone huir de la definición de insolvencia como “desbalance”, esto es, como una situación de activo disponible inferior al pasivo exigible, puesto que incluso en estos supuestos, el deudor pudiera continuar cumpliendo con sus compromisos a partir de la recurrencia al crédito (aunque este criterio para determinadas sociedades pudiera ser cuestionable). Por tanto, lo que sí parece más adecuado en términos jurídicos sería no acudir a criterios estáticos “de confrontación numérica”, sino más bien, a un criterio dinámico tal y como establece la doctrina alemana e italiana.

Asimismo, el propio DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...II* cit., pp. 901-902, opta por subrayar la diferencia entre insolvencia e “insolvabilidad”, pese a que estos vocablos son utilizados indistintamente por los textos legales. Define el primero de ellos como “el puro hecho de no pagar cualesquiera que sean las causas de su comportamiento”, mientras que el segundo equivaldría a “un estado objetivo del patrimonio considerado en su capacidad para cumplir, o mejor, para cubrir las deudas”. No puede, sin embargo, negarse que es la insolvencia la que posee determinadas consecuencias que deberán ser tenidas en consideración. No podemos obviar que la piedra angular reguladora de la insolvencia es la Ley Concursal 22/2003, en la que se requiere, como presupuesto objetivo para presentar y ser declarado el concurso de acreedores, la insolvencia. Una insolvencia entendida como situación en la que “el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” (artículo 2.2 LC). Debe tenerse en cuenta, además, la precisión que hace PULGAR EZQUERRA,

prevé una ejecución ordenada del patrimonio del deudor, intentando de este modo, que cada acreedor mantenga el derecho a cobrar su crédito en la misma proporción que el total del activo del deudor alcance a cubrir su pasivo<sup>112</sup>; se articula un principio fundamental, cual es, el de *par condicio creditorum*, como paradigma de la igualdad y equidad entre todos los acreedores. A partir del mismo, se intenta evitar que sólo los acreedores más avezados, o los más próximos y cercanos al deudor puedan ver satisfechos sus créditos en detrimento del resto de los acreedores<sup>113</sup>.

Este principio o regla de igualdad entre los acreedores, se hace realmente operativa ante la insuficiencia patrimonial del deudor, cuando resulta inevitable iniciar una ejecución o liquidación ordenada del patrimonio del deudor; una realización patrimonial regida, necesariamente, por el principio de proporcionalidad o ley del dividendo, como una

---

J.: “Comentario al artículo 2 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A. y ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios...* Tomo I cit., p. 102 en cuanto afirma que no se introduce acertadamente un concepto estrictamente económico de insolvencia, sino un concepto jurídico amplio “integrado por tres elementos: imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones, regularidad y exigibilidad de las obligaciones incumplidas”, de modo que será el juez, caso por caso y supuesto a supuesto, quien determine si existe insolvencia.

<sup>112</sup> GIL RODRÍGUEZ, J.: “La protección del crédito II”, en PUIG I FERRIOL, J., GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: *Manual de Derecho...* cit., p. 363, y DÍEZ SOTO, C.M.: *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 13.

Para GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*. Madrid, Centro de estudios registrales, 1999, pp. 116-117, la regla del reparto proporcional funciona como un mecanismo de reducción de pérdidas de los acreedores, pues evidente -apostilla LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Curso de derecho civil patrimonial*, 20<sup>a</sup> ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 452 -que si el patrimonio es insuficiente para hacer frente a sus obligaciones, es justo que la situación de insolvencia sea compartida por todos los acreedores a prorrata de sus respectivos créditos.

<sup>113</sup> A este respecto, resulta pertinente la reflexión de GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado de la preferencia crediticia*, Civitas, Madrid, 2000, p. 722 y ss. en la que la referida igualdad sería “una exigencia de carácter ético antes que jurídico”, añadiendo que el principio de *par condicio* implica organizar de una manera equilibrada los distintos sujetos que participan en una comunidad.

Para LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...* II-1<sup>o</sup> cit., p. 275, a partir del principio de igualdad de todos los acreedores, el deudor responde frente a cada uno de ellos con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1911 Cc), teniendo cada uno, en principio, el mismo derecho a cobrar su crédito que los restantes, sin que, por regla general, entren en conflicto, puesto que en la práctica cada acreedor ejerce su derecho a cobrar a partir del pago voluntario por parte del deudor, o en caso contrario, instando judicialmente dicho pago a partir del posterior embargo de sus bienes para el cobro o satisfacción de su crédito. En sentido coincidente, observa MONTÉS PENADÉS, V.: “La concurrencia...” cit., en VALPUESTA, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., p. 279 que los titulares de un derecho de crédito son, en principio, “igualmente partícipes del soporte básico de garantía (impropia) de su derecho, que es el patrimonio del deudor, al que pueden agredir en caso de incumplimiento”.

consecuencia o manifestación del principio de *par condicio creditorum*<sup>114</sup>. De este modo, los acreedores del deudor puedan ver satisfechos sus créditos, no ya en su totalidad, sino en la proporción o parte que el reparto del patrimonio deudor haya posibilitado, teniendo derecho, cada uno de los acreedores, a cobrar su crédito en la misma proporción que el total del activo del deudor alcance para cubrir su pasivo<sup>115</sup>.

A pesar de que el principio de *par condicio creditorum* pudiera parecer, en un primer momento, de vocación universal, cede ante acreedores dotados de prioridad o preferencia para cobrar su crédito con respecto a los demás acreedores sobre el patrimonio de un mismo deudor<sup>116</sup>.

Por ello, y a pesar de que efectivamente el principio de *par condicio creditorum* es la regla vigente en nuestro Derecho<sup>117</sup>, no es menos cierto que existen demasiadas excepciones al mismo. En los supuestos de concurso de acreedores, dichas excepciones pueden quedar materializadas incluso a través del derecho de separación y del derecho de ejecución separada, aunque cuando operan dentro del propio concurso, se manifiestan como créditos privilegiados y dotados de la facultad de percibir las sumas debidas mediante la realización de bienes del deudor, con preferencia a los demás, que se denominan créditos ordinarios.

---

<sup>114</sup> En este momento del trabajo se indica que la regla general en los procedimientos de ejecución o liquidación ordenada se realizarían a través del principio de *par condicio creditorum*. Sin embargo, y como podrá estudiarse posteriormente, nuestro ordenamiento jurídico regula importantes y “numerosas” excepciones a este principio, hasta el punto de que se ha llegado a contraponer al de igual condición, otro ‘principio’, el de la preferencia crediticia.

<sup>115</sup> Para MONTÉS PENADÉS, V.: “La concurrencia...” cit., en VALPUESTA, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., p. 280, la ley del dividendo expresa realmente la reducción proporcional que sufre un crédito por razón de la insuficiencia de los bienes disponibles para el pago, eso sí, descontando previamente los recursos inembargables y las cantidades prededucibles. De igual manera se expresa VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios concursales*, Granada, Comares, 2006, p. 47.

<sup>116</sup> Explica el Profesor LASARTE, C.: *Curso de derecho...*cit., p. 452 que el principio de *par condicio creditorum*, como exigencia de la satisfacción conjunta de todos los acreedores, “es simplemente un principio, una regla general, que choca frontalmente con la secular organización del Derecho patrimonial, y, en particular, por cuanto ya sabemos, con la diversificación entre los derechos reales de garantía y los simples derechos de crédito”. Para VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios...*cit., p. 14, el principio de la *par condicio creditorum* aparece en el plano de lo ideal, pero su aplicación llevada a sus últimas consecuencias no resultaría justa.

<sup>117</sup> Sin perjuicio de que -advierte GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...*cit., p. 733- existen dificultades insuperables para configurar la *par condicio* como una norma. Entre algunas consideraciones y ejemplos aportados a este respecto, es innegable que las excepciones a este principio “superan ampliamente en cantidad e importancia a la propia regla”.

Nuestro ordenamiento jurídico articula, en un primer nivel, concretas instituciones jurídicas cuya finalidad es la protección del acreedor frente a determinados comportamientos y actuaciones realizadas por el deudor<sup>118</sup> que pueden hacer peligrar la satisfacción del crédito. Sin embargo, no sólo ha de regular estos mecanismos jurídicos de protección frente al deudor, sino que la tutela conflictual del crédito comprenderá igualmente las distintas instituciones que protegen los derechos de crédito frente al riesgo que implica la existencia de otros créditos.

Por tanto, la protección del crédito frente al resto de acreedores quedaría materializada, principalmente, a partir de dos pilares básicos cuya funcionalidad será la resolución de los posibles conflictos entre los créditos concurrentes. Por ello, y ante la existencia de diferentes acreedores sobre el patrimonio insuficiente del deudor, el Derecho, a partir, bien del principio de la ‘proporcionalidad’, bien del criterio de la ‘preferencia’, solventará y regulará la problemática de la concurrencia de acreedores<sup>119</sup>, buscando un sistema de tutela conflictual del crédito que pretenda la satisfacción adecuada de los diversos acreedores.

---

<sup>118</sup> Como se ha reiterado con anterioridad, con independencia de las garantías concretas que puedan concurrir en cada caso y supuesto concreto, cada derecho de crédito quedaría protegido genéricamente a partir del principio de responsabilidad patrimonial universal establecido por el artículo 1911 Cc. Así, y para proteger el interés del acreedor, el ordenamiento jurídico regula determinados mecanismos jurídicos a partir de los cuales, el acreedor pueda ver satisfecho su derecho; así, por ejemplo, dirigiendo su pretensión frente a un patrimonio diferente al del deudor, al hacer efectivo su derecho de crédito a partir del producto obtenido por la venta de determinado bienes con independencia de su titular, etc. En este sentido, DÍEZ SOTO, C.M.: *Concurrencia...* cit., p. 11 y ss.

<sup>119</sup> Para VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios...* cit., p. 24 los privilegios se debaten entre dos principios, los de preferencia y de proporcionalidad, que si bien no son antitéticos han de complementarse forzosamente entre sí, de modo que no prime en exceso uno en detrimento del otro. Mientras que el principio de preferencia tiende a la jerarquización de los créditos, el de proporcionalidad, soportaría la pérdida derivada de la insuficiencia patrimonial de modo proporcional a la cuantía de sus respectivos créditos. A modo de conclusión, puede traerse a colación el apunte de LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...* II-1º cit., p. 275, que manifiesta que la regla de *par condicio* sólo alcanza efectividad mediante ciertas formalidades; por ello, ejemplifica cómo en la práctica, cada acreedor individualmente podrá ejercitar su derecho al cobro a partir de determinadas fórmulas (instando judicialmente el cobro, a partir del pago voluntario por parte del deudor, etc.). En cualquier caso, esta normativa dejará de aplicarse en dos situaciones: cuando el deudor sea declarado en concurso de acreedores, y cuando la ley conceda preferencia a determinados acreedores -y que estos la hagan valer oportunamente-.

## II. LA PREFERENCIA

Como se ha indicado anteriormente, y a pesar de que la norma general en nuestro ordenamiento jurídico sería el referido principio de *par condicio creditorum* -y el principio de proporcionalidad, como su consecuencia directa-, este quedará seriamente devaluado y en cierto modo, relegado a un segundo plano, a partir del criterio de preferencia, que si bien, debiera tratarse de una excepción, lo cierto es que resultará ser prácticamente la regla general ante la concurrencia de acreedores<sup>120</sup>.

Si bien el principio de proporcionalidad ha sido tratado en párrafos precedentes, la ‘preferencia’ se manifiesta como un concepto jurídico de mayor complejidad y amplitud, que no debería confundirse con otros términos jurídicos que, en nuestro ámbito, la ejemplifican, como el privilegio y las garantías reales.

La ‘preferencia’ designa, en general, cualquier situación en la que una persona, un objeto o un derecho se sitúan en una posición superior a la de otro u otros de la misma naturaleza. Ubicados en el ámbito de la tutela del crédito, la preferencia representa la supremacía de ciertos acreedores sobre los demás, siendo considerada, en sentido estricto, como un derecho que la ley atribuye a un determinado acreedor y en virtud del cual dicho acreedor satisface su crédito con prioridad sobre otros acreedores<sup>121</sup>.

La Dirección General de Registros y del Notariado, por su parte, define la preferencia de un crédito como “una cualidad intrínseca del mismo cuya virtualidad exclusiva es determinar una anteposición en el cobro en las situaciones de concurrencia de acreedores, frente al criterio general de la *par condicio creditorum* (inherente al principio de la responsabilidad patrimonial universal proclamado en el artículo 1911 Cc) que determinaría el reparto proporcional de los bienes del deudor entre los acreedores concurrentes. La preferencia

---

<sup>120</sup> El hecho de que se indique que, en la práctica, el principio de preferencia podría ser la regla general con respecto a la concurrencia de acreedores, se determina según las numerosas excepciones existentes al principio de *par condicio creditorum*, así como la regulación existente de las preferencias del crédito.

<sup>121</sup> GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...* cit., p. 36.

credital es, pues, una modalización del principio de responsabilidad patrimonial universal, y sólo puede operar cuando se está actuando exclusivamente dicha responsabilidad”<sup>122</sup>.

A pesar de que nuestro Derecho, en ocasiones, utiliza los términos de preferencia y prelación, como sinónimos, parte de la doctrina reconoce en el concepto de prelación una idea ausente en el concepto de preferencia, cual es, la idea de ordenación de los diversos créditos existentes contra un mismo sujeto; resultando, por tanto, este término sinónimo del vocablo graduación<sup>123</sup>.

La preferencia se muestra como una cualidad o refuerzo del propio crédito, que se ejerce no ya frente al deudor, sino frente a los acreedores de este<sup>124</sup>. Por tanto, el acreedor protege su derecho de crédito al oponer su derecho de preferencia o derecho preferente a los acreedores del mismo deudor y siendo, en cualquier caso, necesaria una pluralidad de acreedores concurrentes sobre un patrimonio insuficiente del deudor común (siempre que

---

<sup>122</sup> Vid., la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de abril de 1998 (publicada el 5 de mayo de 1998, *Tol 132429*). En este mismo sentido se muestra BLASCO GASCÓ, F. P.: *El pago a los acreedores concursales*, 2ª ed., Navarra, Aranzadi, 2010, p. 225, al considerar la preferencia de un crédito como “una cualidad intrínseca del mismo cuya virtualidad exclusiva es determinar una anteposición en el cobro en las situaciones de concurrencia de acreedores, frente al criterio general de la *par condicio creditorum* (inherente al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 Cc), que determina el reparto proporcional de los bienes del deudor entre los acreedores concurrentes (artículo 1929 Cc)”. En parecidos términos se expresa VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios...* cit., p. 18, cuando indica que “las preferencias modulan, flexibilizan y atemperan el principio de la responsabilidad patrimonial universal y por extensión la regla de la *par condicio creditorum* que es inherente a la responsabilidad genérica”.

<sup>123</sup> En este sentido, GIL RODRÍGUEZ, J.: “La protección...” cit., en PUIG I FERRIOL, J., GETE-ALONSO Y CALERA, Mª C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho...* cit., p. 371. Para GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...* cit., p. 37 resulta necesario matizar el empleo codificado de los términos preferencia y prelación. Este autor apuesta por el uso del término “prelación” en cuanto este tiene el doble valor semántico de preferencia (sentido subjetivo de la prelación) y de graduación, como conjunto de relaciones de preferencia establecidas por el legislador en el ámbito de la concurrencia de créditos (sentido objetivo de la prelación). También MONTÉS PENADÉS, V.: “La concurrencia...” cit., en VALPUESTA, M. R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones...* cit., p. 280 afirma que el concepto de prelación es el que utiliza el Código civil (o la Ley aplicable) para hacer referencia al orden de la concurrencia o colisión de privilegios sobre bienes determinados. Para este autor la preferencia implicaría que el crédito privilegiado no entraría con los demás créditos ordinarios en el reparto a prorrata, mientras que la prelación determinaría dentro de los privilegiados, una mayor preferencia.

<sup>124</sup> Vid. LASARTE, C.: *Principios...* II cit., p. 230, GIL RODRÍGUEZ, J.: “La protección...” cit., PUIG I FERRIOL, J., GETE-ALONSO Y CALERA, Mª C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho...* cit., p. 364, o DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 907. GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...* cit., p. 39 considera la preferencia como una mayor intensificación en su tutela.

dicha insuficiencia patrimonial del deudor impidiera que dichos acreedores resultaran satisfechos a partir del producto de la ejecución patrimonial)<sup>125</sup>.

Al acreedor no le vincula o le resulta indiferente la existencia de una preferencia en el momento del pago, excepto que dicho pago se realice en fraude de acreedores o se trate de un pago simulado, pero entonces no nos encontraríamos ante un privilegio. Otro asunto sería aquel a partir del que el deudor pueda pagar a un acreedor no preferente en un procedimiento ejecutivo, si el acreedor preferente no ha interpuesto la tercería de mejor derecho correspondiente y antes de ser declarado en concurso.

En el supuesto de que el resultado de la ejecución del patrimonio del deudor fuera suficiente para que de él pudieran cobrar sus créditos todos los acreedores del mismo, la preferencia no tendría ninguna utilidad, habida cuenta de que todos los créditos quedarían plenamente satisfechos en cualquier caso. Lo mismo sucedería en el caso de que no existiera suma alguna con la que hacer frente al pago o satisfacción del derecho de crédito; tampoco aquí existiría prelación alguna.

Confluirían en los acreedores titulares de créditos preferentes, por tanto, dos vertientes; por un lado, la propia derivada de la exoneración por la ley o por la voluntad de las partes de someterse al principio de *par condicio creditorum*, mientras que por otro lado, se les concede la facultad de cobrar con preferencia al resto de acreedores sobre el producto obtenido a partir de la realización de los bienes del deudor.

Una vez expuestos brevemente los presupuestos requeridos por la preferencia, sus características podrían resumirse en *accesoriedad, legalidad, tipicidad y numerus clausus*<sup>126</sup>, como síntesis de lo expuesto hasta este momento.

---

<sup>125</sup> Para GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...* cit., pp. 40-41 la preferencia es un derecho personal que “no está determinado en su nacimiento, pero que es determinable en el momento de su ejercicio” y sistematiza dichos presupuestos en tres: “insuficiencia del producto de la ejecución patrimonial”, “pluralidad de acreedores concurrentes” y “existencia de una norma legal que atribuya directamente la preferencia a uno de los acreedores”.

<sup>126</sup> En este sentido, ver con más detalle, GIL RODRÍGUEZ, J.: “La protección...” cit., en PUIG I FERRIOL, J., GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: *Manual de Derecho...* cit., p. 365 o Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...* II cit., p. 906. GARRIDO GARCÍA, J. M.:

### III. LAS DIFERENTES CAUSAS DE PREFERENCIA

Nuestro Código civil fundamenta las causas de preferencia en razones heterogéneas, sin que a *priori* pueda resultar sencillo extraer una justificación común a todas ellas; sin embargo, estas causas pueden agruparse en tres grupos: la ‘preferencia privilegiaria’, la ‘preferencia real’ y la ‘preferencia documental’<sup>127</sup>.

#### III.1 El privilegio

A pesar de que nuestro Código civil<sup>128</sup> omite cualquier definición del término privilegio, la doctrina se refiere a este como la facultad de cobro preferente que algunos acreedores poseen<sup>129</sup>, o de un modo más detallado, como “la preferencia que, por disposición de la ley, gozan ciertos créditos para ser cobrados antes que otros, sobre los bienes del deudor o sobre alguno de ellos en particular”<sup>130</sup>. Nos encontramos, por tanto, ante la facultad de que uno o varios acreedores puedan cobrar con preferencia a los demás acreedores sobre el producto obtenido con la realización de los bienes del deudor o de alguno de ellos.

---

*Tratado...cit.*, p. 43 y ss. si bien mantiene las tres primeras características referidas, sustituye la cuarta por otra, cual es la ‘relatividad’ que esta queda determinada a partir de las diferentes relaciones de preferencia, ya que cada derecho de preferencia define una esfera de sujetos obligados a respetarlo, pero entra en conflicto con otros derechos de preferencia que pueden resultar superiores a él. Por último, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de derecho...cit.*, pp. 191-193 sintetiza dichos principios en tan sólo dos: el de legalidad y el de tipicidad.

<sup>127</sup> Seguimos al Profesor LASARTE, C.: *Principios...II cit.*, pp. 230-231 en esta distinción propuesta en cuanto recoge adecuadamente y de manera sistemática al privilegio como una causa más de preferencia, y evitando de esta manera equívocos que tradicionalmente han tenido lugar en nuestra doctrina en relación con los privilegios y las garantías reales. En la clasificación propuesta, no existiría dicha confusión en cuanto integran causas de preferencia diferentes.

<sup>128</sup> Es obligado reconocer que el Código civil sólo utiliza expresamente el término privilegio de forma marginal y por una sola vez, al referirse en el encabezamiento del artículo 1924.3 a “los créditos que sin privilegio especial consten (...)”.

<sup>129</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La prelación de créditos en el Código civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, p. 16.

<sup>130</sup> ALBALADEJO M.: *Derecho civil...II cit.*, p. 216-217. Dicho con términos de otro ilustre maestro - LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...II-1º cit.*, p. 275-, el privilegio, “en términos vulgares”, implica “el derecho del acreedor a cobrar su crédito pasando por delante de los acreedores ordinarios, e incluso, en su caso, de otros acreedores privilegiados, pero menos”. Destacar que no todos los privilegios son causas de preferencia, así, por ejemplo, los privilegios procesales, que no atribuyen a su titular derechos sobre el producto de la ejecución singular. En este sentido, véase GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...cit.*, p. 83.

El privilegio no representa un concepto jurídico novedoso, sino que se remonta al Derecho Histórico<sup>131</sup> donde se distinguen dos tipos de privilegios: aquellos que refuerzan un crédito por razón de la persona que lo ostenta (*privilegia personae*), o aquellos cuyo fundamento está la causa por la que dicho crédito ha nacido (*privilegia causae*). El primer y significativo avance histórico en este aspecto<sup>132</sup> supone la desaparición de los *privilegia personae*, al no existir razones ni fundamentos para su sustento o defensa: los individuos empiezan a ser iguales ante la ley, siendo la dignidad de las personas la misma, y no pudiendo, por tanto, ser privilegiado un crédito por razón de la persona que lo ostentaba.

Como una causa de preferencia que es, el privilegio refuerza la tutela del crédito, sin modificar la naturaleza propia del derecho de crédito al que adjetiva o modaliza<sup>133</sup>. En este punto, resulta evidente que, en definitiva, el privilegio mantiene una función o una finalidad, en sentido genérico, de garantía del crédito en cuanto las posibilidades de satisfacción del acreedor aumentan gracias a esta causa de preferencia que se manifiesta como cualidad del crédito<sup>134</sup> que puede tener “una vida que le es propia y hasta cierto punto autónoma”, pudiendo, por tanto, ser extinguido, sin que así lo sea el crédito al que acompaña<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La prelación...*cit., p. 16 considera la causa de estos privilegios en el Derecho Romano.

<sup>132</sup> Ya en el Código napoleónico, a pesar de que fueron incorporados los *privilegia causae*, no lo fueron los que traían causa de la persona, esto es, los privilegios personales, aduciendo para ello razones y fundamentos de equidad e igualdad entre los hombres.

<sup>133</sup> GARRIDO GARCÍA, J. M.: “Teoría general de la preferencia”, *Anuario de Derecho civil*, oct-dic 1998, p. 1780.

<sup>134</sup> En este sentido, LASARTE, GIL RODRÍGUEZ, ÁLVAREZ CAPEROCHI, DÍEZ-PICAZO. En contra se muestra GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...*cit., pp. 79-80 para quien el privilegio se manifiesta como “un derecho marcado por una dependencia respecto del derecho de crédito, que es consecuencia del principio de accesoriedad, y en definitiva, de la función protectora que el privilegio ha de desarrollar”. Descarta del mismo modo que el privilegio pueda ser considerado como una facultad puesto que formaría parte del contenido del derecho de crédito, siendo en todo caso, “una facultad añadida por el legislador, en determinados casos, al contenido normal de un derecho”. *Vid.*, DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*II cit., p. 906 para quien los privilegios son una simple facultad del acreedor para reclamar el cobro preferente frente a otros acreedores: visión esta muy alejada de la concepción de GARRIDO en cuanto considera los privilegios como “derechos”.

<sup>135</sup> Destaca la posición de VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios...*cit., pp. 19-20, y de DÍEZ SOTO, C. M.: *Concurrencia...*cit., p. 31 quien manifiesta que la accesoriedad propia de los privilegios no impide que estos puedan “gozar de una cierta autonomía en determinados aspectos, especialmente en lo que se refiere a su posible extinción, sin que ello afecte a la subsistencia del crédito”. En el mismo sentido, GIL RODRÍGUEZ, J.: “La protección...” cit., PUIG I FERRIOL, J., GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho...*cit., p. 365.

En el supuesto de pérdida o deterioro del bien afecto a un crédito privilegiado, el privilegio no quedará extinguido por dicha pérdida, sino que este recaerá sobre las indemnizaciones que, por razón de los bienes afectos, pudieran corresponder al propietario.<sup>136</sup>

Se recalca, de este modo, la eficacia *lateral* del privilegio; es decir, este no afecta ni afectará al deudor, sino a los acreedores que concurren en su patrimonio<sup>137</sup>. Sin embargo, y en cuanto a su manifestación objetiva, el objeto del privilegio recae sobre el importe neto de la liquidación propia del precio obtenido por la realización del bien o bienes afectos al crédito privilegiado, pero no recae exactamente sobre el precio, sino sobre la liquidación<sup>138</sup>.

El privilegio como mecanismo de preferencia en el cobro del crédito se manifiesta tanto objetivamente -en las situaciones de concurrencia crediticia (normalmente a través de tercerías) y, por antonomasia, en situaciones concursales- así como subjetivamente, frente a otros acreedores, no frente al deudor<sup>139</sup>, advirtiendo, además, que debido a su origen legal, (como además ya se adelantó en la preferencia), los privilegios -al operar en perjuicio de otros acreedores- deben ser interpretados restrictivamente, no pudiendo emplearse a este respecto la analogía<sup>140</sup>.

---

No obstante, en este punto, podría indicarse la situación que surge ante la pérdida o deterioro del bien afecto a un crédito con privilegio. A este respecto, parecería según la doctrina mayoritaria (así, GARRIDO, VEIGA COPO, entre otros) que el privilegio no quedaría extinguido ante dicha situación, sino que recaerá sobre la o las indemnizaciones del bien o bienes afectos (siguiendo el dictado de los artículos 109 y 110.2 Ley Hipotecaria).

<sup>136</sup> BLASCO GASCÓ, F. P.: *El pago...cit.*, p. 229 y ss. La naturaleza de esta afirmación mantiene su base legal en los artículos 109 y 110.2 LH, así como del artículo 40 LCS.

<sup>137</sup> Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 539/1985, de 25 de septiembre de 1985 (*Tol 1736812*) que expresa que “la preferencia se ejercita respecto a los acreedores del deudor, no respecto a este, a quien, en definitiva, sólo de forma muy relativa le afecta el orden o preferencia en los pagos con el producto de sus bienes”.

<sup>138</sup> Así, BLASCO GASCÓ, F. P.: *El pago...cit.*, p. 228. En este sentido, en los supuestos concursales, serían descontados los créditos prededucibles o los créditos contra la masa.

<sup>139</sup> BLASCO GASCÓ, F. P.: *El pago...cit.*, p. 228.

<sup>140</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...II cit.*, p. 906 manifiesta que los privilegios no sólo serán objeto de una interpretación restrictiva, no siendo posible, por tanto, la utilización de la analogía, sino que tampoco podrán extenderse “de los términos en que la ley los admite”. Difiere, en parte, DÍEZ SOTO, C. M.: *Concurrencia...cit.*, p. 40, al considerar que en ocasiones la doctrina y la jurisprudencia han admitido la posibilidad de realizar una interpretación extensiva cuando ello venga exigido por la necesidad de atribuirles el sentido y alcance queridos por el legislador”. Por su parte, GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...cit.*, p.

Podríamos considerar que la evolución sufrida por los privilegios, durante el siglo XX, ha conllevado un enorme crecimiento de estos, en número y en supuestos jurídicos sujetos a los mismos, y ello motivado por diferentes causas de políticas legislativas<sup>141</sup>. Incluso se podría manifestar que este aumento de los privilegios en nuestro ordenamiento jurídico se ha producido no de un modo sistemático, sino irracional y desordenado, sin coherencia alguna, e incluso invalidando y anulando, casi en la práctica, el principio de *par condicio creditorum*<sup>142</sup>.

Esta falta de sistemática era aún mayor si recordamos la existencia de dos planos jurídicos afectos a la preferencia y por ende a los privilegios, esto es, el concursal y el extraconcursal.

La Ley Concursal 22/2003 viene a introducir cierto orden y coherencia en la clasificación de los privilegios crediticios (que no en su número, como se verá posteriormente), no reconociendo más excepciones al principio de *par condicio creditorum*, en materia concursal, que las explícitamente dispuestas en la referida norma<sup>143</sup>.

---

742, detalla que la prohibición de la analogía en los privilegios deriva de su naturaleza legal, y no del principio de *par condicio creditorum*.

<sup>141</sup> Como acertadamente advierte LASARTE, C.: *Principios...* II cit., p. 233 para las preferencias, estamos ante una opción de política legislativa que depende del equilibrio de los intereses en juego.

<sup>142</sup> Denuncia DÍEZ SOTO, C. M.: *Concurrencia...* cit., p. 15 el abuso de esta figura para la protección de los más variados intereses económicos, sociales o políticos, sin haber adoptado las mínimas precauciones exigibles que pudieran dotar al sistema de coherencia interna. En el mismo sentido, este autor (p. 25) expone la denuncia realizada por la doctrina con respecto al exceso de privilegios existentes tanto en el ámbito concursal, como en el extraconcursal, de modo que la vigencia de sistemas de preferencia diferentes en uno u otro ámbito puede condicionar de forma decisiva el comportamiento estratégico de los distintos acreedores. Para GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...* cit., p. 378 a partir de la elaboración de los Códigos de Comercio y Civil, “los privilegios han conocido una expansión y proliferación en extremo agudos”. Esta proliferación ha propiciado, además, una falta de sistemática reguladora, de modo que a los Códigos ya referidos (cuya complejidad regulatoria es, notoria, al establecer graduaciones separadas según las causas de preferencia recaigan sobre bienes muebles o inmuebles) debe añadirse, en la regulación de los privilegios, abundantes leyes especiales, además de “subsistemas de privilegios como los marítimos o aeronáuticos”.

<sup>143</sup> La Ley Concursal, eliminando la distinción tradicional entre causas de preferencia de origen legal o de origen en la autonomía de la voluntad, utiliza el término “privilegio” como sinónimo de preferencia, intentando, además, buscar un punto de equilibrio entre el principio de preferencia y de proporcionalidad (en este sentido, véase GARRIDO GARCÍA, J. M.: “Clases de créditos”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., ALAMEDA CASTILLO, M. T., ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A. J. (Coords.): *Comentario de la Ley Concursal*, Vol I, Ed. Civitas, 2006, Madrid, pp. 1596 y ss.

Si bien, esta normativa concursal, finalmente no realiza en puridad la ‘poda de privilegios tan pretendida’<sup>144</sup>, sí posee un gran valor jurídico al regular y sistematizar todos los privilegios en materia y normativa concursal. Por tanto, y a pesar de que no resulta sistematizada toda la materia de prelación crediticia, sí se pone orden con respecto a la materia más trascendente a estos efectos, esto es, el derecho concursal, en el que, al existir un patrimonio del deudor insuficiente, los privilegios adquieren y despliegan todos sus efectos jurídicos. De ahí la plausibilidad de la labor sistemática introducida por la legislación concursal, aunque sólo sea con respecto a su ámbito jurídico.

A modo de sistematización, podríamos considerar que los privilegios del derecho patrimonial se encuentran situados en dos bloques: por un lado, el concursal y por el otro, el extraconcursal. No obstante, y a pesar de la existencia de estos dos planos jurídicos, el legislador en un intento de buena voluntad para favorecer la coherencia en materia de preferencia introdujo en la disposición final trigésimo tercera la necesidad de que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de dicha Ley Concursal el Gobierno remitiera

---

Asimismo, la disposición final trigésimo tercera manifiesta que “En el plazo de 6 meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares”.

<sup>144</sup> Siguiendo, por ejemplo, a PANTALEÓN PRIETO, F.: “De la clasificación de los créditos”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (Coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, 2004, Madrid, pp. 521-527, puede afirmarse que, a pesar de la reducción de privilegios y preferencias que determina la Ley Concursal 22/2003 en el apartado V de su Exposición de Motivos, con el fin de poder tratar a los acreedores con una mayor igualdad, lo cierto es que a pesar de que determinados privilegios hayan, por tanto, sido suprimidos en esta norma legal, lo cierto es que, ha aumentado el “volumen del crédito privilegiado”; así, los supuestos contenidos en los artículos 90.1.4º (créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes inmuebles con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago), y 91.3º (créditos por trabajo personal no dependiente), 5º (crédito por responsabilidad extracontractual), 6º (créditos del acreedor solicitante de la declaración de concurso hasta la cuarta parte de su importe) de la Ley Concursal). En opinión de PANTALEÓN PRIETO, deberían haber sido reconocidos “sólo las propias de las garantías reales de fuente contractual y las legales establecidas para los casos de administración de bienes ajenos; junto a unos razonables privilegios para los créditos laborales y para los créditos por responsabilidad civil extracontractual por daños a las personas no cubiertos por un seguro de responsabilidad civil”. También para VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios...cit.*, p. 98, esta reducción de privilegios es “más teórica que real”.

a las Cortes un Proyecto de Ley que regulara la concurrencia y prelación de los créditos para las ejecuciones singulares<sup>145</sup>.

### III.2 Las garantías reales

Tradicionalmente, ha existido cierta confusión entre la causa de preferencia privilegiaria y la real, llegando incluso a configurar la naturaleza jurídica del privilegio como la propia de un derecho real.

La teoría clásica de las causas de preferencia determinaba dos tipos de preferencia atendiendo a su origen -legal o convencional-, lo que pudo causar la confusión entre la adecuada distinción entre el privilegio y la garantía real. En la actualidad, esta clasificación tradicional resulta obsoleta en cuanto ha demostrado resultar ineficiente, ya que determinados supuestos -como las garantías reales de origen legal- no quedarían contemplados en ninguna categoría o clasificación. Si bien ambas instituciones mantienen similitudes propias -al tratarse en ambos casos de causas de preferencia-, lo cierto es que además de contar con un origen distinto, la garantía real contiene un derecho real y afecta a un bien determinado<sup>146</sup>. La preferencia, en estos casos, no se atribuye al derecho de crédito, sino al derecho real de garantía que lo asegura<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> LASARTE, C. (Coord.), LÓPEZ PELÁEZ, P., YAÑEZ VIVERO, F.: *La reforma de la prelación de créditos*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2007. p. 22, resumen los principios inspiradores del Proyecto de Ley 121/000098 sobre Concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, en dos: 1) “se pretende la armonización de esta materia dentro y fuera del concurso, y en consecuencia, la correspondiente adaptación a la regulación establecida previamente, tras largos años de preparación y debate, por la Ley Concursal y 2) seguir el camino iniciado por el legislador concursal reduciendo, podando o mitigando, los múltiples privilegios y preferencias”. Del mismo modo, los citados civilistas sistematizan los principios generales que inspiran esta reforma (p. 30) en: 1) mantener en principio la plena vigencia de la conocida regla *par condicio creditorum* 2) permitir la ruptura de dicha regla para los casos en que se considera necesario por razones de política legislativa, manteniendo la figura de los créditos preferentes -esto es, tratar de sistematizar las preferencias y reducir el número de ellas, que incluso habría desvirtuado el principio de la *par condicio creditorum*.

<sup>146</sup> Puede profundizarse en esta distinción en GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...cit.*, pp. 93-97 quien manifiesta que la deficiencia de la teoría clásica radica en atender exclusivamente al origen de la preferencia, sin prestar atención a las diferencias estructurales de dichas causas de preferencia; por ello, y para examinar desde una óptica adecuada las causas de preferencia existentes, deberá atenderse no sólo a un criterio de origen, sino también a uno estructural. De igual manera, en opinión de GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...cit.*, p. 61 en la garantía real confluirían un derecho real y un derecho de preferencia cuya conservación se asegura gracias al derecho real, siendo este último el medio del que se sirve la ley para proteger el derecho de preferencia. Por tanto, el acreedor titular de un derecho real no ve satisfecho su crédito

En este sentido, es obligado hacer notar la evolución sufrida por las garantías reales en los últimos años motivado principalmente por su contenido o finalidad económica, ya que su existencia ha contribuido al desarrollo del crédito, pudiendo las partes integrantes en dicha relación jurídica ver su crédito reforzado.

#### **IV. BREVE REFERENCIA A LA CLASIFICACIÓN DE LOS PRIVILEGIOS**

Parece oportuno, aunque sea de un modo sumarisimo, realizar una breve referencia a determinados conceptos y clasificaciones, que han podido ser mencionados en líneas anteriores. Este es el caso de la clasificación realizada por nuestro Código civil creando la subcategoría de los ‘privilegios especiales y generales’<sup>148</sup>. También procede advertir que esta clasificación se mantiene con independencia del plano, esto es, el concursal y el extraconcursal, en el que los privilegios sean ejercidos.

La doctrina considera que los ‘privilegios generales’ serían aquellos que otorgan al acreedor un derecho de preferencia referido al producto de la ejecución del conjunto de los bienes que forman el patrimonio del deudor, mientras que los especiales determinan uno o

---

con preferencia al resto de acreedores por la mera existencia del derecho real, sino por la existencia previa de un derecho de preferencia que se verá protegido, en su eficacia, por el derecho real de referencia, en cuanto “las garantías reales constituyen causas de preferencia estructuradas de un modo complejo”; son igualmente causas de preferencia, pero el principio de legalidad se encuentra atemperado, pues intervienen en su constitución dos partes o se trataría de un acto unilateral.

<sup>147</sup> LASARTE, C.: *Principios...* II cit., p. 220. Para DÍEZ-PICAZO, L: *Fundamentos...* II cit., p. 907 es preciso distinguir entre los privilegios que van unidos a un derecho especial de garantía respecto de aquellos que se conceden a un acreedor que carece de una garantía especial. En el primer caso existiría un derecho real, pero este no es consecuencia específica del privilegio. En el segundo caso, no existe derecho real ni reipersecutoriedad en cuanto al privilegio es una facultad que se concede al acreedor para reclamar el cobro preferente frente a otros acreedores.

<sup>148</sup> Esta clasificación puede resultar contradictoria respecto a la consideración que de los privilegios se ha realizado como una de las tres causas de preferencia. Sin embargo, hemos de indicar al respecto que personalmente compartimos el planteamiento y razonamiento aportado por LASARTE, C.: *Principios...* II cit., pp. 220-222 al defender la denominación de ‘créditos preferentes especiales y generales’, en lugar de privilegiados especiales y generales, siendo esta última distinción la comúnmente utilizada por la generalidad de la doctrina. No obstante lo anterior, y como reconoce el mismo Profesor LASARTE, la calificación propuesta de créditos preferentes resulta debilitada a partir de la clasificación crediticia que realiza la Ley Concursal 22/2003. Teniendo en cuenta que el objeto principal de este trabajo son los créditos subordinados en cuanto clasificación propuesta por dicha Ley Concursal, hemos optado en la exposición, a fin de aunar categorías crediticias (aún nominalmente), por la distinción entre créditos privilegiados especiales y generales.

varios bienes muebles o inmuebles del patrimonio del deudor como objeto del privilegio, recayendo, por tanto sobre bienes determinados y concretos.

Por su parte, el privilegio especial tiene un plus motivado por la extensión del objeto, debiendo evitar que el bien, al que queda afecto la preferencia especial, pueda resultar dañado o incluso enajenado. La mayoría de los privilegios especiales son muy similares en estructura y morfología a las garantías reales y como estas reúnen los caracteres de especialidad e indivisibilidad, resultando, quizá, el punto más polémico de su caracterización la reipersecutoriedad de los privilegios especiales sobre los muebles<sup>149</sup>. Sin embargo, y como sostiene la mayoría de la doctrina, los privilegios especiales no contienen un derecho real (ya que no poseen poder de reipersecutoriedad).<sup>150</sup>

Íntimamente relacionado con la insolvencia del deudor y la concurrencia de acreedores en su patrimonio, surge la ‘graduación’<sup>151</sup>, como medio para solventar aquellas situaciones en las que existen pluralidad de causas de preferencia, ya sean generales o especiales sobre los mismos bienes y estos deben de ser ordenados de un modo jerárquico. El Código civil regula esta graduación en los artículos 1926 a 1929 Cc.

No obstante, esta graduación puede realizarse a partir de la colisión entre privilegios generales y especiales o dentro de cada uno de los referidos grupos. En el primer supuesto, nuestro Código civil otorga mayor jerarquía a estos últimos con respecto a los generales, a pesar, sin embargo, de que podrían existir excepciones a este principio<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> En este sentido, GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...cit.*, pp. 106-109 considera que la reipersecutoriedad queda limitada en el caso de los bienes muebles para así favorecer el tráfico de este tipo de bienes, sin que ello implique su inexistencia. En este sentido, defiende que históricamente los privilegios especiales eran garantías reales de origen legal que fueron modificados por la no reipersecutoriedad de los bienes muebles.

<sup>150</sup> Para DÍEZ SOTO, C. M.: *Concurrencia...cit.*, p. 50, una de las características “más llamativas de los privilegios especiales” es que aparecen “habitualmente vinculados a la atribución de otros mecanismos que, sin confundirse con el concepto mismo de privilegio, pero conectándose funcionalmente con él de diferentes maneras”.

<sup>151</sup> En términos de GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado...cit.*, p. 534 la graduación se refiere al orden de las causas de preferencia. No obstante, este autor indica que en las leyes españolas también este orden se puede denominar *prelación*, aunque este término, en determinadas ocasiones, sea identificado con el de preferencia.

<sup>152</sup> De este modo lo expresa DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...II cit.*, p. 932 con respecto a los créditos laborales. No obstante, este autor cita la doctrina clásica francesa que resulta contraria al criterio establecido

El principal problema, quizá, de la prelación crediticia o del conflicto se manifieste entre los diversos privilegios existentes dentro de cada grupo, esto es, entre el grupo de privilegios especiales mobiliarios, inmobiliarios o de los privilegios generales, debiendo acudir al Código civil para solventar este conflicto crediticio, siquiera en el ejercicio extraconcursal<sup>153</sup>. Motivado por su propia naturaleza, las causas de preferencia especial no generan conflictos sistemáticos, excepto cuando se refieran al mismo objeto. Sin embargo, en el supuesto de los privilegios generales, que gravan el mismo patrimonio, resulta indispensable contar con unos criterios de graduación claros y precisos.

De este modo, dentro del plano extraconcursal, los privilegios que desborden esta clasificación serán en todo caso ‘créditos ordinarios’. En la legislación concursal, y como una de las novedades introducidas por la Ley Concursal 22/2003, se encuentra la de que, a pesar de contar igualmente con privilegios especiales y generales, no todo el crédito que no quede contemplado y recogido en la referida clasificación podrá denominarse ordinario, sino que a su vez, podrá ser también un ‘crédito subordinado’, o incluso, no tratarse de un crédito concursal, sino de un ‘crédito contra la masa’.

---

en nuestro Código civil, puesto que establecen jerárquicamente superiores a los privilegios generales con respecto a los especiales, al considerar que los primeros “reposan en servicios o rendidos al hombre mientras los segundos están fundados en la propiedad, en la posesión o en las especiales garantías de que el crédito goza”.

No obstante, esta prevalencia de los privilegios especiales sobre los generales se regula en los artículos 1926<sup>a</sup> 1929 Cc, así como en el artículo 1924 Cc y 156 LC.

<sup>153</sup> El Código civil regula la prelación de los créditos con privilegios mobiliarios en su artículo 1926, mientras que el artículo 1927 realiza lo propio con respecto a los inmobiliarios, y el 1929 será de aplicación para los privilegios generales.

## CAPÍTULO II. LA SUBORDINACIÓN CONVENCIONAL

### I. INTRODUCCIÓN

El crédito nace con vocación de satisfacer al acreedor. Sin embargo, pueden ser múltiples las vicisitudes que acompañen la vida de este y que puedan dificultar e incluso imposibilitar la satisfacción del mismo. Entre estas vicisitudes se encuentra la imposibilidad patrimonial por parte del deudor de hacer frente a las diferentes deudas contraídas con distintos acreedores.

En estas situaciones de insolvencia o insuficiencia patrimonial del deudor, el principio que debe presidir el reparto de ese patrimonio insuficiente entre los acreedores debe ser el de trato igualitario o *par condicio creditorum*, de manera que todos los acreedores puedan ver satisfechos sus créditos de modo paritario, y evitando que sólo los acreedores más avezados vean satisfechos sus créditos en detrimento del resto de acreedores.

Si bien esto es así, no podemos obviar que el legislador tradicionalmente ha considerado que de acuerdo a principios de equidad, de justicia material u otro tipo de intereses que en cada momento se consideren dignos de una mayor protección, el principio de *par condicio creditorum* pueda quebrar en beneficio de determinados acreedores que obtendrán, de ese modo, un mayor reparto del patrimonio del deudor. Como se ha visto anteriormente, la técnica que frecuentemente ha sido utilizada para conseguir estos fines es la preferencia, colocándose los créditos que gozan de la misma en un primer escalafón en aras a satisfacer sus créditos prioritariamente al del resto de acreedores. Una vez satisfechos estos acreedores preferentes, se distribuirá el remanente (si existiera) de manera igualitaria entre el resto de la masa de acreedores.

Frente a esta preferencia en el cobro, existen determinados créditos que bien por expreso deseo de las partes contratantes (*subordinación convencional*), bien por decisión legal (*subordinación legal*), resultan postergados y subordinados al resto de créditos, siendo

satisfechos en último lugar, tras los créditos que gozan de preferencia y los que no la tienen u ordinarios.

Las partes de una relación obligatoria pueden, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, decidir subordinar su crédito por diferentes motivos, ya sea a partir de la introducción de una cláusula expresa de subordinación en el negocio jurídico concertado, o a partir de la contratación de un negocio jurídico que implique la subordinación del mismo.

El crédito subordinado, en un escenario de solvencia de su deudor, deberá ser satisfecho como crédito que es, a su vencimiento, al igual que el resto de créditos, pero con la singularidad de que dicha satisfacción se producirá una vez hayan cobrado el resto de acreedores del deudor. Pactada la subordinación convencional de un crédito y llegado el vencimiento del mismo siendo el deudor solvente, la subordinación no conllevaría mayor problema y el crédito sería satisfecho como cualquier crédito.

Sin embargo, en un escenario de insuficiencia patrimonial del deudor, concursal, los créditos subordinados, puesto que no gozan de afección alguna que garantice su cobro, serán satisfechos en último lugar, después de los créditos de los acreedores privilegiados y ordinarios, y siempre que exista remanente con el que atender a los mismos.

A partir del análisis de la subordinación convencional o voluntaria que analizaremos a continuación, nos detendremos con más detalle en la subordinación *ope legis* de la Ley Concursal, por ser esta la que nos permita estudiar la diferente clasificación de créditos subordinados y su graduación en las situaciones en que el deudor sea insolvente. Es en el ámbito concursal donde la clasificación y graduación crediticia cobra mayor importancia, pues se debe proceder al pago de deudas de varios acreedores a partir del insuficiente patrimonio del deudor.

## II. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA Y MODALIDADES

Este tipo de subordinación comprende aquella pactada por las partes contratantes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 Cc<sup>154</sup>. En aplicación del artículo 6.2 Cc, las partes acuerdan fijar un determinado orden de prelación para la satisfacción de su crédito, de modo que este vería su posición degradada respecto a los créditos de otros acreedores. Esta subordinación contractual o convencional es aceptada por nuestro ordenamiento jurídico siempre que no sea contraria al interés u orden público ni perjudique a terceros.

Estos acuerdos actuarían como una alteración de la regla de *par condicio creditorum*, pero debiendo tener en cuenta que en cualquier caso el hecho de pactar una posposición en el cobro de dicho crédito no implicaría en circunstancias normales que los mismos no fueran satisfechos; más bien, implicaría que los mismos serían satisfechos una vez cobrados el resto de acreedores cuyos créditos son preferentes.

Como se podrá observar a continuación, diferentes son las motivaciones por las que las partes contratantes pactan la subordinación de su crédito, pero entendemos que estas atienden exclusivamente a criterios económicos y financieros (cobrar una mayor rentabilidad, favorecer la refinanciación de una empresa y como tal el recobro de las cantidades invertidas en la misma, etc.)<sup>155</sup>.

Como cualquier acuerdo, el pacto de subordinación en nuestro ordenamiento jurídico puede revestir distintas modalidades atendiendo a diferentes parámetros, así, por ejemplo, las siguientes:

---

<sup>154</sup> La Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de 2004 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil (UNCITRAL) en su artículo 57 define la subordinación contractual como aquella que se produce “cuando dos o más acreedores de un mismo deudor conciertan un acuerdo (denominado en adelante acuerdo de subordinación o acuerdo de distribución) en virtud del cual un acreedor acepta recibir el pago de su crédito frente al deudor después de que se haya pagado al otro acreedor o los demás acreedores”.

<sup>155</sup> En este sentido, véase SERRANO GOLDEBERG, J. L.: *La subordinación voluntaria de créditos*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 63 y FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos subordinados*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 224-228.

a) Dependiendo del momento en que la subordinación se pacta, estaríamos ante la subordinación “originaria” que surgen en el momento de nacimiento de la obligación o “sobrevenida” que se pacta una vez ha nacido la obligación y esta se encuentra pendiente de pago.

b) Subordinación “completa” o “incompleta”, entendiéndose por completa aquella que continuará en vigor hasta que no resulten satisfechos todos los créditos que gocen de prioridad al mismo, siendo la incompleta la que concurre ante un supuesto concreto desencadenante, normalmente será el que a partir de la situación concursal del deudor implique la efectividad de dicha subordinación pactada.

c) Las partes podrán pactar que la subordinación acordada afecte sólo al principal del crédito afecto, a sus intereses o a ambos, según sea determinado en cada supuesto concreto.

d) Según su ámbito de extensión se podría distinguir entre la subordinación cuyos beneficiarios serían todos los acreedores del deudor presentes y futuros, entendida esta como una subordinación “general” en contraposición con aquella que implica la posposición sólo respecto a determinados y concretos créditos (“relativa” o “limitada”)<sup>156</sup>.

### **III. ANTECEDENTES DE SUBORDINACIÓN EN EL DERECHO VIGENTE ESPAÑOL**

Como se ha indicado con anterioridad, a pesar de que la subordinación crediticia se generaliza a partir de la entrada en vigor de la Ley Concursal, existen antecedentes –aunque escasos– de esta subordinación en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a dicha norma. Son los ‘préstamos participativos’, la ‘financiación subordinada’ y el supuesto de los ‘préstamos otorgados por determinadas personas a las sociedades anónimas deportivas’.

---

<sup>156</sup> *Vid.* en este sentido más ampliamente, la clasificación propuesta por ALEMAN Y EGUIDAZU, J.: “Subordinación contractual y subordinación concursal”, *La Ley*, núm. 6004, de 26 de abril de 2004.

### III.1 Los préstamos participativos

#### A) INTRODUCCIÓN Y MARCO NORMATIVO

Surgen a principios de los años ochenta como medio o mecanismo para incentivar y desarrollar determinados sectores estratégicos acogidos a planes de reconversión y reindustrialización a partir de financiaciones concedidas por Entidades públicas o privadas<sup>157</sup>. Son regulados por primera vez<sup>158</sup> en nuestro ordenamiento jurídico a partir del artículo 11 del Real Decreto ley 8/1983<sup>159</sup>, de 30 noviembre, de reconversión y reindustrialización y contaban, como principales características con (i) el elemento retributivo, (ii) la postergación en su cobro frente a la existencia de otros acreedores del deudor y (iii) su consideración de fondos propios para apreciar la solvencia financiera de la empresa deudora.

Estos préstamos contaban, de ahí su nombre, con la participación por parte del prestamista en los beneficios del prestatario, con independencia de que fuera acordado un interés fijo.

---

<sup>157</sup> Banco de Crédito Industrial y entidades financieras privadas, incentivando la participación de estas últimas mediante el cómputo de dichas aportaciones financieras en el coeficiente de inversión obligatoria de las entidades de depósito en la forma que reglamentariamente se determine (artículo 10.1 del Real decreto ley 8/1983).

<sup>158</sup> Sin embargo, a partir del número cinco de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1981 sobre acceso al crédito interior de las empresas con una participación extranjera superior al veinticinco por ciento de su capital se preveía que “los créditos de carácter participativo otorgados por el inversor extranjero a tipo de interés fijo e inferiores en forma manifiesta a los del mercado y con plazo medio superiores a cinco años tendrán la consideración de recursos propios a efectos de los previsto en el número uno de la presente Orden”. Parece que se perfilan, aunque de modo difuso, las características de este tipo de préstamos. Nótese la referencia que la Orden realiza a los mismos como “créditos” y no como “préstamos”, así como su consideración de recursos propios.

<sup>159</sup> Artículo 11: “1. Las entidades públicas o privadas podrán conceder préstamos de carácter participativo en los que con independencia del pacto de intereses, se acuerda la participación del acreedor en el beneficio neto del deudor. 2. Los préstamos participativos tendrán las siguientes características: a) la entidad concedente del préstamo participará en los beneficios líquidos, con independencia de que además se acuerde un interés fijo. b) El prestatario no podrá anticipar la amortización de dichos créditos excepto que esta amortización anticipada se compense con una aportación equivalente de fondos propios, siempre y cuando esta amortización no provenga de regularización de activos. En ningún caso, la amortización anticipada del crédito participativo podrá alterar la relación existente entre recursos propios y recursos ajenos c) los préstamos participativos se deberán inscribir en una línea especial del balance del prestamista y del prestatario, y tendrán la consideración de fondos propios para apreciar la solvencia financiera de la empresa deudora; si bien, los intereses de los mismos, así como la participación prevista en el apartado a) se consideran partida deducible, a efectos de la base imponible del Impuesto de sociedades. d) en orden a la prelación de créditos, los acreedores por préstamos participativos se sitúan después de los acreedores comunes. Los créditos participativos son de igual rango”.

Además, si bien estos préstamos nacían como cualquier otro y como tal debían ser satisfechos a su vencimiento, lo cierto es que el orden de prelación de los mismos implicaba, en caso de concurrencia de acreedores, que los acreedores de estos préstamos participativos se situaran detrás de los acreedores comunes del deudor.

Como última característica principal, el Real decreto ley 8/1983 les otorga la consideración de fondos propios de la empresa deudora a efectos de solvencia. Como consecuencia de esta consideración, el prestatario no podía anticipar la amortización de dichos préstamos, a fin de evitar un posible desequilibrio entre los fondos propios y ajenos de la empresa deudora.

Esta norma fue sustituida sin modificaciones significativas por el artículo 11 de la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización, que vino a sustituir con idéntica redacción a su antecedente: el artículo 11 del mencionado Real decreto ley 8/1983.

En los años posteriores, la regulación jurídica de estos préstamos participativos se mantuvo en términos similares a los de la Ley 27/1984 modificando, en cada caso, los sectores productivos a fomentar e incentivar económicamente, así como potenciando las pequeñas y medianas empresas (PYMES) con dichos instrumentos financieros<sup>160</sup>.

Hubo que esperar al Real decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, para generalizar y liberalizar el ámbito subjetivo de estos préstamos participativos como una financiación disponible más con la que podían contar acreedores y deudores, dejando de ser, por tanto, el instrumento con el que hacer llegar ayudas y subvenciones públicas a determinados sectores productivos y económicos<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Véase con detalle las modificaciones legislativas sufridas en relación a los sectores económicos e industriales de aplicación de estos préstamos participativos, así como las características concretas de los mismos para cada sector en COLINO MEDIAVILLA, J. L.: *Créditos participativos y concurso de acreedores*, La Ley, Monografía núm. 12, Madrid, 2010, pp. 15-37.

<sup>161</sup> A pesar de esta liberalización del ámbito subjetivo de estos préstamos, el Estado ha continuado utilizando dichos instrumentos financieros para potenciar determinados sectores económicos. Así, por ejemplo, la Orden Ministerial de 8 de mayo de 1995 con una vigencia de dos años y a partir de la cual se desarrollaban las bases y procedimientos para la concesión de ayudas y acciones de fomento para las pequeñas y medianas empresas

## B) NATURALEZA JURÍDICA Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES

El Real decreto ley 7/1996 se encargó de fijar definitivamente en su artículo 20 el tipo legal de los préstamos participativos<sup>162</sup>. Esta regulación determina la naturaleza jurídica de los préstamos participativos (con algunas modificaciones introducidas a partir de normas posteriores –como veremos a continuación–, pero manteniendo, en nuestra opinión, la esencia de dicha naturaleza jurídica hasta la actualidad<sup>163</sup>) igualmente a partir de tres elementos fundamentales: 1) el elemento retributivo, 2) el orden de prelación en el cobro y 3) su consideración a efectos contables-mercantiles, inicialmente, como fondos propios para posteriormente ser asimilados como patrimonio neto en determinados escenarios societarios.

---

industriales. Estos planes de acción concretos impulsados a partir de esta Orden continuarían a partir de las medidas reguladas a partir del Real Decreto 937/1997, de 20 de junio, por el que se establece el régimen de ayudas y el sistema de gestión de la iniciativa PYME de desarrollo empresarial.

En la actualidad, podemos citar tres Acuerdos aprobados por el Consejo de Ministros de fecha 6 de marzo de 2015, que tienen por objeto la suscripción de sendas Adendas a los Convenios de colaboración entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y la Empresa Nacional de la Innovación (ENISA) para el desarrollo de préstamos participativos destinados a tres líneas de financiación (Empresas de Base Tecnológica, Jóvenes Emprendedores y PYME) puestas en marcha en 2014, con el objeto de adecuar los créditos comprometidos a los finalmente dispuestos.

[www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/paginas/2015/refc20150306](http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/paginas/2015/refc20150306)

<sup>162</sup> Artículo 20: “Uno. Se considerarán préstamos participativos aquellos que tengan las siguientes características: a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad. b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que este no provenga de la actualización de activos. c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes. d) Los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil”. La redacción actual del artículo 20.1 d) fue introducida a partir de la Disposición adicional segunda de la Ley 10/1996 quedando redactado del siguiente modo: “d) *Los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil*”. (La cursiva es mía).

<sup>163</sup> En contra, GARCÍA VILLAVARDE, R.: “Créditos participativos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9, 1997, p. 14, defiende que la participación del prestamista en determinadas variables o ratios de la empresa deudora sin que estos sean necesariamente los beneficios de la misma implicaría una modificación sustancial en la naturaleza de estos préstamos participativos. Entendemos que dicha modificación no tendría la entidad suficiente para alterar la naturaleza jurídica de estos préstamos participativos (además, la norma no prohíbe que el interés variable sea determinado en función de los beneficios de la prestataria).

B1) EL ELEMENTO RETRIBUTIVO.- La entidad prestamista percibirá un interés variable “en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria” y no sólo en función de los beneficios de esta, pudiendo además acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

Este interés variable ya no tendrá que ser necesariamente indexado a los beneficios de la prestataria, a diferencia de lo estipulado en el artículo 11 de la Ley 27/1984 (que implicaba que el citado interés no era abonado al prestamista si existían pérdidas), pudiendo depender, a partir de este momento, de otras magnitudes o ratios tales como la cifra de negocios, el beneficio neto, los fondos propios, o incluso, los beneficios de la prestataria, si así lo pactan las partes.

B2) EL ORDEN DE PRELACIÓN EN EL COBRO.- La postergación de dichos préstamos actúa como norma de *ius cogens*, con independencia de la forma en que dichos préstamos se hayan formalizado, pues esta es una característica esencial que conforma la naturaleza jurídica de los préstamos participativos. A modo de recordatorio, cabe indicar que la subordinación de estos préstamos sólo regirá en el supuesto de concurrencia de acreedores, pues en caso contrario, sería satisfecho a su vencimiento como cualquier préstamo contraído por el deudor<sup>164</sup>.

Al tratarse de una norma anterior a la Ley Concursal, la terminología utilizada por el Real decreto ley no es la que en la actualidad se utiliza para los préstamos que quedan relegados en el cobro al resto de acreedores; pero en cualquier caso, dichos préstamos se encuentran subordinados a los acreedores ordinarios, en un ejercicio de equivalencia llevado a cabo a partir de la disposición adicional primera de la Ley Concursal. Como se verá con posterioridad, y falta de normativa armonizadora al respecto, habrá que estarse a la

---

<sup>164</sup> En opinión de PALÁ LAGUNA, E.: “Algunas cuestiones en torno a la figura del préstamo participativo y su nuevo régimen jurídico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 70, 1998, p. 475, cuando concurren dos o más acreedores por préstamos participativos para decidir la preferencia en el cobro -ya sea dentro o fuera de procedimientos concursales- deberá acudirse a las reglas generales; así, el artículo 1924.3º Cc conforme el cual cobrarán en primer lugar los acreedores participativos que tengan su derecho en escritura pública o póliza intervenida ante notario, y en su caso, la preferencia quedaría determinada por el orden de antigüedad de las fechas de los respectivos títulos.

clasificación que estos préstamos participativos adquieren dentro de la prelación de créditos subordinados que determina la legislación concursal.

B3) SU CONSIDERACIÓN A EFECTOS CONTABLES-MERCANTILES<sup>165</sup>.- La redacción del artículo 20.1 d) fue modificada en virtud de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, de modo que se sustituyó la anterior consideración de los préstamos participativos como “fondos propios a los efectos de la legislación mercantil<sup>166</sup>” por la manifestación de dichos préstamos como “patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil”.

La modificación operada en virtud de la Ley 10/1996 hizo desaparecer definitivamente la equivalencia de los préstamos participativos como fondos propios a los efectos de la legislación mercantil. Era esta una afirmación poco afortunada e incluso peligrosa si tenemos en cuenta que a pesar de que los préstamos participativos son subordinados, en todo caso son deuda social y como tal, deberán ser satisfechos a su vencimiento<sup>167</sup>.

A partir de la referida modificación, se centra y limita la consideración de estos préstamos como “patrimonio contable” ajustado exclusivamente a los escenarios societarios de reducción de capital y liquidación de sociedades.

Ante la incertidumbre creada por la correcta interpretación y significado del término “patrimonio contable” se pronunció el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en su Resolución de 20 de diciembre de 1996<sup>168</sup> fijando los criterios generales

---

<sup>165</sup> Los préstamos participativos son mercantiles. *Vid.* el fundamento jurídico segundo de la sentencia del a Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2014 (núm. rec. 121/2011, *Tol 4142750*).

<sup>166</sup> A diferencia de la anterior regulación del artículo 11 de la Ley 27/1984, se añade la expresión “(...) a los efectos de la legislación mercantil” en cuanto a la consideración de estos préstamos como fondos propios, limitando por tanto su consideración de fondos propios a otros efectos distintos a los previstos en la norma.

<sup>167</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Créditos...” cit., p. 18.

<sup>168</sup> *Vid.* por todos, en relación con la consideración contable de estos préstamos: GARCIA VILLAVERDE, R.: “Créditos...” cit., PALÁ LAGUNA, E.: “Algunas consideraciones...” cit., COLINO MEDIAVILLA, J. L.: *Créditos participativos...*cit., así como la Resolución completa de 20 de diciembre de 1996, del Instituto

interpretativos al afirmar que, en relación con los artículos 163 y 260 de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 79 y 104 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, los términos “patrimonio”, “haber social” y “patrimonio contable” a los efectos de reducción de capital y disolución eran los mismos<sup>169</sup>, resultando éstos, por tanto, un solo concepto que podría denominarse valor patrimonial de la empresa y aclarando que, aunque los créditos participativos no eran fondos propios, sino pasivo exigible, se computaban con signo positivo para el cálculo del patrimonio contable a los efectos indicados.

Posteriormente, en virtud de la disposición adicional tercera de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se modifica nuevamente la letra d) del artículo 20.1 del Real decreto ley 7/1996 al establecer que “[l]os préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil”<sup>170</sup>. Esta redacción se ha mantenido hasta la actualidad, aunque con bastantes detractores a la misma<sup>171</sup>.

---

de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) -BOE núm. 54, 4 de marzo 1997, pp. 1372-1374- por la que se fijan los criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efecto de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil.

<sup>169</sup> Como acertadamente advierte GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Los préstamos participativos y la deuda subordinada”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 36, 2001, pp. 153-154, se debería determinar, en primer lugar, si el ICAC es una autoridad competente para dictar normas con eficacia externa y si esto es así determinar si los efectos de las mismas se restringen a la materia contable o también a la mercantil. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 27 octubre de 1997 (núm. rec. 4354/1994, *Tol 5149405*) reconoció potestad normativa al ICAC aunque dicha potestad no era absoluta, sino con el límite de cualquier Reglamento y teniendo siempre presente el principio de jerarquía. Véase con detalle el artículo de CRUZ PADIAL, I.: “Valor normativo de las resoluciones del ICAC: puntualizaciones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 8, 1998, pp. 311-324. En opinión de GARCÍA MANDALONIZ el ICAC se extralimitó en sus funciones en la Resolución de 20 de diciembre de 1996; sin embargo, y como acertadamente sostiene, no existe resolución judicial en contra de dicho pronunciamiento.

<sup>170</sup> Contrario a esta consideración de los préstamos participativos como patrimonio neto a los efectos indicados se muestra, entre otros, GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Los préstamos...” cit., p. 151 y COLINO MEDIAVILLA, J. L.: *Los préstamos...* cit. pp. 76-78 por tres motivos distintos: 1) el concepto de patrimonio neto en las normas que regulan la reducción del capital y la disolución responde funcionalmente a la cobertura patrimonial del capital debiendo quedar fuera lo que sea aportado como crédito; 2) los créditos participativos no son capital social y 3) la consideración de estos créditos participativos como fondos propios no se identifica con el trato de los mismos en la Ley Concursal, al ser tratados como créditos y no como capital social a los efectos del artículo 110.2 LC.

<sup>171</sup> Resulta de gran interés el planteamiento a este respecto de FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 61 para quien la justificación de esta medida sería “no activar antes de tiempo las alarmas que detectan el riesgo de insolvencia”; pero qué sucede si la empresa ya está en riesgo de insolvencia, y a efectos de reducción de capital o liquidación de la misma computan como fondos propios los préstamos participativos, ¿no estaríamos

Una sumarisima interpretación de esta última modificación, nos aproxima al concepto que de ‘patrimonio neto’ introduce el Plan General Contable de 2007 entendido como la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos los pasivos, y compuesta por tres epígrafes: (i) fondos propios (aportados por los socios como capital o a modo de resultados acumulados no repartidos), (ii) ajustes por cambios de valor y subvenciones, (iii) donaciones y legados recibidos.

En 2007 se encontraba en vigor la Ley de Sociedades Anónimas y la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por lo que de conformidad con los artículos 260.1 LSA y 104.1 LSRL estas sociedades debían disolverse cuando las pérdidas dejaran reducido su patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este aumentara o se redujera en la cantidad suficiente. Por su parte, el artículo 163.1 LSA regulaba la reducción obligatoria de capital para la sociedad anónima cuando las pérdidas hubieran disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital y hubiere transcurrido un ejercicio sin haberse recuperado.

La Ley de Sociedades de Capital (LSC) apenas introduce modificaciones a este respecto. El artículo 327 mantiene idéntico carácter obligatorio de la reducción para las sociedades anónimas que el anterior 163.1 LSA, mientras que el artículo 363 prevé como causa de disolución para una sociedad de capital, entre otras, las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

Se advierte que a partir de la Resolución del ICAC de 20 de diciembre de 1996, las consideraciones respecto al patrimonio contable o, a partir de 2007, al patrimonio neto, son relativas y a efectos de la reducción de capital y “disolución” de la sociedad. El legislador

---

ante una ficción en estos casos de solvencia de la prestataria? Se plantea, por tanto, qué intereses deben ser protegidos: los de los acreedores al cobro de sus créditos en un proceso concursal o los de la empresa a continuar con su actividad. La cuestión no resulta nada clara.

en el artículo 20.1 d) hace referencia a la reducción de capital y a la “liquidación” de la sociedad<sup>172</sup>.

En resumen, podríamos inferir que el patrimonio neto difiere en términos contables y mercantiles, puesto que si bien los préstamos participativos son pasivos financieros en el Plan General Contable, según el artículo 20.1 d) de la Ley 7/1996 serían considerados fondos propios a efectos de la legislación mercantil en cuanto a la reducción de capital y disolución. En conclusión, el patrimonio neto contable sería ajustado a un patrimonio neto que podríamos considerar mercantil y que sirve de referencia ante determinados escenarios sociales como los referidos anteriormente<sup>173</sup>.

Enunciados los tres elementos fundamentales de los préstamos participativos, existen otros elementos inherentes a estos últimos que, si bien no son considerados esenciales, contribuyen igualmente a configurar su tipo legal. Se trata de la duración del contrato, así como de los elementos personales de estos préstamos participativos.

B4) LA DURACIÓN DEL CONTRATO.- Como consecuencia de la naturaleza híbrida de estos préstamos respecto a su consideración de recursos propios y ajenos, y a partir de 2007, como patrimonio neto, el prestatario, sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual

---

<sup>172</sup> En este sentido seguimos a GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Los préstamos...” cit., p. 152 que considera que a pesar de que el legislador de 1996 empleó el término “liquidación”, lo cierto es que pudo tratarse de un error en cuanto a que disolución y liquidación son dos fases distintas. La norma puesta en relación con los artículos 260.1 LSA y 104.1 LSRL y actualmente los artículos 327 y 363 de la LSC evidencia que se trata de “disolución” y no de “liquidación”. De la misma opinión, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 57. Esta supuesta errata no aparece en la Resolución de 20 de diciembre de 1996 del ICAC donde ya se refleja el concepto de “patrimonio contable a los efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil”.

<sup>173</sup> Para que el patrimonio neto contable resulte patrimonio neto a efectos de reducción de capital y disolución deberán de aplicarse determinadas operaciones de ajuste: con signo positivo los dividendos pasivos, la cifra de capital (nominal y prima) registrado contablemente como pasivo, los préstamos participativos y las cantidades contabilizadas como pérdidas por deterioro derivadas de inmovilizado material, inversiones inmobiliarias y existencias; y con signo positivo o negativos, según el caso, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendiente de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias.

cuantía de sus fondos propios y siempre que este no provenga de la actualización de activos<sup>174</sup>.

Se trataría de mantener y salvaguardar el equilibrio financiero de la deudora, pudiendo las partes contratantes acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. Entendemos innecesaria la inclusión de dicha cláusula en cuanto a que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes contratantes podrían acordar la inclusión, en su caso, de dicha cláusula<sup>175</sup>. No obstante lo anterior, resulta un tanto incomprensible entender en qué clase de penalización piensa el legislador, puesto que el prestamista, solicitará la amortización anticipada del préstamo en caso de incumplimiento y en este caso, ¿tendría que satisfacer al prestatario incumplidor una penalización?<sup>176</sup>. En caso contrario, el hecho de que la parte prestataria amortice total y anticipadamente un préstamo<sup>177</sup> (entendemos que por la buena marcha del negocio), ¿podría generar una indemnización a favor del prestamista? Pudiera parecer, por tanto, que la justificación de las cláusulas penalizadoras no es del todo coherente.

Nada se indica en la norma en relación al vencimiento o duración de estos préstamos, por lo que las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, podrán acordar la duración del contrato, así como, en su caso, la amortización y carencia del mismo. Si bien pareciera que debido a la finalidad a la que, en principio, estos préstamos estaban destinados

---

<sup>174</sup> Como ejemplo de esta consideración de fondos propios, se encuentra la disposición adicional segunda de la Orden ministerial de 27 de junio de 2000 relativa a la determinación del “saldo patrimonial neto” que a efectos de la regulación establecida en el artículo 3 del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio de Sociedades Anónimas deportivas, debe existir para el cálculo del capital mínimo. Se determinará a partir de los modelos de Balance contenidos en la cuarta parte de las normas de adaptación del Plan general de contabilidad teniendo en cuenta las especificidades de esta disposición. Así, entre otros conceptos, “se recogerán con signo positivo los siguientes conceptos a) (...) aquellos préstamos participativos regulados en el artículo 20 del Real decreto ley 7/1996, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, recogidos en las agrupaciones D) “Acreedores a largo plazo” y E) “Acreedores a corto plazo (...)”.

<sup>175</sup> En este sentido, GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Créditos...” cit., p.17 que considera dicha cláusula como una mención legal innecesaria además de incomprensible.

<sup>176</sup> Compartimos la opinión de BROSETA PONT, M.: “Régimen de los préstamos participativos”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 14, 1984, p. 287 respecto a que conforme a nuestro ordenamiento jurídico, existe el derecho a exigir la resolución del contrato y con ello la cancelación y amortización anticipada cuando la deudora incumpla sus obligaciones contractuales y esenciales.

<sup>177</sup> Teniendo en cuenta a estos efectos el requerimiento del artículo 20.1.b) en relación a la amortización del préstamo por el prestatario.

(reconversión y reindustrialización de empresas en crisis) estaríamos ante plazos largos<sup>178</sup>, normalmente superiores a cinco años, lo cierto es que se admite un plazo corto, medio o largo sin que ello altere o modifique su naturaleza jurídica<sup>179</sup>.

Algunos autores apuntan a la posibilidad de que estos préstamos puedan tener una duración indefinida, contando con un preaviso de al menos treinta días para que el prestamista solicite el vencimiento del mismo de acuerdo al artículo 313 Ccom. Si bien esta afirmación de vencimiento indefinido podría ser válida, pues nada se indica a este respecto en la regulación del préstamo participativo<sup>180</sup>, lo cierto es que estaríamos, en nuestra opinión, ante una afirmación más teórica que práctica o real. El tráfico jurídico mercantil implica que no puede dejarse al arbitrio de una de las partes el preaviso y la amortización de un instrumento financiero tan importante para el funcionamiento y existencia de una sociedad como es la financiación y la previsión que de esta debe existir no sólo a corto plazo, sino a medio y largo plazo. Entendemos que en la actualidad no tendría cabida, o aceptación por las partes contratantes, un préstamo participativo sin vencimiento definido expresamente.

B5) LOS ELEMENTOS PERSONALES.- Los elementos personales de estos préstamos o créditos participativos serán necesariamente entidades o sociedades mercantiles de

---

<sup>178</sup> Así, por ejemplo, el artículo 4 del Real decreto 2001/1984, de 24 de octubre, por el que se desarrollaban las características y condiciones de los créditos y avales establecidos en el Capítulo IV de la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización estipula un plazo de amortización no inferior a los quince años, de los cuales, al menos los tres primeros serán de carencia.

<sup>179</sup> En este sentido, *vid.* el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 229/2009, de 6 de julio (*Tol 1758409*): “Tampoco la duración del préstamo, que en el caso se denuncia por la demandada como breve, debe ser un criterio que sea determinante a la hora de desconsiderar participativo el préstamo dada la ausencia de amparo normativo de esa alegación defensiva, ni el hecho de que el referido contrato no contenga una específica estipulación a modo de cláusula penalizadora a la que se refiere el artículo 20.1.d) del citado Real decreto ley para el supuesto de amortización anticipada (...)”.

<sup>180</sup> Para PALÁ LAGUNA, E.: “Algunas consideraciones...” cit., pp. 471-472, la duración indefinida de los préstamos participativos no contravienen la legalidad vigente en materia contractual (no pudiendo invocarse en su contra el artículo 1256 Cc). Y admite un derecho de denuncia implícito respecto de las relaciones contractuales indefinidas, debiendo el prestamista poner término al contrato en cualquier momento con tal de que lo notifique notarialmente al prestatario, estando este obligado a la devolución del capital prestado a los 30 días de la recepción de dicha notificación. En el mismo sentido, GARCÍA VILLAVARDE, R.: “Créditos...” cit., p. 15.

cualquier clase, quedando excluidas, tanto para la parte deudora como la acreedora, las personas físicas y dentro de las jurídicas, las sociedades civiles<sup>181</sup>.

En referencia a la parte prestataria de estos préstamos, entendemos que, en cualquier caso, esta deberá ser una empresa, ya que a tenor de la norma, el interés variable se determinaría según la evolución de la ‘empresa prestataria’, entendiéndose por empresa, a estos efectos, cualquier sociedad mercantil, con independencia de su actividad y situación económico patrimonial<sup>182</sup>.

Respecto a la parte prestamista, la norma alude al concepto de ‘entidad prestamista’ pudiendo incluirse a este respecto las sociedades de capital riesgo<sup>183</sup>, sin que ello incluya, en nuestra opinión a las personas físicas (resulta extremadamente forzado extender la interpretación de entidad prestamista a la consideración de persona física como entidad). En este sentido, entendemos que estarían incluidas cualquier sociedad mercantil que su objeto social lo permita, pudiendo igualmente incluir a una persona jurídica empresario con forma organizativa no societaria<sup>184</sup>.

B6) BREVE REFERENCIA A LA TERMINOLOGÍA.- La terminología utilizada en nuestro ordenamiento jurídico respecto a los ‘préstamos’ o ‘créditos’ participativos no es del todo

---

<sup>181</sup> En este sentido y justificado por la mercantilidad de la figura se muestra PALÁ LAGUNA, E.: “Algunas cuestiones...” cit., p. 466.

<sup>182</sup> En esta línea, PALÁ LAGUNA, E.: “Algunas...” cit., pp. 466-467 limita el tipo legal a una entidad o sociedad mercantil. Para BROSETA PONT, M.: “Régimen de los préstamos...” cit., p. 284 será sujeto activo de estos préstamos las entidades de crédito público o privado, aunque da cabida a otras opciones al hacer referencia al Derecho francés y la posibilidad que este prevé respecto a conceder a los empresarios individuales préstamos participativos, reconociendo para estos igualmente beneficios fiscales. En este mismo sentido, GARCÍA VILLAVARDE, R.: “Créditos...” cit., p. 17 interpreta el término de “entidades”, cuando menos, como “una extensión al campo más general de las personas jurídicas” para advertir, con posterioridad del hecho de que puedan ser prestamistas no sólo el socio y las empresas del grupo, sino un tercero, eliminado, entonces, cualquier sombra respecto de estos préstamos como supuesto de infracapitalización nominal. En contra, COLINO MEDIAVILLA, J. L.: “Préstamo participativo” en SEQUEIRA, A., GADEA, E. y SACRISTÁN, F.: *La contratación bancaria*, 2007, en [www.ucm.es/eprints](http://www.ucm.es/eprints), pp. 8-9 al entender que el artículo 20 del Real decreto ley 7/1996 no establece distinción, pudiendo, por este motivo ser prestatario un empresario individual.

<sup>183</sup> Así se recoge en el artículo 17 del Real decreto-ley 7/1996 y en el artículo 3 de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras.

<sup>184</sup> En contra podría citarse la consulta V1250-12, de 11 de junio ante la Dirección General de Tributos que ofrece respuesta a la pregunta formulada en relación a una sociedad que va a percibir de un socio no residente, es decir, una persona física, un préstamo participativo.

clara. Las diferentes normas que han regulado los préstamos participativos han hecho alusión a uno u otro término sin distinción alguna.

El artículo 11 del Real Decreto ley 8/1983 hacía mención tanto a los préstamos como a los créditos participativos sin que pueda observarse diferenciación alguna entre ambos conceptos. Recordemos que la Orden Ministerial de 14 de abril de 1981 mencionaba sólo los créditos participativos.

Las normas posteriores continuaron refiriéndose a ambos términos de manera indistinta<sup>185</sup> para finalmente hacer referencia únicamente al término préstamo en el artículo 20 del Real decreto ley 7/1996.

A este respecto, y de igual modo que consideramos que la naturaleza jurídica de dichos préstamos en la vigente regulación es la misma, en esencia, que la recogida en el Real decreto ley 27/1984, entendemos junto a doctrina autorizada, y a partir del espíritu y finalidad de la norma, que la categoría de “participativos” podría predicarse tanto de los préstamos como de los créditos<sup>186</sup>, sin distinción.

### C) PANORAMA ACTUAL Y FUTURO DE LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS

En la actualidad, los préstamos participativos se han convertido en una herramienta muy útil por los acreedores en relación con las reestructuraciones y refinanciaciones de empresas. De este modo, las entidades financieras o empresas del grupo económico de la

---

<sup>185</sup> Así, entre otros, el Real Decreto 1470/1988, de 2 de diciembre, que modifica el artículo 4 del Real decreto 2001/1984, de 24 de octubre, por el que se desarrollan las características y condiciones de los créditos y avales establecidos en el Capítulo IV de la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización, hace mención a los créditos participativos. En esta misma línea, el Real decreto 641/1987, de 30 de abril, por el que se establecen nuevos destinos para las cantidades procedentes de la suscripción de cédulas emitidas por el Banco de Crédito Industrial.

<sup>186</sup> GARCIA VILLAVERDE: R. “Créditos...” cit., p. 14, PALÁ LAGUNA, E.: “Algunas cuestiones...” cit.. GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Participación y/o subordinación en los instrumentos de financiación”, *Revista de derecho Mercantil*, núm. 247, 2003. Para COLINO MEDIAVILLA, J. L.: *Préstamos...* cit. p. 58, la utilización de los términos préstamo o crédito no debe ocultar la función que se persigue. Lo relevante son los elementos que caracterizan al crédito participativo y no el negocio de procedencia, con independencia de que se originen un crédito o un préstamo siempre que se atribuyan los elementos necesarios para la subsunción en el tipo. En contra BROSETA PONT, M.: “Régimen de los préstamos...” cit., p.282 que considera que se trata de figuras similares, pero no idénticas.

deudora pueden capitalizar a la prestataria como medio de evitar una causa de disolución de la misma o que resulte declarada en concurso de acreedores<sup>187</sup>, se ofrece el incentivo para otros acreedores a que presten y financien a dicha sociedad incentivando así su participación al permitir a estos cobrar con anterioridad a otros acreedores.

Por este motivo, y a pesar de que sus préstamos serán satisfechos con posterioridad a los de otros acreedores, el prestamista gozará de una elevada rentabilidad, muy superior a la de los préstamos convencionales, en contraposición al prestatario que mantendrá cierta incertidumbre sobre el coste del referido préstamo. En cualquier caso, se trata de una financiación que permite acometer determinados proyectos e inversiones<sup>188</sup> y posee importantes ventajas para el prestatario pues le permite:

-Pactar un plazo largo, de cinco a diez años o incluso superior, con períodos de carencia elevados e incluso con amortización total a vencimiento<sup>189</sup>.

-No elevar su ratio de endeudamiento y riesgo financiero, puesto que debido a su carácter subordinado las entidades financieras computarían estos dentro del balance de la deudora como fondos propios, no comprometiendo por tanto necesidades de financiación futuras por parte de la prestataria<sup>190</sup>.

-Fijar el tipo de interés variable a partir del cierre de sus cuentas, por lo que el pago de dicha retribución variable, teniendo en cuenta los plazos de presentación de resultados, etc., podría retrasarse hasta un año y sin que ello implique el abono de intereses de demora para el prestatario.

---

<sup>187</sup> Nótese que muchas entidades financieras intervienen en las empresas financiadas como administradores de hecho, mantienen puestos en el Consejo de administración de ésta o incluso mantiene una participación accionarial en la misma, lo que implicaría que declarado el concurso de acreedores de la deudora sus créditos serían calificados como subordinados en virtud del artículo 92.5º LC.

<sup>188</sup> En principio, y a pesar del silencio de la norma, esta financiación no se destina a atenciones de tesorería, pues para estas necesidades existen otro tipo de productos de financiación más adecuados como, por ejemplo, la póliza de crédito. La naturaleza jurídica de los préstamos participativos hace que su destino prioritario sean inversiones a largo plazo.

<sup>189</sup> No obstante, podrán tener un vencimiento más corto sin que ello afecte a la naturaleza de estos préstamos. En este sentido, *vid.* el fundamento jurídico segundo de la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo 2014 (núm. rec. 121/2011, *Tol 4142750*).

<sup>190</sup> Además de contar con numerosas ventajas fiscales.

Véase, a estos efectos, el documento sobre “El efecto de los préstamos participativos en las variables empresariales más representativas” realizado por BUSTOS CONTELL, E. en [www.cegea.upv.es/congresos\\_y\\_jornadas/2007\\_Empresa\\_y\\_Sociedad/cd/182b.pdf](http://www.cegea.upv.es/congresos_y_jornadas/2007_Empresa_y_Sociedad/cd/182b.pdf)

-Llegar, incluso, a evitar la reducción de capital o disolución de la sociedad por pérdidas, debido a su tratamiento de patrimonio neto.

Con notables diferencias a los préstamos participativos, pero igualmente muy utilizados en el tráfico jurídico entre entidades financieras y sociedades o grupos empresariales se encuentran los *préstamos subordinados* que comparten con los participativos idéntica situación de prelación de cobro postergada al resto de acreedores. Sin embargo, en este último caso, y puesto que la subordinación no es caracterizada legalmente, las partes contratantes pueden optar por elegir distintas modalidades de subordinación, de modo que la misma pueda ajustarse a la finalidad que originó la financiación.

Estos préstamos subordinados se utilizan habitualmente para la adquisición de empresas, la financiación de determinados proyectos o para la refinanciación y reestructuración de la deudora o de su grupo de sociedades. En estos casos, y debido a las características y motivaciones del préstamo, la subordinación suele ser ‘particular’, para conseguir a partir de la misma, subordinar dicho préstamo sólo frente a determinados acreedores<sup>191</sup> y no frente a todos.

### **III.2. La financiación subordinada**

Como otro modelo de subordinación de créditos previo a la ley concursal se encuentran las financiaciones subordinadas emitidas principalmente por las entidades financieras y cuya trascendencia pública y mediática se han puesto de manifiesto en los últimos meses.

#### **A) APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA**

A1) LOS ACUERDOS DE BASILEA.- Debido a la complejidad de la materia financiera a tratar, entendemos necesario realizar una introducción relativa a los requerimientos de capital de las entidades financieras fijadas a partir de los Acuerdos adoptados por el Comité

---

<sup>191</sup> En la práctica, estos préstamos se suelen subordinar a otros acreedores mayoritarios cuya presencia es imprescindible para el buen fin empresarial, o quedan subordinados los préstamos que las personas especialmente relacionadas con el deudor puedan realizar a este.

de Supervisión Bancaria de Basilea (en adelante, CSBB), como punto de partida para una mejor comprensión de la financiación subordinada y de las consecuencias de esta.

El CSBB fue creado por los bancos centrales y supervisores del G-10<sup>192</sup> para establecer las condiciones que garantizaran la estabilidad y solvencia de las entidades financieras y dicta recomendaciones o estándares prudenciales internacionales que sin ser normas jurídicas (el CSBB no es una institución competente para ello), en la práctica son fuente material de Derecho financiero y bancario.

Los Acuerdos publicados por el CBSS son tres: Basilea I (1988), Basilea II (2004) y Basilea III (2010)<sup>193</sup>.

*Basilea I* fija el primer estándar sobre solvencia bancaria, sentando las bases -aún en la actualidad vigentes- en relación entre el capital regulatorio y los activos ponderados por riesgo, es decir, el capital básico de las entidades financieras para poder hacer frente a los riesgos derivados de su actividad financiera, y adecuando el capital necesario para su ejercicio de modo que la entidad mantuviera en todo momento un equilibrio financiero. Se fijó para ello un ratio de capital mínimo del 8% del valor total de sus activos ponderado por su nivel de riesgo.

En 2004 se revisan los estándares fijados en Basilea I dando lugar a los Acuerdos de Basilea II<sup>194</sup> que no abordan la definición de capital regulatorio<sup>195</sup>, por lo que continuaría en vigor lo acordado a este respecto en Basilea I.

---

<sup>192</sup> El CSBB fue creado en 1975 por los Gobernadores de los bancos centrales del Grupo de los Diez y está compuesto actualmente por altos representantes de autoridades de supervisión bancaria y de bancos centrales de Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong, RAE, India, Indonesia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Los Países Bajos, el Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía.

<sup>193</sup> Estos Acuerdos no son contradictorios; complementan o modifican, en su caso, lo acordado en el anterior Acuerdo. *Vid.* por todos, las recomendaciones y los documentos completos de los Acuerdos de Basilea en la página web del *Bank International of Settlements*: [www.bis.org](http://www.bis.org), así como en la del Banco de España: [www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/](http://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/)

<sup>194</sup> Basilea II se estructura en 3 pilares. El primero sería el referido a los requerimientos mínimos de capital, el segundo a la autoevaluación del riesgo por cada entidad en diálogo con el supervisor y el tercero a la disciplina de mercado.

Sin embargo, la crisis financiera de 2007 hizo necesario revisar determinados aspectos de la regulación financiera internacional y, entre ellos, el capital regulatorio. En 2010 surge Basilea III<sup>196</sup> con el fin de regular la solvencia bancaria e intentar dar respuesta al amplio catálogo de productos denominados híbridos que habían comercializado las entidades financieras y que derivaron en un consumo de capital muy superior en relación al riesgo que los mismos implicaban. Como consecuencia del incremento en las necesidades de capital regulatorio y de la crisis financiera, numerosos bancos en todo el mundo tuvieron que ser rescatados, lo que llevó a la conclusión de que la fijación de capital regulatorio existente no era del todo correcta.

En el contexto económico existente, el CSBB entendió que el capital regulatorio fijado en Basilea I no resultaba un problema a efectos cuantitativos -pues dicho porcentaje parecía ser adecuado-, sino a efectos cualitativos, ya que la utilización generalizada de los productos financieros conocidos como “híbridos”<sup>197</sup> implicaba que estos formaban parte del capital regulatorio sin que por el contrario pudieran cubrir o absorber las pérdidas de dichas entidades<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> Se advierte que el término capital regulatorio se define a estos efectos a partir de pautas específicas independientes de reglas mercantiles y contables.

Basilea II desarrollaba de modo más extenso que Basilea I el cálculo de los activos ponderados por riesgo y permitía que las entidades aplicasen calificaciones de riesgos según sus modelos internos siempre que estos hubieran sido aprobados con anterioridad por el supervisor, en nuestro país, el Banco de España.

<sup>196</sup> Entre la publicación de los estándares de Basilea II y Basilea III se encuentra Basilea 2.5 (2009) en relación a la emisión de nuevas reglas aplicables a aquellos productos financieros considerados a partir de la crisis financiera de 2007 “transmisores de riesgo”. Se introdujeron correcciones, sobre todo en el marco de la titulización.

<sup>197</sup> Son instrumentos financieros que combinan características de capital y de deuda. Véase con detalle el documento realizado por MARQUÉS SEVILLANO, J. M. y SANCHÍS ARELLANO, A.: “Los instrumentos híbridos en los recursos propios de las entidades financieras: naturaleza y cambios tras la crisis financiera”, *Estabilidad Financiera*, núm. 17, 2009 y la definición propuesta por ellos (p. 58) de los instrumentos híbridos como “instrumentos financieros que comparten algunas características con la deuda (por ejemplo, grado de subordinación en la liquidación) y otras con el capital (por ej., participación en los resultados de la entidad en distintos grados)”.

<sup>198</sup> Igualmente Basilea III acuerda otros estándares tales como la constitución de colchones de capital en momentos buenos del ciclo económico que puedan ser utilizados en períodos de estrés, la incorporación de un ratio de apalancamiento como medida complementaria al ratio de solvencia, mejoras en las normas del proceso supervisor, disciplina de mercado y otras áreas tales como gobierno corporativo, y la introducción de un coeficiente de liquidez.

A los efectos de la CSBB, será capital regulatorio aquel recurso que se encuentre disponible para soportar las pérdidas de la entidad financiera contribuyendo a la estabilidad de la misma; resulta indiscutible la naturaleza de capital regulatorio o recursos propios computables de las partidas de capital y de las reservas de la entidad financiera.

Debe tenerse en cuenta que los fondos propios no sólo están compuestos por las partidas de capital y reservas, sino que, en virtud de los Acuerdos de Basilea se crea la necesidad de diferenciar entre los distintos elementos que pueden integrar los recursos propios computables, por lo que se establece la diferenciación entre recursos de primera (*Tier 1*) y de segunda categoría (*Tier 2*), teniendo en cuenta que dichos recursos propios no podrían contar con un Tier 2 superior al Tier 1, intentado de este modo, garantizar la solvencia de dichas entidades<sup>199</sup>.

A modo de esquema, el capital primario o Tier 1 estaría compuesto por las [acciones ordinarias + acciones preferentes + reservas publicadas]

Por su parte, el capital secundario o Tier 2 estaría integrado por [las reservas no publicadas + reservas de revalorización + provisiones genéricas para futuras pérdidas hasta el 1,5% de los activos ponderados por Riesgo + instrumentos híbridos de deuda-capital + obligaciones o deuda subordinada de medio y largo plazo, hasta el cincuenta por ciento del capital de primer nivel]<sup>200</sup>.

El Tier 3 estaría integrado por aquellas obligaciones subordinadas a corto plazo destinadas exclusivamente a cubrir riesgos de mercado y sujetas a determinadas condiciones, mientras que de acuerdo a Basilea I, la deuda subordinada a medio y largo plazo puede ser

---

<sup>199</sup> El CSBB decide que, a efectos de supervisión, el capital se defina en dos niveles, de modo que al menos el 50% de la base de capital de cada banco consista en un componente esencial o básico (Nivel 1) –capital social y reservas declaradas, procedentes de los beneficios no distribuidos después de impuestos-. El resto, denominado capital complementario se admitirá en el Nivel 2 hasta un máximo del 100% del Nivel 1. Los componentes de este Nivel 2 serían las reservas no declaradas, las reservas de revalorización, las provisiones genéricas o reservas generales para préstamos dudosos, los instrumentos híbridos de deuda/capital, la deuda subordinada a plazo (más ampliamente el documento de Convergencia internacional de medidas y normas de capital de junio de 2006 publicado por el Banco Internacional de Pagos en [www.bis.org](http://www.bis.org))

<sup>200</sup> Basilea II mantiene la definición y composición del Tier 2 aunque se introducen algunas modificaciones en relación a los ajustes y deducciones por inversiones.

considerada como capital secundario Tier 2 siempre que cumpla las siguientes características: (i) un plazo mínimo de cinco años, (ii) su adición al capital regulatorio debe reducirse en un 20% anual durante los últimos cinco años, (iii) no debe servir para absorber pérdidas y (iv) el monto máximo de este tipo de capital secundario está limitado a un cincuenta por ciento del capital primario o Tier 1.

A partir de la creación, distribución y comercialización masiva de determinados productos financieros que se asimilaban al capital desde el punto de vista económico, resultó harto complicado integrar esos productos o partidas contables dentro de una u otra categoría, de forma que una entidad podía cumplir las exigencias de capital regulatorio con un nivel de capital y reservas exiguo e insuficiente a efectos de solvencia. Para evitar esto, Basilea III<sup>201</sup> instaura el *Common equity tier 1* (CET1) que fue fijado en el cuatro y medio por ciento<sup>202</sup>, creando un subnivel dentro del Tier 1 en el que se diera cabida al *core capital*.

Se trataba de fijar el porcentaje mínimo de capital que todas las entidades deberían mantener teniendo en cuenta que los instrumentos o partidas que integraran el CET1 debían estar plenamente disponibles para la cobertura de pérdidas sin ver afectada la continuidad de la entidad financiera (*going concern*). Las partidas del *core capital* no debían implicar ninguna obligación de retribución o reembolso, debían contar con el máximo grado posible de subordinación, además de no contar con una fecha de vencimiento o un incentivo para ser ejercidos. El CET1 será el componente principal del Tier 1, pudiendo estar este último integrado, además, por aquellos instrumentos perpetuos, subordinados a todos los acreedores y con retribución discrecional siempre que pudieran ser aplicados a cubrir pérdidas sin tener que liquidar la entidad. El ratio mínimo de Tier 1 sobre activos ponderados queda fijado en un seis por ciento y el ratio de capital regulatorio (Tier 1+ Tier

---

<sup>201</sup> La Unión Europea trasladó a su ordenamiento jurídico los acuerdos de Basilea III mediante el Reglamento (UE) núm. 575/2013, de 26 de junio, sobre requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión y mediante la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión. En España estas normas fueron transpuestas preliminarmente a partir del Real decreto ley 14/2013, de 29 de noviembre y definitivamente mediante la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

<sup>202</sup> El CET1 inicialmente fue fijado el 1 de enero de 2013 en el 3,5% para alcanzar el 4,5% a partir del 1 de enero de 2015.

2) sería como mínimo de un ocho por ciento. No obstante lo anterior, se exige adicionalmente la constitución de un colchón de conservación de capital por el que se deberá contar con un *Common Equity* igual o superior al dos y medio por ciento del valor de sus activos ponderados por riesgo, provocando su incumplimiento la restricción en la distribución de resultados de la entidad financiera. Por otra parte, el colchón anticíclico sólo deberá dotarse en fases expansivas del crédito hasta un máximo del dos y medio por ciento<sup>203</sup>.

Además, a partir de Basilea III se reduce y simplifica la categorización de niveles de capital incorporando dentro del Tier 1 un ratio de *core capital* que supondrá el setenta y cinco por ciento del capital regulatorio de primer nivel. El Tier 2 se simplifica y todo el capital de dicho tramo quedará subordinado a depositantes y acreedores generales, debiendo tener un período de “maduración original” de al menos cinco años. Se trataría de absorber las pérdidas en situación de insolvencia (*gone concern*). El Tier 3, por su parte, queda eliminado intentado que el capital utilizado para alcanzar los requerimientos de riesgo de mercado tenga la misma calidad que el necesario para el riesgo de crédito y operacional.

A2) NORMATIVA ESTATAL.- La normativa sectorial de nuestro país en cuanto a la regulación del sector bancario resulta un complejo y disperso laberinto normativo integrado por numerosas directivas europeas, leyes, reales decretos y circulares del Banco de España de complicada coherencia entre sí y sin demasiado rigor sistemático.

El punto de partida es la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (en la actualidad derogada en virtud de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades financieras) que establecía las nuevas bases de regulación de los coeficientes de inversión de las entidades de depósito y otros intermediarios financieros como el coeficiente de garantía. Hasta ese momento, el nivel mínimo de recursos propios de los bancos y de las cooperativas de crédito se definía sobre los depósitos y bonos de

---

<sup>203</sup> Si añadimos el colchón de conservación de capital que las entidades deben constituir, el ratio del *Common Equity* quedaría fijado en un mínimo del 7% (4,5% + 2,5%) del valor de los activos ponderados por riesgo.

caja, mientras que las cajas de ahorro no tenían formalmente un coeficiente similar, por lo que resultaba entonces necesario establecer un criterio sobre los recursos propios de las entidades de modo que este fuera más ajustado y eficiente y teniendo en cuenta que el volumen de depósitos y títulos no reflejaba adecuadamente el nivel de riesgos que cada entidad asumía.

La redacción originaria del artículo 7 de esta Ley 13/1985 determinaba los ‘recursos propios’ de la Entidades de depósito que quedarían integrados por “el capital social de las Sociedades, los fondos fundacionales de las Cajas de Ahorro y las aportaciones de las Cooperativas de Crédito, las reservas efectivas y expresas, los fondos y provisiones genéricos, los fondos de la obra benéfico-social de las Cajas de Ahorro de educación y obras sociales de las Cooperativas de Crédito y *“las financiaciones recibidas por la entidad que, a efectos de prelación de créditos, se sitúen detrás de todos los acreedores comunes, siempre que el plazo original de dichas financiaciones no sea inferior a cinco años, y el plazo remanente hasta su vencimiento no sea inferior a un año. Estas financiaciones subordinadas serán computables hasta la cuantía que en cada caso autorice el Banco de España*<sup>204</sup>”.

Las diversas modificaciones operadas en el artículo 7 de la Ley 13/1985 planteaban los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de entidades de crédito como una foto fija a partir del “capital social, fondo fundacional, *las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros*, las reservas, fondos y reservas genéricas, los fondos de la Obra Benéfico-Social de las Cajas de Ahorros y los de educación y promoción de las

---

<sup>204</sup> La cursiva es mía. En relación al régimen de las financiaciones subordinadas, este artículo queda modificado en virtud del artículo 1 de la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras, quedando detallados los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de las entidades de crédito y citando entre ellos “(...) las financiaciones subordinadas y las demás partidas, exigibles o no, susceptibles de ser utilizadas en la cobertura de pérdidas (...)”. A partir de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, se introducen expresamente como recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de estas las participaciones preferentes y las cuotas participativas de las cajas de ahorros. A partir de la última modificación que sufre el referido artículo 7 y operada en virtud de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, queda derogada la referencia como recursos propios de las entidades de crédito a las cuotas participativas.

Cooperativas de Créditos, *las participaciones preferentes, las financiaciones subordinadas*, otras partidas exigibles o no, susceptibles de ser utilizadas en la cobertura de pérdidas<sup>205</sup>”.

Como se deduce del artículo anteriormente transcrito, entre los elementos que componen el capital de las entidades de crédito se encuentran las ‘financiaciones subordinadas’, las ‘cuotas participativas’ y las ‘participaciones preferentes’, por lo que si junto a esto tenemos presente los requerimientos necesarios de capital regulatorio exigidos por Basilea y por la normativa estatal, estaríamos ante unos instrumentos financieros relativamente sencillos de implementar por parte de todas las entidades financieras para poder cumplir con las referidas exigencias de capital regulatorio.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta entendible el motivo por el que este tipo de instrumentos financieros fueron comercializados de forma generalizada por parte de las entidades financieras, y sobre todo por las cajas de ahorros que contaban con mayores problemas para ampliar su capital y cumplir con el capital exigido. Este punto de partida es fundamental para entender la evolución del fenómeno de la financiación subordinada, y de otros productos como las cuotas participativas y las participaciones preferentes.

## B) LAS CUOTAS PARTICIPATIVAS Y LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

Asimiladas a los recursos propios computables de las entidades financieras y con una prelación de cobro -debido a su naturaleza jurídica- postergada a otros acreedores, se encuentran las cuotas participativas y las participaciones preferentes que, si bien su estudio no es objeto de este trabajo, dedicaremos unas breves líneas a las mismas con la idea de completar la justificación de su comercialización indiscriminada junto a la financiación subordinada como medio para aumentar el ratio de capital de las entidades financieras.

Las ‘cuotas participativas’ surgen a finales de los años ochenta con el fin de intentar solventar las necesidades de capital que, ya por aquel entonces, sufrían las cajas de ahorros y que hacían peligrar su estabilidad y solvencia financiera. Ante la escasa o nula utilización

---

<sup>205</sup> La cursiva es mía.

de dichos recursos por parte de las cajas de ahorro, y en consecuencia, sin conseguir los objetivos que su creación intentaba alcanzar como fórmula para paliar las dificultades de captación de recursos propios básicos por parte de estas<sup>206</sup>, son reguladas íntegramente a partir del artículo 14 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero<sup>207</sup>.

Las cuotas participativas son definidas en la Ley 44/2002 como “valores negociables que representan aportaciones dinerarias de duración indefinida, que pueden ser aplicadas en igual proporción y a los mismos destinos que los fondos fundacionales y las reservas de la entidad”. Se preveían como derechos de carácter económico (i) la participación en el reparto del excedente de libre disposición de la caja en la proporción que el volumen de cuotas en circulación suponga sobre el patrimonio de la caja más el volumen de cuotas en circulación, (ii) la percepción de una retribución de carácter variable con cargo a la parte del excedente de libre disposición que les corresponda o en su caso al Fondo de Estabilización, (iii) la suscripción preferente de cuotas participativas en nuevas emisiones, (iv) la obtención de su valor liquidativo en caso de liquidación, así como (v) la obtención en determinados casos de amortización del valor de mercado de las cuotas participativas.

Carecían de derechos políticos y cotizaban en mercados secundarios organizados<sup>208</sup>. Además se fijaba que el volumen de las cuotas participativas en circulación, no podría superar el 50% del patrimonio de la caja de ahorros.

---

<sup>206</sup> Esta norma intenta fomentar y dinamizar la emisión de estos instrumentos ya que no se había podido conseguir a partir de la disposición adicional 12ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito y en el Real Decreto 664/1990, de 25 de mayo, sobre cuotas participativas.

<sup>207</sup> A partir de la modificación a tales efectos del artículo 7 de la Ley 13/1985.

<sup>208</sup> La norma igualmente establecía la limitación de que “ninguna persona, natural o jurídica o grupo económico podían ostentar, directa o indirectamente, cuotas participativas por importe superior al 5% de cuotas totales vigentes”. De superarse este límite se suspenderían todos los derechos económicos de las cuotas adquiridas por dicha persona o grupo económico. Esta limitación podría ser excepcionada bajo previa autorización del Banco de España para el Fondo de Garantía de Depósitos u otras entidades del sector de cajas de ahorros “en situaciones de excepcional gravedad que pongan en peligro la efectividad de sus recursos propios, así como la estabilidad, liquidez y solvencia de la entidad emisora”.

La regulación normativa de las cuotas participativas se completa a partir del Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, sobre cuotas participativas con un conjunto de elementos destinados a clarificar su configuración como instrumento de renta variable pura desprovisto de derechos políticos y que forma parte de los recursos propios básicos por su naturaleza<sup>209</sup>.

En este mismo sentido, el Banco de España aporta una definición más sencilla y práctica refiriéndose a las cuotas participativas como “activos financieros o valores negociables que pueden emitir las cajas de ahorros. Representan aportaciones dinerarias de duración indefinida que pueden ser aplicadas en igual proporción y a los mismos destinos que los fondos fundacionales y las reservas de la entidad. Son un instrumento de renta variable – han de cotizar en un mercado secundario organizado- y están desprovistas de derechos políticos”<sup>210</sup>.

A partir de la disposición transitoria tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y tras la fusión e integración de las cajas de ahorros se determina, en relación a estas cuotas, que el régimen previsto en la Ley 13/1985 permanecerá vigente hasta que se produzca la amortización total de las cuotas participativas vivas a la fecha de entrada en vigor de esta norma<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> Este Real Decreto intenta completar determinados aspectos de índole fundamentalmente técnica que resultan necesarios para que las Cajas pudieran emitir cuotas y así cumplir con el capital regulatorio exigido. Igualmente, su artículo 1 define de nuevo las cuotas participativas como “valores negociables que representan aportaciones dinerarias de duración indefinida que pueden ser aplicadas en igual proporción y a los mismos destinos que los fondos fundacionales y las reservas de la entidad”. Tienen carácter nominativo y les será de aplicación el artículo 22 del Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles.

<sup>210</sup> *Vid.* el glosario del Portal del cliente bancario en [www.bde.es](http://www.bde.es). Su precio de emisión ha de ser coherente con el valor económico de la Caja.

<sup>211</sup> Como anticipo a esta Ley 10/2014, la disposición adicional 13ª de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias establecía en relación a la amortización de las cuotas participativas que “en el plazo de 6 meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta ley, las cajas de ahorros que hubieran emitido cuotas participativas con anterioridad, deberán presentar a aprobación del Banco de España un plan específico de amortización de las mismas. Pasado este tiempo, las cajas no podrán seguir computando las cuotas participativas como recursos propios”. Un ejemplo de ello fueron las cuotas participativas emitidas en 2008 por la Caja de ahorros del Mediterráneo (CAM). El 31 de marzo de 2014 Caja Mediterráneo-Obra Social- comunica el hecho relevante, a los efectos de la CNMV, en virtud del cual y “por efecto de la entrada en vigor de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, la Entidad quedó automáticamente transformada en fundación de carácter especial, con disolución directa de todos sus órganos de gobierno y baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España.

Las ‘*participaciones preferentes*’ (también denominadas acciones preferentes cuando son emitidas por una sociedad extranjera) son un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España). Son los últimos inversores en cobrar en caso de liquidación o quiebra de la entidad, sólo antes de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes<sup>212</sup>.

Generan un derecho a percibir una remuneración predeterminada, sin derechos políticos para sus titulares y cuyo devengo quedará condicionado, como se ha indicado anteriormente, a la existencia de beneficios distribuibles de la entidad emisora. A diferencia de las cuotas participativas, no otorgan derechos de suscripción preferente para futuras nuevas emisiones.

La regulación fundamental de las participaciones preferentes se recoge en la Ley 19/2003, de 4 julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, a partir de su disposición adicional tercera, que introduce una nueva disposición adicional segunda a la ya derogada Ley 13/1985 en la que se especifican los requisitos que tendrán que cumplir las participaciones preferentes a los efectos de poder ser computadas como recursos propios.

Entre dichos requisitos se encuentran (i) el derecho a percibir una remuneración condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la entidad de crédito dominante o en el grupo o subgrupo consolidable y según las condiciones a tal efecto fijadas en la emisión, pudiendo además ser sustituido el pago de dicha remuneración (si así lo indican

---

Habida cuenta de que no puede constituirse formalmente la fundación sin la amortización formal de las cuotas participativas (...) las cuotas participativas han quedado amortizadas, todo ello, a los efectos de que desaparezcan del tráfico jurídico”. Estas cuotas participativas habían sido valoradas en la Cuentas Anuales de la entidad en 2011 (aprobadas por la Asamblea General con fecha 9 de julio de 2012 a propuesta del FROB como administrador provisional nombrado por el Banco de España a cero euros sin que dicho valor contable se hubiera modificado hasta la fecha de su efectiva amortización.

<sup>212</sup> Vid. glosario del Portal del cliente bancario en [www.bde.es](http://www.bde.es)

las condiciones de la emisión y con limitaciones que pudieran existir a este respecto) por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz, (ii) no otorgar derechos políticos a sus titulares ni derechos de suscripción respecto de futuras nuevas emisiones, (iii) su carácter perpetuo (aunque se pueda acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España<sup>213</sup>), (iv) la cotización en mercados secundarios organizados, (v) su orden de prelación inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, y delante de los accionistas ordinarios, y en su caso de los cuotapartícipes, en los supuestos de liquidación o disolución y (vi) su derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha en el caso de que esta no hubiera sido objeto de cancelación<sup>214</sup>.

En similares términos las ha definido el Tribunal Supremo al considerarlas valores atípicos de carácter perpetuo que contablemente forman parte de los recursos propios de la entidad que los emite, pero que no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios<sup>215</sup>.

Son denominados híbridos financieros en cuanto combinan caracteres típicos del capital y otros de la deuda: no atribuyen derecho a la restitución del valor nominal, por lo que puede hablarse de un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad emisora debe estar invertido en su totalidad y permanentemente en la entidad o en su dominante, de manera

---

<sup>213</sup> “que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. A estos efectos, el banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad”

<sup>214</sup> En virtud de la disposición transitoria de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, se regula que “las participaciones preferentes emitidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y que no cumplan los requisitos establecidos para este tipo de instrumentos en esta norma, podrán continuar computándose como recursos propios de las entidades de crédito y sus grupos con los límites que reglamentariamente se establezcan”.

<sup>215</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo 458/2014, de 8 de septiembre (*Tol 4522484*). Del mismo modo, se recomienda consultar la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 84 de Madrid 60/2014, de 17 de marzo (*Tol 4277919*) que resulta ser un magnífico manual en relación a dichas participaciones preferentes.

que quede directamente afecto a los riesgos y la situación financiera de la entidad<sup>216</sup>, y sin que la comercialización de dicho producto financiero de carácter perpetuo pueda ser considerado contrario al orden público<sup>217</sup>.

En definitiva, las participaciones preferentes podrían considerarse un tercer género entre la renta fija, con una estructura similar a la deuda subordinada, y la renta variable, ya que a efectos contables se consideran valores representativos del capital social de su emisor, pero otorgan a su titular derechos diferentes a los de las acciones ordinarias.

### C) CONTEXTO ACTUAL

A partir de la crisis financiera iniciada en 2007 y recrudecida en el 2008 con la caída del Banco de inversión *Lehman Brothers*, se produjo una restricción del acceso a la financiación de los mercados y a la liquidez. Todo ello desembocó en una crisis de la deuda soberana que unido a la fuerte exposición en nuestro país a las inversiones inmobiliarias produjo un incremento considerable de la morosidad y el deterioro de los activos inmobiliarios y financieros, con el consiguiente incremento de la dotación por parte de las entidades financieras en concepto de provisiones. Con este escenario, era cuestión de tiempo que las entidades financieras de nuestro país, y sobre todo las cajas de ahorros (que mantenían una estructura financiera menos equilibrada y más debilitada que los bancos) comenzaran a sufrir problemas de solvencia y de liquidez.

Se hacía necesario implementar una reestructuración ordenada del sistema bancario español con el objetivo de mantener la confianza y de incrementar su fortaleza y solvencia. Fruto de dicha necesidad, así como por la exigencia supranacional de un mayor nivel de solvencia en las entidades financieras tuvo lugar por parte del Ministerio de Economía, del Banco de España y del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) la reestructuración financiera más importante llevada a cabo hasta ese momento. Para mantener dicha

---

<sup>216</sup> Fundamento jurídico octavo de la sentencia del Tribunal Supremo 458/2014, de 8 de septiembre (*Tol 4522484*). La Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, en su sentencia 163/2013, de 4 de abril de 2013 (*Tol 3660221*) las define como “valor negociable de imprecisa naturaleza”.

<sup>217</sup> En la referida sentencia del Tribunal Supremo 458/2014, de 8 de septiembre (*Tol 4522484*) se dictamina que el carácter perpetuo de las participaciones preferentes no es contrario al orden público.

solvencia y equilibrio financiero, los dos objetivos principales eran por un lado, conseguir la bancarización del sector y por el otro, que las entidades adoptaran un tamaño adecuado que garantizara su estabilidad financiera, así como su eficiencia y competitividad.

En busca de ese objetivo algunas entidades se fusionaron en aras a conseguir una mayor solvencia y viabilidad, y otras tuvieron que ser rescatadas por el (FROB) para ser vendidas o fusionadas posteriormente a otras entidades<sup>218</sup>. El punto álgido de esta reestructuración del sector financiero fue la intervención de Bankia, que a pesar de haber integrado bajo su nombre a distintas cajas de ahorros, no pudo conseguir los requerimientos de solvencia necesarios que garantizaran su continuidad y fue intervenida en junio de 2012.

Esta intervención y la recapitalización de parte del sistema financiero español trajo consigo en junio de 2012 la solicitud, por parte del Gobierno, de la asistencia financiera del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) que adoptó la forma de préstamo al Estado español e implicó la firma en julio de 2012<sup>219</sup> del “Memorándum de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera”.

#### D) REGULACIÓN ACTUAL DE LOS REQUERIMIENTOS DE CAPITAL

La respuesta regulatoria a las mayores exigencias de capital en España se produjeron a partir del Real decreto ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, que con la finalidad de reforzar el sistema financiero español anticipa en nuestro ordenamiento las exigencias de Basilea III a este respecto. Quedan fijados, a partir del párrafo 1º y 2º del artículo 1 de dicha norma, y con carácter general, en el 8% de los activos

---

<sup>218</sup> A los efectos de visualizar las entidades financieras fusionadas e intervenidas y el coste de los esquemas de protección de ayudas a las mismas se recomienda consultar CLIMENT SERRANO, S.: “La reestructuración del sistema bancario español tras la crisis y la solvencia de las entidades financieras. Consecuencias para las cajas de ahorros”, *Revista de Contabilidad*, junio-septiembre 2013, vol. 16 (2) y en la página web: “[www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1138489113000046](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1138489113000046)”

<sup>219</sup> Todos estos documentos se encuentran disponibles en la página web del Banco de España: “[www.bde.es/bde/es/secciones/prensa/infointeres/reestructuracion](http://www.bde.es/bde/es/secciones/prensa/infointeres/reestructuracion)”

ponderados por riesgo<sup>220</sup>. Se debe tener en cuenta que en el 2011 la Ley 13/1985 se encontraba en vigor, por lo que a efectos del cálculo del capital regulatorio las normas se remitían a dicha Ley.

El Real decreto ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, vuelve a modificar los requerimientos de capital, dejándolos en el 9% de los activos ponderados por riesgo y debiendo, además, cumplirse este requerimiento a partir del 1 de enero de 2013<sup>221</sup>

Finalmente, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito transpone definitivamente la normativa europea que trasladó los acuerdos adoptados en Basilea III, quedando derogada la siempre presente Ley 13/1985. A partir de su entrada en vigor, la Ley 10/2014 es la norma que regula los requisitos de solvencia que deben cumplir todas las entidades financieras (junto a sus disposiciones de desarrollo y el Reglamento de la UE número 575/2013, de 26 de junio<sup>222</sup>).

La Ley 10/2014 articula asimismo un conjunto de requisitos de capital 1 ordinario adicionales a los establecidos en el Reglamento UE número 575/2013: los denominados ‘colchones de capital’. Según manifiesta la Exposición de Motivos de la referida Ley, dos de estos colchones no serán discrecionales -el de conservación de capital y el previsto para las entidades de importancia sistémica mundial-, mientras que adicionalmente el Banco de España contaría con cierta discrecionalidad para la exigencia del colchón para otras entidades de importancia sistémica. Estos tres colchones surgían como un capital adicional

---

<sup>220</sup> Y en un 10% para las entidades que tengan un coeficiente de financiación mayorista superior al 20% y además no tengan distribuidos títulos representativos de su capital (o derechos de voto) a terceros por un porcentaje superior o igual al 20%.

<sup>221</sup> De acuerdo al Considerando 23 del “Memorándum de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera”, de julio de 2012.

Esta modificación del Real decreto ley 2/2011 se introduce a partir de la disposición final séptima la modificación del artículo 1 de dicho Real decreto ley, que además de fijar dicho porcentaje (calculado a partir de la Ley 13/1985) posibilita que el Banco de España pueda exigir a las entidades o grupos citados en dicho artículo 1 el cumplimiento de un nivel de capital superior al indicado si la entidad no alcanza, en el escenario más adverso de una prueba de resistencia del conjunto del sistema (los denominados test de estrés) el nivel de recursos mínimos exigidos en dicha prueba y hasta le límite de dicha exigencia.

<sup>222</sup> Artículo 39 de la Ley 10/2014 en relación a la normativa de solvencia.

con el que poder hacer frente a pérdidas inesperadas o a cubrir riesgos de entidades con carácter sistémico<sup>223</sup>, y todo ello sin perjuicio de los requisitos de recursos propios establecidos en el Reglamento UE número 575/2013 y aquellos que en su caso pueda exigir el Banco de España.

La Circular del Banco de España 2/2014, de 31 de enero, establece en relación a los recursos propios un ratio de capital nivel 1 ordinario del cuatro y medio por ciento y un ratio de capital nivel 1 total del seis por ciento (a cumplir por parte de las entidades financieras entre el 1 de enero y el 31 diciembre 2014) igualando dichos ratios a los establecidos en el artículo 92 del Reglamento (UE) número 575/2003 de un *core capital* del cuatro y medio por ciento, un ratio total del nivel 1 del seis por ciento y un ratio total de capital del ocho por ciento.

A partir del Real decreto ley 84/2015, de 13 de febrero, como desarrollo normativo de la Ley 10/2014, las entidades de crédito deberán mantener niveles adicionales de capital de nivel 1 ordinario a los exigidos por el Reglamento (UE) número 575/2013, de 26 de junio de 2013.

Supuesta la adaptación de las medidas económicas y financieras descritas anteriormente, así como la implementación en nuestro sistema financiero de los colchones de capital, se dota al supervisor de herramientas de carácter eminentemente macroprudencial que, junto con la política monetaria y la política fiscal, podrían contribuir a suavizar los ciclos económicos<sup>224</sup> y evitar, en la medida de lo posible, otras crisis bancarias.

---

<sup>223</sup> El colchón anticíclico y el colchón contra riesgo sistémico son herramientas de las que dispondrá el Banco de España para reducir los efectos procíclicos, así como los sistémicos.

<sup>224</sup> Destacamos la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicio de inversión, que consagra la distinción entre la liquidación y la resolución de una entidad financiera. Mientras que la “liquidación” haría referencia a la finalización de las actividades de una entidad financiera y previsto para entidades de reducido tamaño y complejidad, la “resolución” implicará un proceso singular de carácter administrativo por el que se gestionaría la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicio de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera. A los efectos de esta “resolución” se regulan, entre otros extremos, las operaciones de recapitalización (bien con utilización de los recursos del Fondo de Resolución Nacional, bien a partir de acciones ordinarias o aportaciones al capital social o a partir de instrumentos convertibles en estos), la amortización y conversión de instrumentos de capital y la recapitalización interna, detallando para ello los pasivos admisibles y los excluidos a efectos de dicha recapitalización interna.

## E) LA FINANCIACIÓN SUBORDINADA COMO RENTA FIJA

El último instrumento o herramienta empleado por las entidades financieras al objeto de engrosar sus recursos propios además de las cuotas participativas y de las participaciones preferentes es la deuda subordinada entendida esta como un “instrumento de renta fija emitido con características inferiores a las emisiones normales, principalmente porque su titular queda por detrás de todos los acreedores comunes en preferencia de cobro (orden de prelación)”.

En el caso de las entidades de crédito esta deuda es considerada, junto a las participaciones preferentes, un instrumento híbrido de capital, en el sentido de que cumple ciertos requisitos que lo asemejan parcialmente al capital ordinario de las entidades de crédito, y es computable como recursos propios de las entidades<sup>225</sup>. Se trata de uno o varios títulos emitidos por una sociedad o por una entidad bancaria que representan una parte de una deuda a favor de su tenedor (será deuda subordinada para el acreedor y financiación subordinada para el deudor). Si bien pueden ser emitidas por empresas privadas, el auge en la comercialización de dichos productos bancarios fue a partir de los títulos emitidos por entidades financieras.

Esta deuda subordinada emitida por las entidades financieras adopta la forma de producto de inversión financiera que las entidades financieras ofertan a sus ahorradores como medio de captar pasivo (sus ahorros) ofreciendo una elevada remuneración<sup>226</sup>. Son productos de renta fija a largo plazo, que pueden clasificarse como instrumentos financieros complejos de riesgo alto y de naturaleza híbrida entre la deuda y las acciones<sup>227</sup>. Las modalidades principales de dichos productos fueron las ‘obligaciones subordinadas’ y los ‘bonos subordinados’, diferenciándose entre sí a partir del plazo de reembolso, de modo que

---

<sup>225</sup> Vid. glosario del Portal del cliente del Banco de España:

[www.bde.es/clientebanca/es/Menu\\_Botonera/Glosario/D/Deuda\\_subordinada.html](http://www.bde.es/clientebanca/es/Menu_Botonera/Glosario/D/Deuda_subordinada.html)

<sup>226</sup> Por elevada remuneración se comprende aquella que es sensiblemente superior a la ofertada en productos de ahorro tales como Imposiciones a plazo fijo, fondos de inversión, etc.

<sup>227</sup> Definición esta comúnmente empleada siendo asimismo trascrita por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia 127/2013, de 17 de junio (*Tol 3914656*).

cuando estos títulos se emiten a un plazo inferior a cinco años son denominados *bonos*, mientras que cuando se emiten a un plazo superior se denominan *obligaciones*<sup>228</sup>.

Las obligaciones subordinadas “constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común a las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento, constituyendo uno de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello”<sup>229</sup>.

El principal atractivo de este producto es la rentabilidad, bastante más elevada que los productos de ahorro tradicionales, pero como bien es sabido, la rentabilidad es un concepto íntimamente ligado al riesgo, y este era, por un lado, (i) la escasa liquidez del producto y por otro, (ii) la prelación de cobro o recuperación de dicha inversión en el supuesto de que la entidad o empresa emisora de dichos títulos quebrara o fuera insolvente. Existe, por tanto, un riesgo vinculado directamente a la solvencia de la entidad emisora, pudiendo perder no solo los intereses pactados sino también el capital invertido

La liquidez se obtiene a partir de su venta en el mercado secundario, de modo que una vez que en dicho mercado secundario se encuentra comprador para dicha inversión se cruza la orden de venta y de compra y este era el modo en que el inversor recupera su inversión o el

---

<sup>228</sup> Vid. la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, en la redacción dada a la misma por la Ley 13/1992 de 1 de junio de Recursos Propios y Supervisión en Bases Consolidadas de las Entidades Financieras que contempla en su artículo 7 que “los recursos propios de las Entidades de créditos y los grupos consolidables de entidades de crédito comprenden (...) las financiaciones subordinadas”

<sup>229</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, 74/2013, de 15 de marzo (*Tol 3406190*) que acude a la doctrina autorizada (TAPIA HERMIDA) para definir y delimitar conceptualmente las obligaciones subordinadas.

importe invertido (además de los intereses que en concepto de la misma hubiera podido percibir).

Asimismo, y como su nombre indica, sus tenedores serían los últimos que pudieran cobrar por dicho concepto al quedar sus créditos subordinados en virtud de la naturaleza jurídica de dicha financiación subordinada, teniendo lugar un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la *par condicio creditorum* sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción en menos inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes de derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el artículo 913 del Código de comercio<sup>230</sup>.

Al igual que las participaciones preferentes, las financiaciones subordinadas no cuentan con el respaldo del Fondo de Garantía de Depósitos pues no se consideran depósitos en dinero y en valores u otros instrumentos financieros constituidos en las entidades de crédito<sup>231</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, dichas emisiones de deuda subordinada, además de contar con el riesgo principal de la quiebra o de la insolvencia de la Entidad emisora, y la pérdida de dicha inversión para el acreedor, contaba con el riesgo de la iliquidez en el supuesto de no encontrar comprador en el mercado secundario<sup>232</sup>.

Así las cosas, y a partir de la crisis económica y financiera global y la propia sufrida en nuestro país, varias cajas de ahorro y entidades tuvieron serios problemas de solvencia que hicieron imposible no sólo el abono de la remuneración correspondiente a los inversores, sino también la devolución de los capitales invertidos por dichos conceptos. Al igual que

---

<sup>230</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, 74/2013, de 15 de marzo (*Tol 3406190*).

<sup>231</sup> [www.fgd.es/es/info\\_regulacion\\_dinero2.html](http://www.fgd.es/es/info_regulacion_dinero2.html)

<sup>232</sup> La CNMV ([www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/guia\\_rentafija.pdf](http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/guia_rentafija.pdf)) además de hacer referencia a la categorización de las obligaciones subordinadas, incluye las obligaciones subordinadas especiales, destacando de estas que no tienen plazo de vencimiento (pudiendo ser perpetuas), con un diferimiento del pago de intereses en caso de pérdidas de las entidad teniendo en cuenta que el inversor podría perder todo el importe invertido, así como los intereses devengados y no pagados si una vez agotadas las reservas y recursos asimilables al capital en caso de que la entidad necesitara absorber pérdidas. Se situarán en un procedimiento concursal o de insolvencia detrás de las deudas subordinadas no especiales y delante de las participaciones preferentes.

sucede en los préstamos participativos, las financiaciones subordinadas no cuentan con normas de coordinación y armonización en relación a su tratamiento dentro de un procedimiento concursal, pudiendo, en este caso, asimilar dicha financiación subordinada a la subordinación contractual del artículo 92.2 LC, en los términos que veremos posteriormente.

E1) JURISPRUDENCIA.- La jurisprudencia<sup>233</sup>, en este caso menor, determina que “las obligaciones subordinadas son un producto complejo con riesgos superiores a los de una cuenta o depósito tradicional, por lo que el perfil del inversor de este tipo de productos debería ser un inversor especializado, y con conocimientos financieros, e invertir siempre cantidades ahorradas que el cliente se pueda permitir perder”.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Cáceres<sup>234</sup>, en su sentencia de 12 de marzo de 2014 continúa la línea de la anterior sentencia al manifestar que las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del artículo 79 bis 8. a) de la Ley de Mercado de Valores (LMV). Otras resoluciones consideran igualmente que estamos ante un producto complejo por cuanto son de difícil seguimiento respecto a su rentabilidad y cotizan en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de la inversión y proceder a su venta y correlativamente se incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión<sup>235</sup>.

Estos productos complejos exigen, especialmente en el caso de que se contrate con inversores sin conocimientos precisos, que la entidad bancaria cumpla unos mayores deberes de diligencia a la hora de ofrecer información al cliente sobre los datos esenciales del producto, a fin de que sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las

---

<sup>233</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia 127/2013, de 17 de junio de 2013 (*Tol 3914656*).

<sup>234</sup> Fundamento jurídico segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 72/2014, de 12 de marzo (*Tol 4146591*).

<sup>235</sup> Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, 33/2014, de 3 de febrero (*Tol 4187178*), la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 25/2014, de 28 de enero de 2014 (*Tol 4112169*), la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, núm. rec. 671/2012, de 17 de enero de 2014 (*Tol 4085258*), la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21ª, núm. rec. 401/2012, de 16 de enero de 2014 (*Tol 4120501*), o la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 392/2013, de 27 de noviembre (*Tol 4039053*), entre otras.

consecuencias del mismo. El incumplimiento de estos deberes puede determinar el error en el consentimiento y un vicio en la formación de la voluntad del cliente al contratar el producto financiero complejo<sup>236</sup>, como podemos observar en numerosas resoluciones judiciales que manifiestan la falta de conocimiento de determinados inversores, bien del producto contratado, bien de la posible evolución o de determinadas consecuencias del producto contratado.

“La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto<sup>237</sup>”.

Para ello, ha de tenerse en cuenta que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, pudiendo provocar en el cliente inversor una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no vicia el consentimiento el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el artículo 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información, teniendo en cuenta que existirá vicio en el consentimiento prestado cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> Fundamento jurídico tercero de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 72/2014, de 12 de marzo de 2014 (*Tol 4146591*).

<sup>237</sup> Fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, de 20 de enero de 2014 (*Tol 4103965*).

<sup>238</sup> Fundamentos jurídicos undécimo y duodécimo de la sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, de 20 de enero de 2014 (*Tol 4103965*).

A fin de proteger los intereses de los inversores que pudieran haber sido perjudicados a partir de la comercialización masiva de este tipo de productos financieros complejos, la normativa MiFID junto a la jurisprudencia han determinado el grado de información exigible a las entidades financieras a este respecto.

## F) CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR: LA NORMATIVA MIFID

Para mejorar la transparencia y eficiencia de los mercados financieros europeos, aumentar la competencia entre las entidades que prestan servicios de inversión y reforzar la protección al inversor minorista surge la Directiva europea sobre los mercados de instrumentos financieros (conocida por sus siglas en inglés MiFID “*Markets in Financial Instruments Directive*”) incorporada al Derecho español a partir de la Ley 47/2007, de 20 de diciembre que modifica la Ley del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero<sup>239</sup>. En virtud de dicha norma, y a partir de la clasificación que ha de hacerse de los clientes, se regulan las normas de conducta que rigen las relaciones entre estos y las entidades, en función del tipo de cliente, intentando de este modo, ajustar al máximo las inversiones a las particularidades y necesidades de cada cliente. En consecuencia, se deberán valorar los conocimientos y experiencia en materia financiera de cada cliente en aras a precisar qué tipo de información ha de proporcionarse en función del producto de referencia y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

De acuerdo con el artículo 19.3 de la Directiva MIFID “se proporcionará a los clientes o posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre: los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas; esta información debería incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares”.

---

<sup>239</sup> Ver el documento de reflexiones sobre la MiFID el 24 de enero de 2007 en la Jornada de la CNMV sobre protección del inversor en la MiFID en:

[www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/salaPrensa/IntervencionesPublicas/delGobernador/mfo24107.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/salaPrensa/IntervencionesPublicas/delGobernador/mfo24107.pdf)

En cumplimiento con la normativa MiFID, las entidades están obligadas a realizar a sus clientes inversores dos cuestionarios para valorar tanto la idoneidad del producto, como el nivel de comprensión del cliente sobre el mismo.

El ‘test de conveniencia’, de conformidad con lo previsto en el artículo 79 bis 7 LMV<sup>240</sup> debe ser realizado por la entidad financiera cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales servicios, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda conocer sus competencias en materia financiera. El resultado de dicho test determinará si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa<sup>241</sup>. Como aclara el artículo 73 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión”.

El ‘test de idoneidad’, conforme al artículo 79 bis 6 LMV<sup>242</sup>, opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le

---

<sup>240</sup> Artículo 19.5 directiva 2004/39/CE

<sup>241</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, de 20 de enero de 2014 (*Tol 4103965*). En este sentido, ver por todos el artículo 73 y 74 del Real decreto 217/2008, de 15 de febrero, puesto que se trata de cerciorarse de que el cliente “tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”. En el supuesto de que la entidad financiera no haya contado con toda la información necesaria (el cliente no ha querido facilitársela) deberá realizar una advertencia, pudiendo (a diferencia del test de idoneidad) proporcionar al cliente el servicio solicitado. En este sentido, PULIDO BEGINES, J. L.: “El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MiFID”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 130, 2013, p. 39.

<sup>242</sup> Artículo 19.4 Directiva 2004/39 CE.

convengan<sup>243</sup>. En este caso la norma considera que el cliente forma su voluntad mediando la ayuda del prestador de servicios jugando este último un papel fundamental.

Toda esta normativa conlleva a una protección del cliente inversor de modo que este solo pueda contratar determinados productos cuando exista la certeza (y ello además quede recogido por escrito) de que no sólo conoce las características del mismo, sino que además pueda ser adecuado o conveniente a su perfil económico-cultural. A este respecto, la protección máxima de esta normativa es para el sector minorista, en contraposición con el sector profesional.

No obstante lo anterior, esta normativa, en muchos casos, no ha ofrecido la protección esperada al inversor, puesto que la ansiosa necesidad de cubrir los requerimientos de capital regulatorio por parte de las entidades financieras ha tenido como consecuencia la agresiva comercialización y “colocación” de estos productos entre quienes no conocían sus características ni podían prever sus consecuencias, haciendo caso omiso las entidades financieras de las advertencias y exigencias de la MiFID.

### **III.3 Sociedades deportivas anónimas**

Por último y con anterioridad a la subordinación tratada en la Ley concursal podemos citar igualmente la subordinación de los préstamos de personas cercanas en las sociedades anónimas deportivas, en virtud del Real decreto ley 1251/1999, de 16 de julio, que en su artículo 22 regula que “los créditos por préstamos hechos por los accionistas, consejeros y demás administradores de una sociedad anónima deportiva a favor de esta tendrán la consideración de subordinados respecto de los demás en los que la sociedad figure como deudora”.

Este artículo impone la subordinación de este tipo de préstamos en cualquier supuesto o situación; es decir, teniendo en cuenta la extensión y generalidad de la norma, cabría pensar que los préstamos otorgados por dichas personas relacionadas y detalladas en el artículo 22

---

<sup>243</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, de 20 de enero de 2014 (*Tol 4103965*).

anteriormente transcrito no podrían ser satisfechos hasta que el resto de préstamos de la sociedad anónima deportiva hubieran sido reembolsados.

Entendemos igualmente que en el supuesto de insolvencia y liquidación de la sociedad, así como en un procedimiento concursal, esta subordinación sería igualmente de aplicación. No obstante lo anterior, y como ya veremos con posterioridad, este supuesto, al igual que otros de subordinación convencional anteriormente relacionados, carecen de norma de coordinación en relación a un procedimiento concursal, por lo que en principio y al tratarse en este caso concreto de préstamos titularidad de accionistas, consejeros y administradores pudiéramos entender que estaríamos ante créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado<sup>244</sup> y por ende, colegir que serían calificados como subordinados en virtud de la legislación concursal.

---

<sup>244</sup> A este respecto, siguiendo a FERRÉ FALCON, J.: *Los créditos...*cit., pp. 65-67. Entendemos que esta subordinación afectará a aquellos accionistas cuya participación directa o indirecta, en el momento de nacimiento del crédito sea, al menos, del 5% del capital social, si la concursada tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o del 10% si no los tuviera, tal y como regula la LC, puesto que en los procedimientos concursales habrá de estarse a lo dictado por la Ley Concursal y no a la regulación sectorial.

## CAPÍTULO III. LA SUBORDINACIÓN CONCURSAL

### I. INTRODUCCIÓN A LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

La arcaica y dispersa normativa en materia concursal existente en nuestro país ha visto con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, el mejor instrumento para acomodar y asentar los principios del tráfico jurídico mercantil del siglo XXI a los preceptos legales vigentes.

Y es que, a pesar de que las crisis económicas y las insolvencias empresariales o de establecimientos mercantiles existen y han existido desde tiempos inmemoriales, lo cierto es que las normas vigentes en esta materia provocaban “inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio e intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas<sup>245</sup>”.

Desde la década de los ochenta<sup>246</sup> se pretendió una reforma de la materia acorde a la problemática de la época, intentando, entre otros extremos, estructurar y suprimir la multitud de privilegios existentes o regular un marco de reintegración concursal que no fuera contrario a la seguridad y al tráfico jurídico, como sucedía con la interpretación literal y jurisprudencial del artículo 878 del Código de Comercio<sup>247</sup>.

---

<sup>245</sup> Exposición de Motivos (I).

<sup>246</sup> *Vid.* por todos el Anteproyecto de Ley concursal de 1983.

<sup>247</sup> Como resumen de la situación anterior creada con el Código de Comercio, resulta significativa la sentencia del Tribunal Supremo 586/2010, de 29 de septiembre (*Tol 1962062*) cuyo fundamento jurídico tercero se transcribe a continuación: “Ante el riesgo de que los acreedores pudieran ser perjudicados mediante actos del deudor dirigidos a distraer activos, minorar su patrimonio y con ello, desatender los créditos contra él, y, en definitiva, con el fin de preservar el interés de los acreedores el artículo 878 CCom contemplaba la posibilidad de recomponer el patrimonio del quebrado mediante la retroacción de los efectos de la quiebra a una fecha fijada por el juez a partir de la cual no surtirían efecto los actos de dominio y administración del deudor, inhabilitado por la declaración de quiebra para administrar sus bienes. Debido a que el artículo 878.2 CCom establecía la nulidad sin mayor precisión (serán nulos), se abrieron paso en la doctrina dos posiciones en torno al sentido de la norma. Una de ellas, la que se defiende como correcta por la recurrente, fue favorable a entenderla como un supuesto de nulidad radical, por ministerio de la ley, no sujeta a ninguna otra condición más que a acreditar que los actos de dominio o de administración, que tenían por objeto bienes de su

La nueva Ley Concursal intentaba ofrecer respuesta a la tan esperada como necesaria reforma global del derecho concursal español sin que, por el contrario, supusiera una ruptura con la larga tradición concursal española, aunque sí una profunda modificación del derecho vigente “en la que se han tenido en cuenta las aportaciones doctrinales y prelegislativas realizadas en el ámbito nacional y las más recientes concreciones producidas en la legislación comparada , así como los instrumentos supranacionales elaborados para la unificación y la armonización del derecho en esta materia<sup>248</sup>”.

Una de ellas, y quizá de las más importantes, es la clasificación y graduación que dicha Ley establece respecto a los créditos concursales con el objetivo de restaurar el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores como regla general debiendo ser las excepciones a este principio, muy contadas y siempre justificadas<sup>249</sup>.

Los créditos concursales, en consecuencia, quedan divididos en tres categorías: créditos privilegiados, créditos ordinarios y créditos subordinados. Los dos primeros, no resultaban

---

patrimonio, habían sido realizados por el deudor luego quebrado o eran a él atribuibles (SSTS de 15 de octubre de 1976, 12 de noviembre de 1977, 28 de enero de 1985, 19 de diciembre de 1991, entre otras)”. Otras sentencias optaron por interpretar dicha nulidad como un supuesto de ineficacia sobrevenida o nulidad relativa de esencia rescisoria, para cuya apreciación es requisito o condición indispensable acreditar un perjuicio para la masa ligado a los actos de administración o dominio en cuestión. Esta es la solución hacia la que se ha orientado la jurisprudencia más reciente: sentencias del Tribunal Supremo 299/2006, de 30 de marzo (*Tol 934869*), 1185/2007, de 6 de noviembre (*Tol 1221261*), 362/2008, de 7 de mayo (*Tol 1331047*), 58/2009, de 11 de febrero (*Tol 1448811*), y 802/2009, de 10 de diciembre (*Tol 1748161*). Se señalan, como razones que justifican esta doctrina, que se trata de negocios válidamente celebrados, sin defecto alguno en su origen, que han de ser privados de eficacia de forma sobrevenida a consecuencia de la declaración de quiebra y la fijación de la fecha de retroacción, lo que aconseja evitar la sanción de nulidad automática e indiscriminada de todos ellos, y tan solo declarar ineficaces aquellos que se demuestre que han causado un perjuicio para la masa activa y para el trato igualitario a que tienen derecho los acreedores.

<sup>248</sup> Exposición de Motivos (I)

<sup>249</sup> En este sentido, Exposición de Motivos (V). A este respecto, ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*. Ed. Dilex, Madrid, 2003, pp. 358-359 valora de forma muy positiva esta línea de actuación de la Ley Concursal. Sin embargo, considera que se parte de una premisa inexacta, cual es la pretendida restauración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, ya que se trata de un principio “que no se ha dado nunca a lo largo de toda la evolución histórica de los institutos concursales”. Como acertadamente se advierte, cuestión distinta y con la que a menudo se confunde este principio de igualdad de trato es el principio de proporcionalidad que tiene su manifestación genuina en los procedimientos concursales y conforme al cual se reparte de forma proporcional o a prorrata entre los acreedores ordinarios el importe del patrimonio del deudor que resta después de haber satisfecho los créditos prededucibles y los dotados de un derecho de garantía en sentido lato”

novedosos en nuestra tradición legal, mientras que la tercera y última clasificación propuesta -los *créditos subordinados*-, si bien, no era del todo desconocida en nuestra tradición histórica, sí lo era en el modo y extensión contemplada en la Ley Concursal.

A partir de justificaciones de política legislativa, de equidad, o de justicia material, el legislador intenta proteger -o desproteger en otros supuestos- determinados créditos; por este motivo se establece una jerarquía crediticia cuya primera consecuencia (además de otras que veremos con posterioridad) será la satisfacción de los créditos de los acreedores a partir del orden legalmente establecido.

Como hemos analizado anteriormente, la teoría de la graduación o de la preferencia del crédito se incardina en nuestro Código civil desde el siglo XIX, pero esta alcanza su máximo protagonismo cuando existe una concurrencia de acreedores que deben satisfacer sus créditos a partir del patrimonio de un deudor que no es suficiente para satisfacer dichos créditos en su totalidad. Es en ese momento cuando la prelación de dichos acreedores cobra su verdadero sentido, cuando la masa activa del deudor se muestra incapaz e imposibilitada de satisfacer la totalidad de su masa pasiva.

El objeto de este bloque es analizar el significado de la subordinación crediticia introducida por la Ley Concursal, abordando para ello, con carácter introductorio un epígrafe en el que sumariamente se describe el proceso de formación de la masa pasiva, así como las distintas clases de créditos que integran la misma, para con posterioridad, y una vez analizado el fundamento jurídico de dicha subordinación legal, concretar la clasificación de los créditos concursales subordinados que la Ley Concursal identifica en su artículo 92 LC, describiendo, por último, el tratamiento que de dicha postergación legal se derivan.

## **II. BREVE REFERENCIA A LA FORMACIÓN DE LA MASA PASIVA; LOS CRÉDITOS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.**

### **II.1 La formación de la masa pasiva.**

Una vez instado y declarado el concurso de acreedores, voluntario o necesario, se deberá proceder no sólo a la determinación de los acreedores que concurren al mismo (masa pasiva), sino también al patrimonio existente del deudor para proceder a la satisfacción de los acreedores.

A partir del auto de declaración de concurso se abre la fase común del procedimiento que concluirá una vez transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones, o en caso de haberse presentado, una vez puesto de manifiesto los textos definitivos.

Es igualmente en este momento, cuando nos encontraremos ante otra de las novedades de la legislación concursal, por la cual, y según el artículo 49 LC, todos los acreedores del deudor quedan de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las contempladas en la propia Ley<sup>250</sup>.

Los acreedores, sin perjuicio de la comunicación individualizada que de la declaración del concurso debe realizarles la administración concursal, procederán -en el plazo de un mes a partir de la publicación del concurso en el Boletín Oficial del Estado, y siguiendo el mandato del artículo 21 LC<sup>251</sup>-, a la comunicación de los créditos que ostenten frente al deudor.

---

<sup>250</sup> Artículo 49 LC: “Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes”.

<sup>251</sup> Este llamamiento lo realiza la autoridad judicial y se contiene en el auto de declaración del concurso, debiendo la administración concursal comunicar dicha situación jurídica a aquellos acreedores cuya identidad y domicilio figuren en el concurso.

Una vez comunicados, por parte de los acreedores, los créditos en el plazo y modo establecido en la norma, así como incluidos igualmente aquellos créditos que la administración concursal considere, a partir de los libros y la contabilidad del deudor y resueltas las incidencias concursales que pudieran derivarse, podríamos decir, a grandes rasgos y de modo sumarísimo, que la masa pasiva habría quedado determinada e integrados todos los créditos concursales<sup>252</sup>, con independencia de su condición o del tipo de crédito que ostenten.

Esta integración de todos los acreedores es consecuencia del principio de universalidad del concurso, que no entiende de más excepciones que las establecidas en las leyes, siendo la misma reflejada en el procedimiento concursal desde una doble perspectiva, en cuanto que afecta, por un lado, a la formación de la masa activa, y por el otro, a la masa pasiva del concurso<sup>253</sup>.

En virtud de esta universalidad de la masa activa, quedan integrados todos los bienes y derechos de los que sea titular el deudor, impidiendo así, a partir de determinados mecanismos jurídicos como las acciones de reintegración, que ciertos bienes se detraigan de la masa para satisfacer a acreedores al margen del concurso. En el caso de la masa pasiva, las consecuencias de la aplicación del principio de universalidad del concurso, será la integración en la misma de todos los acreedores del deudor, eliminado de este modo, la posibilidad de que aquellos acreedores que tuvieran su crédito garantizado con garantía hipotecaria, pudieran detraer los bienes y derechos que garantizaban sus créditos

---

<sup>252</sup> Parece conveniente, antes de continuar con la exposición, delimitar el concepto de acreedor, pudiendo estos quedar definidos, según BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Créditos concursales y créditos contra la masa”, en *La nueva Ley Concursal*, Estudios de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 444 como “los titulares de un derecho de crédito o de una pretensión de carácter obligacional, de modo que no se integran los titulares de los bienes y derechos que se encuentren en posesión del concursado, y que disfrutan de un derecho de separación, según el artículo 80 LC, sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 81 LC”. En este mismo sentido, las pretensiones de los acreedores serán exclusivamente patrimoniales, quedando, por tanto excluidos de la masa aquellos que tengan carácter personal.

<sup>253</sup> De este modo y, según el principio de universalidad por el que todos los acreedores quedan incluidos en la masa pasiva del concurso, desaparecen los acreedores concursales y los acreedores concurrentes, distinción esta utilizada anteriormente en nuestro Derecho.

cobrándose de modo separado, y evitando así el consiguiente perjuicio para el resto de acreedores<sup>254</sup>.

Como consecuencia de este principio de universalidad, los acreedores con privilegio especial quedarán sujetos a las reglas y normas del concurso, garantizando, no sólo una gestión pertinente del concurso, sino también que el deudor no quede sin patrimonio antes del eventual planteamiento de un convenio o de la salida de dicha situación de insolvencia (a diferencia de la anterior regulación legal, en la que aquellos acreedores que mantuvieran derechos reales sobre ciertos bienes o que mantuvieran derechos o bienes en propiedad, encontrándose los mismos en posesión del deudor<sup>255</sup>, tenían la posibilidad de separar dichos bienes del procedimiento a través de la separación del bien en relación a su rango crediticio).

Nos encontramos ante el reverso del principio de universalidad, es decir, ante la *vis attractiva* del concurso, por lo que una vez declarado el concurso de acreedores, no podrá seguirse ningún tipo de ejecución, debiendo quedar suspendidas las ya iniciadas en los términos previstos en la norma concursal.

## **II.2 Las clases de créditos.**

Debemos tomar como punto de partida la declaración de concurso de acreedores en cuanto que supone el reconocimiento de la situación de insolvencia económica que una persona física o jurídica atraviesa en un momento concreto; desde ese momento el ordenamiento jurídico actúa para que de manera reglada se determinen, por un lado, los bienes y derechos que el deudor (ahora concursado) mantiene o mantenía en su patrimonio, y por el otro, sus

---

<sup>254</sup> Como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Concursal quedan paralizadas las ejecuciones de garantías reales, con una sola excepción al respecto: el auténtico privilegio procesal de las garantías reales sobre buques y aeronaves. Por lo tanto, según el artículo 76 LC estos acreedores gozarán de una ejecución separada al margen del concurso. Sin embargo, este no será un derecho de separación en sentido estricto, sino que como establece la norma, estos acreedores se registrarán por sus propias normas y sólo en el supuesto de no ejercitar la ejecución separada de sus garantías podrán ser sancionados con el sometimiento a la clasificación impuesta por la Ley Concursal.

<sup>255</sup> Así por ejemplo, los supuestos de reservas de dominio o arrendamiento financiero, debiendo encontrarse los mismos inscritos en los registros correspondientes.

acreedores, en aras a satisfacer, a los personados en dicho procedimiento concursal en función del patrimonio del deudor<sup>256</sup>.

Con el concurso de acreedores, y a partir de la realización de la masa pasiva del mismo, se hace efectivo el principio de la *par condicio creditorum*, en cuanto la declaración de concurso determina el tratamiento colectivo de los acreedores a partir de un aspecto sustancial y de un aspecto formal<sup>257</sup>, teniendo en cuenta que desde el primer aspecto, estos acreedores quedan sometidos a la solución del convenio, y desde el punto de vista formal, deberán comunicar su crédito y ser reconocidos y clasificados como acreedores concursales.

El artículo 89 LC es el precepto legal que presenta la clasificación de los créditos incluidos en la lista de acreedores en cuanto créditos concursales, a diferencia de los créditos contra la masa que deben su origen a la apertura del concurso o al normal desarrollo del mismo y que mantienen como características propias la extraconcursalidad (a excepción de los créditos salariales del artículo 84.2.1º LC), y su carácter prededucible, siendo satisfechos con normalidad antes del reparto de cualquier cantidad entre el resto de acreedores (salvo determinadas excepciones como la relativa a los créditos por salarios de los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración del concurso –artículo 84.2.1º LC en relación con el artículo 154 LC-)<sup>258</sup>. Los créditos concursales se clasifican en tres categorías: *los créditos privilegiados*, *los créditos ordinarios* y por último, *los créditos subordinados*; será esta última clasificación en la que nos detendremos posteriormente con más detenimiento al ser el objeto de estudio de este trabajo.

Con independencia de un ulterior desarrollo de estos conceptos, la clasificación de los créditos dentro del concurso ha sido, desde los primeros trabajos prelegislativos, una de las

---

<sup>256</sup> No obstante, y como novedad igualmente introducida por la Ley Concursal, aparece el principio de continuidad del establecimiento profesional o mercantil cuyo concurso de acreedores ha sido declarado, por lo que la liquidación de los mismos debería ser la última opción a considerar.

<sup>257</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Créditos concursales...” cit., p. 442.

<sup>258</sup> En este sentido, ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 89 Ley Concursal”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios...* Tomo I cit., p. 896.

reformas a acometer por el legislador concursal, intentando potenciar la *par condicio creditorum* como principio regulador e inspirador de la normativa concursal, y en virtud del cual, todos los acreedores debían ser tratados, en principio, del mismo modo<sup>259</sup>.

Hubo que esperar a la Propuesta de Ley Concursal de 1995<sup>260</sup>, para que se realizara un esfuerzo en la reducción de los créditos privilegiados existentes en nuestra legislación, no sólo en un intento de adecuación a la normativa que otros estados europeos mantenían, sino también como medio de incrementar las expectativas de satisfacer en todo o en parte los créditos de los acreedores ordinarios<sup>261</sup>.

Sin embargo, resulta por todos conocidos que a pesar del principio de la *par condicio creditorum*, por el que legalmente todos los acreedores debieran contar con el mismo tratamiento jurídico y legal, y del esfuerzo por reducir los numerosos privilegios que en nuestro ordenamiento jurídico existían, la realidad nos muestra la falta de operatividad de dicho principio, en cuanto el legislador, motivado por razones de justicia material, económica o de simple equidad<sup>262</sup>, decide dar un tratamiento diferente a determinados acreedores, y configura una clasificación de créditos concursales en la que a los créditos “paritarios” entre acreedores habrán de sumarse otros privilegiados, tanto de modo positivo, como negativo.

---

<sup>259</sup> Desde el Anteproyecto de 1983 se observa una tendencia -consecuencia de los intereses legislativos del momento- a la permanencia de la instalación industrial o mercantil en los supuestos de crisis económica de las personas físicas o jurídicas, reflejando por tanto, según GONZÁLEZ BILBAO, E.: “Formación de la masa pasiva. Reconocimiento y clasificación de créditos en la reforma concursal. Créditos salariales”. *Diario La Ley*, núm. 5671, 6 diciembre de 2002, p. 1595, el interés social que en los países de la Unión Europea existía con respecto a la prevalencia de la continuidad del establecimiento empresarial o mercantil.

<sup>260</sup> En el artículo 297 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 se establecía que todos aquellos créditos que no fueran privilegiados serían considerados ordinarios. Sin embargo el Proyecto de 1995, en su artículo 126 introducía los créditos legalmente postergados.

<sup>261</sup> En una opinión contraria ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 89 LC” cit., en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios...* Tomo I cit, p. 898, considera que la supresión de privilegios que se introdujo en los textos prelegislativos de la actual Ley Concursal no mantiene como fin potenciar el principio de la *par condicio creditorum*, sino que su finalidad es el principio de proporcionalidad entre los acreedores ordinarios al ver incrementada la masa activa y con ello su satisfacción.

<sup>262</sup> En este sentido, ÁVILA DE LA TORRE, A, CURTO POLO, M: “La subordinación del créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 3540 considera que el fundamento que quizá haya seguido el legislador para establecer estas distinciones ha sido el establecer determinados cánones de justicia.

Es entonces, a partir de la clasificación de los créditos, y de lo que la misma comporta, cuando se intenta cumplir con la finalidad del concurso, a partir de la satisfacción de todos los acreedores a través de la continuidad de la empresa, bien mediante la solución de convenio cuando la empresa fuera viable, o de la liquidación en bloque de la misma, en otro caso”<sup>263</sup>.

Por último, cabe señalar el carácter exclusivo y excluyente<sup>264</sup> de la clasificación crediticia propuesta por la Ley Concursal, que será autónoma e independiente de cualquier otra clasificación que pudiera realizar cualquier otro cuerpo legal.

### **II.3 Los créditos contra la masa.**

#### **A) DEFINICIÓN**

Sin ser objeto de este trabajo la distinción entre los créditos contra la masa y los créditos concursales, resulta, sin embargo, conveniente realizar determinadas puntualizaciones que permitan una mejor y más amplia comprensión del tema que con posterioridad será abordado.

A diferencia de los créditos concursales, los créditos contra la masa, son aquellos gastos o créditos que se generan por el propio procedimiento concursal, tras la declaración de este y derivados de la solicitud y tramitación del concurso, así como de obligaciones nacidas durante el concurso o que se mantengan tras su declaración<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> En este sentido, GONZÁLEZ BILBAO, E.: “Formación de...” cit., p. 1595.

<sup>264</sup> En términos de VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 102, 2006, p. 11, se trataría de “un sistema de prelación de créditos autónomo y especial de otros supuestos”. Su carácter autónomo vendría impuesto por la falta de necesidad de acudir a otras normas para proceder a su clasificación.

<sup>265</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Créditos concursales...” cit., p. 444. En este punto resulta interesante la reflexión realizada por BELTRÁN, E.: “Créditos contra la masa”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia de derecho concursal*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 878-890 al afirmar que los acreedores de la masa se contraponen a los acreedores en la masa, optando la Ley por poner el acento en la parte activa (créditos) frente a la opción tradicional que era el término “deudas de la masa”. No obstante

En este mismo sentido, la jurisprudencia califica como créditos contra la masa los que resulten de obligaciones nacidas de la ley con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso. Los créditos nacidos con anterioridad a la declaración del concurso, aunque resulten exigibles con posterioridad, no son créditos contra la masa sino que tienen la consideración de créditos concursales<sup>266</sup>.

Esta definición general de los créditos contra la masa mantiene alguna excepción, ya que el legislador, en aras a favorecer y dotar de mayor protección el cobro de determinados créditos ha incluido en esta categoría, tal y como se desprende del artículo 84 LC, supuestos que no se integran en la definición que de estos créditos aporta la doctrina autorizada.

## B) NOTAS ESENCIALES

Las características principales y definitorias de estos créditos que nacen necesariamente tras la declaración o apertura del concurso (no quedando sujetos, por tanto, a los efectos, vicisitudes o reglas del mismo) son la ‘extraconcursalidad’ y su ‘prededucibilidad’<sup>267</sup>.

---

lo anterior, la expresión más utilizada a lo largo del articulado de la Ley Concursal sería la expresión: “con cargo a la masa”.

<sup>266</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 108/2009, de 30 de abril (*Tol 1726098*).

<sup>267</sup> Como advierte BELTRÁN, E.: *Las deudas de la masa*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, Cometa, Zaragoza, 1986, p. 113 la naturaleza jurídica de las deudas de la masa se explica por razón de su extraconcursalidad, en cuanto esta es la razón de ser de su posición jurídica en la quiebra “y no la consecuencia de privilegio legislativo alguno. Prosigue este autor afirmando que “la única norma excepcional en la materia es la que permite el nacimiento de deudas de la masa frente al principio general de indisponibilidad del patrimonio del quebrado y es excepción que se justifica precisamente por la finalidad de la quiebra”. Del mismo modo, considera la prededución (p. 115) como el medio técnico en virtud del cual antes de proceder al reparto entre los acreedores concursales deben satisfacerse las deudas legítimamente surgidas durante el propio procedimiento; “no es pues un derecho en sí mismo considerado, sino el mecanismo para hacer efectivo un derecho”.

Como acertadamente advierte BELTRÁN, E.: “Comentarios al artículo 84 LC”, en ROJO, A, BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 1500, estos créditos no son privilegiados, sino que deben satisfacerse al margen del concurso porque constituyen una categoría ajena al mismo que no se ve afectada por las normas del concurso. Por tanto, los define en dos vertientes. Una teleológica, pues nacen para hacer posible el procedimiento, y otra temporal, pues surgen con posterioridad a la declaración del concurso.

Los créditos contra la masa deben ser satisfechos a medida que vencen y son exigibles sin que sea necesario esperar a la apertura de la fase de liquidación, siendo, por tanto, satisfechos de manera ordinaria -de modo inmediato o a su vencimiento- por la administración concursal<sup>268</sup>, y teniendo en cuenta que a pesar de su prededucibilidad, nunca podrán ser satisfechos con cargo a bienes o derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial (artículo 154 LC)<sup>269</sup>.

Esta regla de pago a vencimiento puede ser alterada o modificada por la administración concursal cuando esta lo considere conveniente por el bien del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa<sup>270</sup>, ya que en caso contrario y de acuerdo a los artículos 176.1.3º y 176 bis LC, se procedería a la conclusión del concurso y al archivo de las actuaciones.

Debe advertirse que la prioridad en la satisfacción de los créditos contra la masa no implica la existencia de un privilegio en sentido técnico jurídico, sino que la misma deriva de su propia naturaleza, apuntalada a partir de la extraconcursalidad, debiendo proceder a su pago conforme a las exigencias del procedimiento y a las propias del patrimonio concursal sin un orden predeterminado, sobre la base de criterios de oportunidad, y por tanto, sin someterse

---

<sup>268</sup> Como advierte BELTRÁN, E.: “Créditos...”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...Tomo I* cit., p. 894 no será necesaria la solicitud judicial para proceder al pago de este tipo de crédito, aunque el incumplimiento de pago de dichos créditos podrá acarrear a la administración concursal la correspondiente responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

<sup>269</sup> En este sentido, ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVERDE, R., ALCOVER GARAU, G. y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...*cit., pp. 364-365. Como indica RODRÍGUEZ VEGA, L.: “Influencia de la modificación operada por la legislación concursal. Sistema de la Ley Concursal. Clasificación y prelación de créditos contra la masa. Privilegiados especial. Privilegiados generales. Ordinarios. Subordinados”, en COLLADO NUÑO, M. J. (Dtor.): *Novedades en la concurrencia y prelación de créditos*. Cuadernos de derecho judicial, 2008, Madrid, p. 48 estos créditos son pagados antes de satisfacer los créditos concursales, pero excluyendo los bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial. Por ello, durante la fase común del procedimiento concursal se podrán enajenar bienes del deudor para poder así pagar los créditos generados contra la masa. Por tanto, y al no ser afectadas por el concurso, podrán ser compensables, devengarán intereses y la prescripción no quedará interrumpida.

<sup>270</sup> Según se desprende del artículo 84.3 LC “esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, 322/2012, de 27 de julio (*Tol 2619191*) advierte de que los créditos contra la masa, habiendo posibilidad de pago, habrán de satisfacerse al momento de su vencimiento (otra cosa es si hubiera que ejecutar algún bien para realizar ese pago), todo ello sin perjuicio de la flexibilización de este criterio atendiendo a distintas circunstancias, tales como la de continuación de la empresa

a las limitaciones propias del concurso y sin que exista jerarquía o prelación en el cobro de dichos créditos<sup>271</sup>.

Estos créditos se encuentran ubicados en el artículo 84 de la Ley Concursal, bajo el epígrafe “Créditos concursales y créditos contra la masa”. Pudiera pensarse que, a partir del título del artículo, se distinguirían en este ambos tipos de créditos, pero lo cierto es que el artículo 84 LC sólo regula, determina y relaciona los segundos a partir de una delimitación negativa de la masa pasiva: “constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a la Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa<sup>272</sup>”.

Resulta sorprendente comprobar cómo, a diferencia de la Propuesta de Ley Concursal de 1995, no se contempla de modo expreso como un crédito contra la masa la retribución de la administración concursal y de los expertos independientes. No obstante esta omisión, entendemos que dichas retribuciones se comprenden subsumidas en el supuesto 12º del artículo 84.2 LC<sup>273</sup>: “cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración”.

---

<sup>271</sup> En este sentido, BELTRÁN E.: “Créditos...” cit., en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., pp. 880-884. Igualmente, este autor sostiene que no debe sobrevalorarse la regla del pago de estos créditos a vencimiento, porque en realidad deberán ser pagados de manera inmediata a su nacimiento, salvo que se establezca un plazo determinado y en consecuencia sean satisfechos a su vencimiento. No obstante lo anterior, este autor reconoce que este criterio no es el seguido por los Juzgados de lo Mercantil, quienes parecen seguir la regla del pago a vencimiento aunque admiten excepciones a la misma. El resultado sería el mismo en uno u otro caso, puesto que la administración concursal satisfará, por tanto, dichas deudas como considere más adecuado.

<sup>272</sup> ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO URREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J.: *Derecho concursal...* cit., p. 363 considera que esta delimitación negativa del artículo 84 LC es forzada por el legislador por haber incluido distintos tipos de créditos en la misma rúbrica “cuando, en puridad, los créditos contra la masa, deberían considerarse como deudas de la masa activa”.

<sup>273</sup> Así, VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva del concurso de acreedores*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 771-772 y LEDESMA ALONSO, C.: “Delimitación...” cit., en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO URREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J.: *Derecho concursal...* cit. p. 365 y CERVERA MARTÍNEZ, M.: “Los créditos contra la masa”, en CAMPUZANO LAGUILLO, A. B y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El Derecho de la insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 633.

Esta interpretación es admitida igualmente por la jurisprudencia, reconociendo sin ninguna objeción al respecto la consideración de dichos honorarios como créditos contra la masa. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, 132/2014, de 3 de marzo (*Tol 4225899*) se discute por parte del recurrente (acreedor de la concursada) la determinación del orden de pago de los créditos contra la masa y principalmente el cobro efectuado por los administradores concursales de la mercantil; el órgano judicial asevera que procede dicho cobro, puesto que la aceptación del cargo da derecho a percibir en su caso unos honorarios por dicha actividad. Pero, sin perjuicio de lo anterior, en la sentencia se fija que la determinación de la cuantía, el vencimiento y en su consecuencia, la exigibilidad parte del artículo 84.3 LC, se realizará,

Este listado de créditos contra la masa (y otros que no lo son tanto, pero que se incluyen como tales en el artículo 84 LC) ha de ser necesariamente restrictivo, pues de lo contrario podrían ser calificados como créditos contra la masa una gran cantidad de créditos con la consecuente merma en las expectativas de cobro de los acreedores concursales<sup>274</sup>, máxime cuando además, a los créditos contra la masa tradicionalmente identificados se han añadido otros creados, a su vez, como consecuencia del principio de continuidad de la empresa, y derivados por tanto de este fin, y no tanto de un mero fin liquidativo<sup>275</sup>.

## **II.4 Los créditos concursales.**

### **A) GENERALIDADES**

Los créditos concursales son los que ciertamente constituyen, forman e integran la masa pasiva del concurso, representando “un punto de equilibrio entre los principios de preferencia y de proporcionalidad<sup>276</sup>”. Son definidos, de modo negativo, en el artículo 84.1 LC (“aquellos créditos que no son créditos contra la masa”). Se trata de la categoría de créditos en la que se integran todos los acreedores que concurren en el concurso, integración esta que representa una de las principales novedades de la Ley Concursal al establecer que “declarado el concurso todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes”.

---

salvo que el juez en el auto disponga lo contrario, desde los cinco días posteriores a la firmeza, el 50%, y el 50% restante, dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común del concurso, por lo que “de manera alguna cabe predevenir los honorarios a retribuir, prescindiendo del criterio de vencimiento, no siendo viable su preferencia en su pago frente a créditos contra la masa de vencimiento anterior, pues no hay norma o precepto alguno en la Ley Concursal que establezca tal efecto para dicha retribución”.

<sup>274</sup> En este sentido, CERVERA MARTÍNEZ, M.: “Los créditos contra...” cit., en CAMPUZANO LAGUILLO, A. B y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El Derecho...* cit., pp. 615-616.

<sup>275</sup> *Vid.*, por ejemplo, en este sentido, los párrafos 5º, 6º, 8º y 10º del artículo 84 LC.

Igualmente en este precepto quedan incluidos como créditos contra la masa los salarios. Para ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVARDE, R., ALCOVER GARAU, G. y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 366 esta inclusión no resulta coherente, debiendo haber sido considerados como privilegiados, pues serán pagados inmediatamente, y no dependiendo de sus vencimientos. Se trata de la materialización del superprivilegio del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>276</sup> GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 89 LC”, en ROJO, A., BELTRÁN, E. (Dtores.): *Comentario...* Tomo I cit., p. 1597.

Esta importante medida intentaba evitar las consecuencias perniciosas derivadas del régimen concursal anterior e impedir de este modo que determinados acreedores pudieran distraer de la masa algunos bienes con los que cobrar su crédito a partir del producto obtenido por la realización del valor de los mismos al margen del procedimiento concursal. La Ley Concursal intenta reducir parte de los numerosísimos privilegios existentes en el sistema anterior, modernizando el obsoleto y antiguo sistema de preferencias y fomentando la proporcionalidad de los acreedores como regla general, siendo los privilegios, tanto positivos como negativos, las excepciones a dicha regla.

A continuación, de modo esquemático, se aportan unas sencillas pinceladas sobre la clasificación de créditos privilegiados y ordinarios para, con posterioridad, centrarnos en el estudio de los créditos subordinados<sup>277</sup>.

## B) LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS

B1) GENERALIDADES.- Son aquellos créditos que gozan, salvo el refaccionario, de un derecho de garantía convencional (los privilegiados especiales)<sup>278</sup> o legal (privilegiados generales).

Los ‘créditos privilegiados especiales’ son aquellos que afectan a determinados bienes o derechos y son regulados en el artículo 90 LC<sup>279</sup>. Se incluyen en este artículo tanto simples

---

<sup>277</sup> Procede remarcar, siguiendo en este caso a GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 89 LC” en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1598, que los efectos de esta clasificación crediticia tan sólo mantendrá sus consecuencias dentro del procedimiento concursal.

<sup>278</sup> Para gran parte de la doctrina, así por ejemplo, para ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 89 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación...* Tomo I cit., p. 899, estos créditos no son como tal privilegios, sino “formas de garantía real sobre bienes o derechos ajenos o titularidades dominicales empleadas con finalidad de garantía y no simples derechos de preferencia en el cobro”. Sin embargo, han sido incluidos por el legislador porque efectivamente suponen un privilegio en el cobro en relación a los bienes o derechos que han dejado afectos como garantía.

<sup>279</sup> Para ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVERDE, R., ALCOVER GARAU, G. y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 369 el listado de privilegios especiales que relaciona el artículo 90 LC no contiene créditos privilegiados, sino créditos dotados de garantías reales o titularidades dominicales con función de garantía, por lo que concluye que no estaríamos ante privilegios, sino ante

preferencias para el cobro, como derechos reales de garantía en cuanto que la Ley Concursal otorga el carácter de crédito con privilegio especial a aquellos créditos con garantía real, con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, a los créditos refaccionarios, y a los créditos por cuotas de arrendamiento financiero así como los correspondientes al vendedor a plazos<sup>280</sup>.

Por su parte, los ‘privilegiados generales’ afectan a la titularidad del patrimonio del deudor y surgen a partir de una decisión del legislador que considera dignos de una mayor protección y de un derecho de cobro preferente a los titulares de los créditos a los que acompañan<sup>281</sup>; quedan regulados y detallados en el artículo 91 LC.

Tal y como se ha enunciado con anterioridad, la Ley Concursal expone en su preámbulo la reducción drástica de los privilegios, así como la limitación en su cuantía de algunos privilegios tradicionalmente reconocidos y que continuarán vigentes en la norma concursal. Sin embargo, lo cierto es que a partir de la lectura de los artículos 90 y 91 LC, esta afirmación no resulta tan evidente<sup>282</sup>. Escasas novedades se encuentran en el artículo 90 LC en relación al régimen anterior del Código de Comercio. La reducción de privilegios tan

---

garantías. En contra, CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 90 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1055 que no existe posibilidad de confusión entre garantía y privilegios, pues mientras la primera otorga sólo “un derecho a cobrar sobre el producto del bien que es oponible *erga omnes*, sin prejuzgar si este derecho primará o no sobre derecho equivalentes, pues la preferencia con que ello pueda hacerse la confiere el privilegio, no la garantía en sí, ya que de por sí esta sería incapaz de determinar cómo concurren dos garantías entre sí”.

<sup>280</sup> ALONSO LEDESMA, C: Delimitación...” cit., en G. VILLAVERDE, R., ALCOVER GARAU, G. y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...*cit., p. 369 considera que bajo el artículo 90 LC se agrupan créditos de naturaleza heterogénea que tiene en común “el constituir formas tradicionales de garantías reales constituidas sobre cosa ajena, y otros que, sin participar exactamente de esa calificación, resultan equiparables en virtud de los efectos que producen”.

<sup>281</sup> *Vid.* en este sentido, ALONSO LEDESMA, C.: “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos”, en PULGAR EZQUERRA, J. (Dtor.): *El concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2012, p. 326.

<sup>282</sup> Estos créditos privilegiados se han visto incrementados desde los establecidos como tales originariamente en el Proyecto de Ley Concursal de 1995 hasta los finalmente reconocidos en la Ley Concursal, entre ellos, por ejemplo, aquel atribuido al acreedor que insta el concurso, presupuesto este creado *ad hoc* por la Ley Concursal de 2003.

En opinión de VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentarios al artículo 90 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1039, “el legislador español no ha tenido el valor suficiente para alejar de una vez arcaísmos contenidos en el derecho de quiebras, justificados quizás en el momento de creación del Código de Comercio, pero no en una economía y un sistema jurídico como los actuales. Por otro lado, existen también una tensión entre el derecho que técnicamente debería ser y el derecho propiciado por los grupos de presión”.

pretendida en la Ley Concursal si bien es cierta, sobre todo en los créditos con privilegio general, no es todo lo necesaria que se podría esperar, pues no resultó tan extensa ni importante como hubiera parecido a partir de la Propuesta de 1995<sup>283</sup>, aunque no desmerecemos la importante labor de sistematización de los mismos, eliminando la complejidad y dispersión que caracterizaba nuestro sistema de prelación de créditos<sup>284</sup>.

La Ley Concursal opta por contener exclusivamente en dicha norma los créditos privilegiados reconociendo en sede concursal, con carácter exclusivo y excluyente, las causas de preferencia que ella misma otorga, sin que la condición de crédito privilegiado pueda ser creada *ex novo* en el seno del concurso<sup>285</sup>. En consecuencia, sólo gozarán del privilegio de la norma concursal aquellos créditos enumerados y detallados por la misma, sin referencia alguna al derecho común<sup>286</sup> que además para ser eficaces como tal deben cumplir con los requisitos constitutivos de las correspondientes garantías, además de ser necesariamente oponibles a terceros (a excepción de las hipotecas legales y los créditos refaccionarios de los trabajadores).

B2) EL COBRO DE LOS CRÉDITOS Y SUS EXCEPCIONES.- El acreedor cuyo crédito ostenta un privilegio especial cobrará en su condición de acreedor privilegiado, y no por el hecho de que su crédito haya sido garantizado adicionalmente, aunque en virtud de dicha garantía su crédito puede ser pagado con la ejecución del bien afecto a la garantía (artículo 157.2 LC). El resto del crédito no garantizado con la garantía real será ordinario o

---

<sup>283</sup> En este sentido, *vid.* ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVARDE, R., ALCOVER GARAU, G. y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...*cit., p. 362 este aumento de privilegios desde la versión de la Propuesta de 1995 hasta la promulgación de la Ley 22/2003 se produce en unos casos por la presión ejercida por determinados intereses, y en otros casos a partir de una evolución continuista con la anterior legislación, pero “carente totalmente de sentido en la actualidad”.

<sup>284</sup> CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 89 LC”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*Vol. I cit., p. 1046.

<sup>285</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, 564/2010, de 29 de septiembre (*Tol 1993323*) confirma que la calificación de los privilegios se efectúa en la fase previa del procedimiento, una sola vez, sin variación posterior en función de la solución que se adopte (convenio o liquidación) y sin previsión de condicionamiento alguno al hacerla. CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 51-52 asevera que todos los privilegios de la Ley Concursal “son de creación pre y extraconcursal”.

<sup>286</sup> Manifiesta VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentario del artículo 89 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...*Tomo I, cit., p. 1019 la ingenuidad de la norma, puesto que la prohibición que recoge no puede tener un carácter real e invalidante de los privilegios recogidos en normas legales posteriores.

subordinado, según proceda. En el caso de que existieran varios créditos privilegiados sobre el mismo bien o derecho se seguirá el criterio temporal “que para el crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros” (artículo 155.3 LC)<sup>287</sup>.

Este derecho de cobro a partir de la ejecución de la garantía que el acreedor tiene a su favor, queda suspendido a partir de la declaración de concurso *ex* artículo 56 LC. Este artículo impide iniciar la ejecución o realización forzosa para aquellos bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación<sup>288</sup>.

Si las actuaciones tendentes a la ejecución o realización forzosa del bien ya se hubieran iniciado, igualmente quedarán suspendidas con independencia (a diferencia de la regulación primigenia de la norma) de que ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo podrá levantarse la suspensión de la ejecución referida cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

---

<sup>287</sup> Se ha de tener en cuenta que para los créditos con privilegio especial refaccionarios se distinguirá entre el crédito refaccionario común sobre bienes y cuya garantía deberá ser constituida según las especificidades de su legislación específica y oponible a tercero. Esta exigencia no se requiere para el crédito refaccionario laboral.

<sup>288</sup> El artículo 56 LC prosigue en su apartado 2 haciendo referencia a que las actuaciones ya iniciadas “en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán, si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis, desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en e correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que se continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derecho no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresaria del deudor”.

Esta norma responde a lo enunciado al respecto en la Exposición de Motivos de la Ley que estipula que “la declaración de concurso por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de este”. En este mismo sentido, la Exposición de Motivos igualmente recoge como “una de las novedades más importantes de la Ley” el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado”.

Esta suspensión de las ejecuciones es un efecto legal de la declaración de concurso y no una medida cautelar dictada por el juez, con independencia de que pueda la misma ser adoptada como una medida cautelar por el juez con anterioridad al concurso en aquellos supuestos, por ejemplo, en los que medie un lapso de tiempo considerable entre la solicitud de declaración del concurso y la resolución de la misma.

Si bien, estos bienes y derechos serán realizados a partir de la subasta, la Ley Concursal posibilita la venta directa del bien mediante autorización judicial *ex* artículo 155 LC, y a partir de otros mecanismos encaminados a la realización de dicho bien o derecho afecto (así, por ejemplo, la dación en pago) que se determinen en el plan de liquidación autorizado judicialmente.

Esta paralización o suspensión que sufren los acreedores que busca no perjudicar la viabilidad o la adopción de un convenio en el seno del concurso no comporta compensación alguna para ellos. Es más, de hecho pudiera suceder que dicha paralización conllevara una minusvalía o incluso una mayor valoración del bien afecto<sup>289</sup>.

En cualquier caso, deberá tenerse en cuenta que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de esta. De igual modo, el acreedor que haya constituido a su favor una hipoteca sobre bienes de un tercero, no será calificado su crédito, en el concurso del deudor principal, como privilegiado especial, sino que se atenderá a la calificación que le corresponda según las características de su crédito.

Pero los créditos privilegiados no sólo gozan del beneficio de cobrar en primer lugar que el resto de acreedores, sino que poseen otras ventajas importantes respecto al resto créditos que conforman la masa pasiva. Entre otros extremos, no quedan vinculados al convenio que pueda resultar aprobado por la junta de acreedores del concurso, salvo que hayan votado expresamente a su favor, en cuyo caso quedarán afectos a este. Su participación en la junta

---

<sup>289</sup> Ante esta situación CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...*cit., p. 52, aconseja al acreedor que sobrevalore su crédito cuando lo comunique al concurso mediante el expediente de sobrevalorar el activo que lo cubre y de este modo tener la mayor parte posible del crédito como privilegiado.

de acreedores no se considerará a efectos del cómputo de quórum *ex* artículo 134.1 LC, gozando estos de relativa inmunidad respecto al concurso. El importe pendiente que no haya podido satisfacerse a partir de la realización de la garantía se cobrará según la naturaleza que corresponda al mismo.

Otro trato de favor que la Ley Concursal dispensa a estos créditos privilegiados es el derivado del tratamiento que los intereses devengados por dichos créditos con privilegio especial gozarán, puesto que su calificación será idéntica a la del crédito principal de los que deriva hasta donde alcance la respectiva garantía, *ex* artículos 59.2 y 92.3 LC.

Sólo existirá una excepción al tratamiento descrito en relación a los créditos privilegiados: la de los titulares de créditos con privilegio sobre los buques y las aeronaves *ex* artículo 76 LC, que podrán satisfacerse con cargo a los bienes especialmente afectos a su satisfacción de manera extraconcursal y podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Si de la ejecución resultara remanente a favor del concursado, se integrará en la masa activa.

A esta primigenia excepción se ha añadido otro supuesto, cual es el de la posibilidad de ejecución separada que mantiene el titular de garantías financieras de las reguladas en los artículos 2 y siguientes del Real decreto ley 5/2005, de 11 marzo, que no se incluyó en la Ley Concursal a pesar de las distintas reformas que esta ha sufrido con el paso del tiempo. No obstante, habrá de estarse a la posibles disfuncionalidades que puedan tener lugar respecto a las preferencias vigentes en el supuesto de las ejecuciones singulares, cuyo desarrollo se prevé a partir de la disposición final 33<sup>a</sup>, en el caso de que estas no coincidan exactamente con las fijadas en la Ley Concursal.

B3) LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL.- Estos créditos, a diferencia de los privilegiados especiales, mantienen una determinada jerarquía dentro del artículo 91 LC teniendo en cuenta que cada nivel dentro del artículo 91 LC es preferente respecto a los demás. Estos acreedores disfrutan de los mismos derechos que los titulares de cualquier

clase de créditos, teniendo en cuenta que, al igual que los privilegiados especiales, su asistencia a la junta no afecta al cómputo del quórum y no les afecta el convenio, salvo que expresamente voten este, en cuyo caso quedarán vinculados por el mismo. Si fueran titulares de varios tipos de créditos su votación en la junta se entenderá realizada por los créditos que no gocen de privilegio, excepto que expresamente en el acto de votación se manifieste que dicha votación se hace en cuanto al crédito privilegiado, quedando es ese supuesto, el crédito privilegiado sujeto a los efectos que resulten de este respecto de su crédito y privilegio.

Por tanto, los créditos privilegiados, especiales o generales, por razón de las garantías de que gocen los créditos o de la causa o naturaleza de estos, mantendrán determinadas consecuencias derivadas de su posición jurídica, teniendo en cuenta que, en principio, sólo les afectará el convenio con su conformidad, mientras que en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios.

### C) LOS CRÉDITOS ORDINARIOS

Los créditos ordinarios son aquellos que no puedan ser definidos por la propia Ley, y conforme a ella, como créditos privilegiados o subordinados, siendo por tanto una clase residual de acreedores: aquellos que carecen de privilegio, sea este especial o general, y que no hayan sido subordinados o legalmente postergado en el cobro.

Estos créditos son satisfechos sin prelación ni preferencia alguna ente sus titulares<sup>290</sup> y tras la prededucción de los créditos contra la masa y el pago de los créditos con privilegio especial y con privilegio general, con la posibilidad ante el escaso remanente que pudiera quedar de los bienes de la masa activa, de no ver totalmente satisfechos sus créditos. Serán satisfechos a prorrata conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que estos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos *ex* artículo 157.2 LC (excepto que estos últimos hubieran sido calificados como subordinados en la parte de crédito no privilegiada).

---

<sup>290</sup> VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...* cit., p. 762.

La Ley parte de la consideración de la proporcionalidad o igualdad de los acreedores como la regla general, por lo que el tratamiento discriminado de determinados créditos debe ser estimado como una excepción, en el sentido positivo (privilegiados) o negativo (subordinados).

Entendemos que no deberá confundirse el principio de igualdad en el trato de los acreedores con el de proporcionalidad, a partir del cual se repartirá de forma proporcional entre los acreedores ordinarios el importe del patrimonio del deudor -prededucidos los créditos contra la masa y los privilegiados-, pues dicha supresión de privilegios amplía la base de los acreedores ordinarios, los cuales cobrarán a partir de este principio de proporcionalidad o de prorrata<sup>291</sup>.

Por tanto, si bien a partir de estos créditos ordinarios, el principio de la *par condicio creditorum* encuentra su máximo exponente, la clasificación de los créditos privilegiados será una discriminación positiva de dicho principio, al igual que los subordinados representarán igualmente una excepción a dicho principio, pero en un sentido negativo, a partir de una sanción legal que queda proyectada sobre determinados acreedores.

### **III. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR Y FUNDAMENTO**

Los créditos subordinados como excepción negativa al principio de la *par condicio creditorum* son créditos relegados y postergados legalmente al último peldaño de la escala graduatoria, situándose en el orden de prelación de cobro detrás de todos los acreedores, incluidos los ordinarios.

Se trata de créditos residuales, debilitados, degradados y despojados en gran medida de su valor por la norma concursal a partir de la voluntad del legislador que decide otorgar a

---

<sup>291</sup> ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVARDE, R., ALCOVER GARAU, G. y PULGAR, J, (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 359.

dichos créditos una menor consideración y dignidad en relación con otros a los que sitúa en una graduación superior.

En la práctica, estos créditos subordinados carecen prácticamente de valor, o en términos más concretos, de valor realizable en cuanto que partimos de un escenario concursal, de insolvencia patrimonial en el que a partir de una situación de desequilibrio entre la masa activa y pasiva podemos colegir que raramente todos los acreedores concursales podrán ver satisfechos sus créditos.

Teniendo en cuenta el artículo 158 LC en virtud del cual “el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que no hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios” y dentro de dicha clasificación “se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número”, resultará más que habitual que los acreedores subordinados, a pesar de su reconocimiento como titulares de créditos concursales, no vean sus créditos satisfechos.

Las motivaciones que inducen al legislador concursal a degradar estos créditos frente a otros son variadas y heterogéneas, como se podrá comprobar en cada uno de los supuestos detallados en el artículo 92 LC, pero en términos generales, entendemos que esta postergación crediticia atendería a criterios de justicia material o incluso de política legislativa en los que subyace un criterio de razonabilidad.

Decimos en términos generales, puesto que la subordinación legal que opera en virtud del artículo 92.5º LC para las personas especialmente relacionadas con el concursado carece, en principio, de la razonabilidad y objetividad anteriormente enunciada. Con independencia de la conducta o actuación llevada a cabo por la persona con una especial vinculación con el concursado *ex* artículo 93 LC, los créditos de estos acreedores serán, en cualquier caso, subordinados con independencia de que hubieren o no causado perjuicio al resto de acreedores, o incluso sin importar si su conducta no hubiera sido fraudulenta<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup> En opinión de SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos subordinados”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 3914 la subordinación automática *ex* artículo 92.5 LC

Sin perder de vista esta subordinación automática y subjetiva en función del titular del crédito *ex* artículo 92.5 LC y sus particularidades, podríamos sostener como fundamento de la subordinación concursal razones de justicia material o política legislativa, en cuanto que el legislador, al decidir incluir en el artículo 92 LC las personas especialmente relacionadas con el concursado, considera -y así lo recoge en la norma- que frente a esas personas cercanas al deudor que pudieran servirse de dicha proximidad para mejorar la posición de su crédito o para garantizar el cobro del mismo, el legislador se ve en la obligación de proteger a los acreedores externos como medio para mantener la equidad entre todos los acreedores que integran la masa pasiva del concurso. Correlativamente a esta subordinación, los acreedores ordinarios verán reforzada su posición y ampliadas sus expectativas de cobro<sup>293</sup>.

La Ley Concursal justifica, en este mismo sentido, la creación de los créditos subordinados como “una nueva categoría que introduce la ley para clasificar aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso)”.

De la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley se desprende que la subordinación en nuestro ordenamiento jurídico es automática, de causas tasadas y cerradas y determinada por imperativo legal.

---

podría ser una previsión normativa contraria al principio de igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución Española.

<sup>293</sup> En contra VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 11 que considera este reforzamiento de los acreedores ordinarios en un segundo plano, puesto que la justificación principal que posee la subordinación legal son razones de política legislativa que no discrimina en las causas, siendo estas heterogéneas tanto en su planteamiento como en la solución aportada.

#### IV. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN LA LEY CONCURSAL

Tal y como se ha reiterado en numerosas ocasiones, es el artículo 92 LC el que establece y determina los créditos que tendrán la consideración de subordinados en el procedimiento concursal. A pesar de que inicialmente se establecieron seis supuestos para esta clasificación de créditos concursales, como consecuencia de las modificaciones introducidas en la norma concursal a partir del Real Decreto de 3/2009, de 27 de marzo, fue creada una séptima, y última categoría de créditos subordinados.

Como consecuencia de la imposibilidad de establecer pautas o fundamentos comunes que expliquen la inclusión de estos supuestos en el artículo comentado, será necesario detenernos, aunque sea brevemente, en cada uno de ellos para poder valorar sus circunstancias, reiterando nuevamente que dichos créditos serán satisfechos, después de los privilegiados y ordinarios, y siguiendo entre ellos las pautas determinadas en el artículo 158.2 LC, siendo satisfechos por “el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número”<sup>294</sup>.

En este mismo sentido, los tribunales<sup>295</sup> han determinado que los créditos enumerados en el artículo 92 LC “no responden a un fundamento único, aludiéndose al respecto en la doctrina a razones de estricta justicia material, en algunos casos de índole objetiva, y otros

---

<sup>294</sup> A pesar de que como estudiaremos a continuación, los supuestos del artículo 92 LC son tasados y cerrados, puede traerse a la memoria cómo, en su día, PERDICES, A. B.: “La clasificación de los créditos personalmente garantizados”, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 3, 2004, pp. 134-135, propuso que el artículo 87.6 LC fuera considerado como otro supuesto de crédito subordinado, pues es “una norma de cierre del sistema de subordinación que no pretende sancionar, sino que busca impedir que se eluda una sanción”. Asimismo, este autor propugna que el artículo 93 LC relativo a la determinación de “las personas especialmente relacionadas con el deudor” debiera incluir, en un hipotético párrafo 4 del mismo, motivado por la racionalidad semejante entre dicho precepto y el 87.6 LC, los siguientes términos: “Asimismo, tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor los acreedores que hayan recibido fianza, aval, o garantía equivalente de persona especialmente relacionada con el deudor” .

Para VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 11 la subordinación que aparece en la Ley Concursal es sinónimo de degradación, de debilitamiento, sea este impuesto o consentido, quedando en su opinión, por tanto, en un segundo plano la mejora de los acreedores ordinarios.

<sup>295</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 247/2009, de 15 de julio (*Tol 1650938*).

de índole subjetiva, y aunque la relación es cerrada *-numerus clausus*<sup>296</sup>-, el legislador utiliza, en ocasiones, fórmulas amplias que necesitarán de una importante labor hermenéutica.

**IV.1 Créditos comunicados tardíamente:** *“Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de esta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas”*<sup>297</sup>.

## A) PLANTEAMIENTO INICIAL Y CONSIDERACIONES VARIAS

El legislador da comienzo a la relación de créditos que serán subordinados en virtud de la Ley Concursal con aquellos que no hubieren sido comunicados en tiempo y forma a la administración concursal para su ulterior inclusión en la lista de acreedores.

---

<sup>296</sup> Entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo 1232/2009, de 21 de enero (*Tol 1438949*) en su fundamento jurídico segundo indica el carácter de *numerus clausus* de los supuestos contenidos en el artículo 92 de la Ley Concursal y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 342/2012, de 5 de noviembre (*Tol 2693462*) que resulta clarificadora al considerar en relación al carácter extensivo del artículo 92 LC que “no resulta adecuado incurrir en ampliaciones de las mismas para comprender supuestos no previstos en tales excepciones, que no guarden clara identidad de razón hasta el punto de permitir subsumirlas en las ya existentes sin llegar a forzarlas”.

<sup>297</sup> La redacción actual de este primer epígrafe ha sido modificado y redactado por el número sesenta y tres del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio. Su redacción originaria hacía referencia a “[l]os créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el juez al resolver sobre la impugnación de esta, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para si determinación sea precisa la actuación inspectora de las administraciones Públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza”.

La conjunción de los artículos 21.1.5º y 85 LC determina el *dies a quo* a partir del cual los acreedores deberán comunicar sus créditos a la administración concursal, y ello con independencia de la comunicación que la administración concursal está obligada a realizar de manera individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten de la documentación en autos *ex* artículo 21.4 LC.

El auto de declaración del concurso contendrá, entre otros extremos, el llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” (*dies a quo*)<sup>298</sup>.

Resulta novedoso en nuestra legislación concursal que los acreedores deban comunicar sus créditos en todo caso, y en el plazo preestablecido, puesto que en caso contrario, y a pesar de que la Ley Concursal no impide, en principio, que dichos créditos comunicados extemporáneamente sean considerados como concursales, su calificación podría ser subordinada, en los términos que veremos a continuación.

Esta comunicación que los acreedores deben realizar de sus créditos resulta ser una ‘carga’<sup>299</sup> para estos en cuanto que la pretensión patrimonial ostentan contra el deudor

---

<sup>298</sup> La Ley Concursal prevé que en el auto de declaración del concurso el juez pueda adoptar medidas de publicación complementarias a las que hemos indicado *ex* artículo 23.2 LC, pero entendemos que con independencia de las mismas, así como de la comunicación individualizada que debe realizar la administración concursal, el *dies a quo* es único: el determinado en el artículo 21.1.5º LC.

<sup>299</sup> Para MONTÉS PENADÉS, V.: “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 1, 2004, p. 64 y siguientes, considera la referida comunicación de los créditos por parte de los acreedores como una *carga*. En este mismo sentido se manifiesta ÁVILA, A.: “Los créditos subordinados”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 797.

Por su parte, las resoluciones judiciales no son homogéneas en este sentido, puesto que si bien para algunos Tribunales estaríamos ante una carga (así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 111/2008, de 8 de mayo (*Tol 4173310*); sin embargo, la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, 582/2010, de 29 de diciembre (*Tol 2079165*) considera que “(...) nada impide que el acreedor, libre y conscientemente, opte por la no comunicación del crédito, decidiendo no participar en el concurso en marcha, supuesto en el que su crédito discurrirá al margen del proceso concursal con los efectos del artículo 134 LC”. En todo caso, y tal y como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, 75/2008, de 12 de febrero (*Tol 1376443*) debe considerarse de gran importancia la comunicación de los

concurado (en el tiempo y forma que determina la Ley Concursal) debe ejercerse ante la administración concursal. En caso contrario, esto es, si no insinúan sus créditos en el concurso (en contraposición a la comunicación tardía de los mismos), estos no constarán en el mismo, excepto que se trate de los créditos de ‘reconocimiento de oficio’ por la administración concursal. Esta obligación de comunicación de sus créditos recae exclusivamente sobre los acreedores concursales y no sobre los acreedores contra la masa.

Frente a la regla y norma general de que los acreedores comuniquen sus créditos a la administración concursal, el artículo 92.1º LC recoge una excepción a este principio que en realidad son seis supuestos excepcionados, además de los créditos del artículo 86 LC, al entender el legislador que los créditos excepcionados, por sus especiales o particulares características, deben quedar protegidos de la subordinación por comunicación extemporánea. Estas excepciones no implican que los acreedores de dichos créditos no necesiten cumplir con la carga de la comunicación o insinuación de sus créditos en el concurso, sino que los mismos no serán subordinados *ex* artículo 92.1º LC, siendo clasificados según corresponda por su naturaleza jurídica<sup>300</sup>. En este sentido, de la

---

créditos dentro del plazo indicado por la Ley para evitar así la postergación del referido crédito a crédito subordinado.

<sup>300</sup> En este sentido ÁVILA, A.: “Créditos...” cit., en BELTRÁN, E., GARCIA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., p. 798. En contra de la necesidad de comunicación de los créditos en todo caso se muestran GARCÍA OREJUDO, N.: “Los créditos subordinados”, en NIETO DELGADO, C. (Coord.): *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 474.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 58/2011, de 4 de marzo (*Tol 2179457*) no exime a los acreedores de la comunicación de sus créditos, aún cuando estos integren las excepciones recogidas en el artículo 92.1º LC: “Este tribunal ha señalado en significativos precedentes, como los constituidos por el auto de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2007, así como por las sentencias de 26 de septiembre de 2008 y de 14 de enero de 2011, que todos los acreedores deben insinuar sus créditos en el plazo de un mes, tal como establece el artículo 21.1.5º de la LC en relación con el artículo 85 del mismo texto legal. No están exentos de atender a este llamamiento ninguno de ellos, aunque el legislador advierte a la administración concursal de que debe tener en cuenta todos los créditos que resultaren de los libros y documentos del deudor o que por cualquier otra razón constaren en el concurso (artículo 86.1 de la LC), y consciente además de la especial tutela que algunos de ellos merecen, le impone la obligación específica de, reciba o no solicitud al efecto, incluir necesariamente en la lista de acreedores los créditos que prevé el artículo 86.2 de la LC (los reconocidos en laudo o sentencia, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos en certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público y los laborales), tratando de prevenir que pudiera resultar omitido ningún crédito de esa índole. No obstante, si el crédito del que se tratase no hubiera sido incluido en la lista provisional de acreedores que contempla el artículo 94 de la LC, sea por la razón que fuese, bien porque no se hubiese hasta entonces reclamado por el interesado el correspondiente reconocimiento dentro del concurso, bien porque la administración concursal no se hubiese apercibido de su existencia a la vista de los libros o documentos del deudor o de lo que resultase del concurso o incluso, de darse el caso, porque por dicho órgano se hubiese incumplido el mandato legal del artículo 86 de la LC (a riesgo de que pudiera serle exigida la

literalidad del artículo se colige la necesidad de comunicar todos los créditos concursales sin excepción a la misma, a pesar de que posteriormente, si se trata de determinados créditos tratados como excepción de la “sanción” del artículo 92.1º LC, puedan no quedar afectos a la subordinación por comunicación tardía. Esto es así, porque pudiera suceder que la documentación del deudor no estuviera actualizada y por tanto el reconocimiento de dichos créditos por parte de la administración concursal no fuera correcta, evitando de ese modo el reconocimiento erróneo o incompleto de los créditos, y ello con independencia de que las consecuencias que se imponen a los créditos comunicados extemporáneamente no actúen en relación a las excepciones referidas<sup>301</sup>.

No obstante lo anterior, y de acuerdo con el artículo 92.1º LC, la administración concursal, deberá incluir en la lista de acreedores, entre otros, aquellos créditos que se deriven de la contabilidad y documentos del deudor, los que consten en documento ejecutivo o cuenten

---

responsabilidad a que se refiere el artículo 36.7 de la LC), todavía dispondría el interesado de la posibilidad de impugnarla, por medio de demanda de incidental, en el plazo de diez días previsto en el artículo 96.1 de la LC. De ese modo se cierra el sistema concursal para que, contando con la normal diligencia de los interesados, no escape del mismo ningún crédito contra el concursado. Expirado el plazo para impugnar la lista de acreedores la ley prohíbe de modo terminante (artículo 97.1 de la LC) que puedan plantearse pretensiones de modificación del contenido de la misma. Ese es el único modo de que pueda concluir con agilidad la fase común del concurso, tras finalizar el plazo para impugnaciones sin que estas se planteen o ser resueltas las que se hubiesen presentado. Será la lista definitiva de acreedores resultante tras esos trámites (artículos 96.4, 97.1 y 98 de la LC) la que ya no cabrá que se pretenda modificar. Las previsiones del artículo 86 de la LC, referidas a la inclusión de los créditos en la lista de acreedores, tienen como directo destinatario a la administración concursal, que ha de tenerlas presentes a la hora de elaborarla. Ahora bien, si, bajo su responsabilidad, no lo hiciese como debiera dicho órgano, lo que debe hacer el interesado es plantear, en tiempo y forma, el correspondiente incidente para exigir al juzgado que así lo imponga. No pierde el interesado su derecho por el hecho de no haber comunicado antes su crédito (bien por simple omisión o bien porque confió en que la administración concursal iba a tener que reflejarlo a la vista de los correspondientes antecedentes), sino que todavía está a tiempo de reaccionar. juzgado podría todavía reconocer el crédito si recibiese en su debido momento la correspondiente demanda incidental que así se lo exigiese, único cauce por el que el juez del concurso podría entrar a revisar la lista confeccionada por la administración concursal. Otra cosa es que el crédito pueda, según el caso, eludir o no la consecuencia de su subordinación si el interesado no lo hubiese comunicado hasta entonces. El artículo 92.1 de la LC contemplaba expresamente, ya desde su redacción original, que precisamente los créditos que resultaren de la documentación del deudor (o constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial) o para cuya determinación fuese precisa la actuación inspectora de las Administraciones Públicas no incurrirían en la regla general que en caso de insinuación tardía implicaría su clasificación como subordinados, sino que conservarían el carácter que les correspondiese según su naturaleza, incluso si no hubiesen sido comunicados oportunamente, si aun así la administración concursal todavía hubiera podido incluirlos en la lista de acreedores o finalmente prosperase la impugnación judicial que contra la misma hubiese sido al respecto planteada. (...).”

<sup>301</sup> En este sentido, CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 85”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1010 y HERRERO PEREZAGUA, J. F.: “Comunicación de créditos”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., p. 522.

con garantía real inscrita en un registro público<sup>302</sup>, aquellos que consten de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial así como aquellos para cuya determinación sea necesaria la comprobación por parte de las Administraciones públicas, así como los créditos del artículo 86.3 LC.

Resulta necesario plantearnos qué sucedería en el supuesto de un acreedor que no se encuentre en estas situaciones anteriormente enunciadas; en definitiva, que su crédito no pueda ser subsumido en las excepciones que contempla el artículo 92.1º LC y que no tenga, a su vez, constancia de la declaración del concurso de acreedores iniciado contra su deudor. La práctica nos demuestra que con excepción de las entidades financieras o determinadas sociedades o personas jurídicas con una determinada estructura organizativa que les permita revisar diariamente el BOE, resultará bastante difícil que un acreedor persona física o jurídica pueda tener conocimiento de la declaración de dicho concurso, máxime cuando además la Ley Concursal no distingue entre la comunicación a realizar a acreedores nacionales y/o extranjeros<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> Artículo 86.2 LC: “Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. No obstante, la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el artículo 53.2, y la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, así como, a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos”.

<sup>303</sup> Respecto a la comunicación de los créditos de acreedores con residencia en el extranjero, el Reglamento europeo de insolvencia número 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, en relación a los extranjeros comunitarios, imponía en su artículo 40 una comunicación individualizada en la que se señalara “los plazos que debían respetarse, las sanciones previstas con dichos plazos, el órgano o autoridad habilitada para recibir la presentación de los créditos y otras medidas prescritas”, pero claro está siempre que el nombre y dirección de dichos acreedores consten en el concurso a partir de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón. En el mismo sentido, el artículo 214 LC realiza esta previsión para los acreedores con residencia en el extranjero. En cualquier caso, nada cambia la situación existente, puesto que en definitiva y tal y como recogía el artículo 4.2.h) del citado Reglamento, así como el artículo 217 LC, la comunicación de créditos regirá, en todo caso, por el plazo estipulado en el artículo 85 LC. Actualmente, el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia no ha modificado las previsiones anteriormente referidas por parte del reglamento número 1346/2000, y mantiene en idénticos términos el anterior artículo 4.2.h), actualmente recogido en el artículo 7.2.h), así como la obligación de informar a los acreedores, regulada en términos similares en el actual artículo 54.

Ante esta circunstancia, y dependiendo del momento en que sean insinuados los créditos a la administración concursal, se planteaban inicialmente tres escenarios que determinarían una diferente calificación del crédito comunicado.

Partimos del artículo 74 LC que establece que los administradores concursales dispondrán del plazo de dos meses a contar desde su aceptación del cargo para la presentación de su informe –plazo este prorrogable por tiempo no superior a dos meses más y razones justificadas<sup>304</sup>–, para plantear los siguientes escenarios<sup>305</sup>:

---

<sup>304</sup> En este mismo sentido, el referido artículo determina que si al vencimiento del plazo de dos meses no hubiera concluido el plazo de comunicación de los créditos, a solicitud de la administración concursal podrá ser prorrogado hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo.

<sup>305</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, 559/2010, de 29 de diciembre (*Tol 2079165*), al igual que la anterior número 100/2006, de fecha 26 de junio (*Tol 991987*) consideran que el artículo 92.1 LC cuando hace alusión tanto a créditos comunicados tardíamente como a créditos no comunicados oportunamente, se está refiriendo a un mismo supuesto de hecho. La diferencia radica en la situación de tales créditos comunicados tardíamente. En el primer caso se trata de créditos que la Administración concursal va a reconocer y por ello a incluir en la lista de acreedores. En este supuesto la regla para la clasificación de tales créditos se dirige a la Administración concursal. En el segundo caso se trata de créditos no comunicados oportunamente –dentro del plazo del artículo 21.1.5 LC, pero sí dentro del de confección del informe por parte de la Administración concursal–, pero que, a pesar de todo, y consecuencia de la valoración efectuada por la Administración concursal según lo previsto en el artículo 86.1 LC, no han sido incluidos en la lista de acreedores. En esta hipótesis, la regla de valoración va dirigida al órgano judicial. Se trata de créditos que si a consecuencia de la impugnación procede que sean incluidos en la lista de acreedores, tendrán la consideración de subordinados precisamente como consecuencia de su tardía, pero al fin necesariamente expresa insinuación. De ahí que ambas hipótesis previstas en el artículo 92.1 LC sean calificables como comunicaciones tardías de créditos. Por ello, los créditos no insinuados dentro del término concedido a la Administración concursal para la presentación del informe lógicamente no reconocidos como contingentes en la lista definitiva, deben excluirse del concurso (...).”

En este sentido, también puede citarse la sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 189/2008, de 23 de mayo (*Tol 1356741*).

Asimismo, en la anterior sentencia 559/2010, de 29 de diciembre (*Tol 2079165*), igualmente se detallan de manera sencilla “los tres momentos perfectamente definidos” en el artículo 92.1 LC. Así, “los acreedores, fieles cumplidores de lo normado en los artículos 21.1.5º y 85.1 LC, comuniquen sus créditos dentro del plazo señalado en tales preceptos, nos hallamos ante un supuesto de comunicación temporánea, que determinará la obligación de los administradores concursales de comprobar la documentación aportada por el acreedor para su inclusión, en su caso, y calificación del crédito en la lista de acreedores (artículo 86.1 LC), la segunda de las hipótesis factible es la de la comunicación tardía, es decir, cuando el crédito se comunica fuera del plazo del mes fijado en los precitados arts. 21.1.5º y 85.1, pero antes de que transcurra el plazo para que los administradores concursales elaboren la lista a la que se refiere el art 74.1 y 2 LC. La consecuencia en tal caso es la postergación del crédito a la condición de subordinado, la tercera posibilidad sería la de los créditos que no han sido insinuados oportunamente en el plazo legal, ni tardíamente, dentro del término en que los administradores tienen para la elaboración de su informe, ni constasen en el procedimiento, supuesto en el que crédito a los efectos del concurso debe entenderse como desaparecido, sin que sea factible instar su inclusión extemporánea en el procedimiento concursal a través de la tramitación del correspondiente incidente de impugnación, so pena de desvirtuarlo con respecto a su finalidad”.

1º- El acreedor comunica su crédito cumpliendo el tiempo estipulado para ello en la norma-. En este caso su crédito será estudiado y evaluado por la administración concursal asignándole la clasificación o graduación que le corresponda legalmente.

2º- El acreedor comunica tardíamente su crédito a la administración concursal, después de un mes a partir del día siguiente de la comunicación en el Boletín Oficial del Estado de dicha declaración de concurso, pero con anterioridad a la presentación de la administración concursal de su informe-. En este supuesto, el crédito, al haber sido comunicado tardíamente será clasificado como subordinado siguiendo lo estipulado en el artículo 92.1º LC.

Sin perjuicio de lo anterior, si el crédito se encuentra incluido dentro de las excepciones que a este principio general contempla el propio párrafo primero del artículo 92 LC, lo correcto será que la administración concursal lo clasifique según el carácter que le corresponda, según su naturaleza, sin que sea subordinado por su comunicación extemporánea.

3º.- El crédito es comunicado posteriormente al informe presentado por la administración concursal-. En este último supuesto, el crédito no existirá al no ser reflejado en el informe elaborado y presentado por la administración concursal, perdiendo cualquier esperanza de cobro<sup>306</sup>. Sin embargo, y dicho lo anterior, se desprende del artículo 134.1 LC que estos créditos tardíamente comunicados y, por tanto, no incluidos en el informe de la administración concursal serán contemplados en todo caso, pues “el contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos”<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> En este último caso, indica VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 24, significa que o bien el crédito se ha comunicado después de la presentación del informe de los administradores o bien la ausencia de cualquier tipo de comunicación previa a la impugnación de la lista de acreedores. Además, en estos casos, la comunicación se lleva a cabo a través de la demanda de impugnación.

<sup>307</sup> La Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, en su sentencia 559/2010, de 29 de diciembre (*Tol 2079165*) considera que “el crédito ya no puede ser incluido en la mentada lista de forma extemporánea sin perjuicio de que dicho acreedor pueda articular los mecanismos procesales que entienda convenientes a los efectos de obtener el reconocimiento de su crédito, lo cual viene abonado por la previsión del artículo 134 LC”.

Esta opción legislativa primigenia por la cual, en virtud del artículo 92.1º LC, no quedaría reconocido el crédito comunicado después de la presentación del informe de la administración concursal, no será tan drástica como pudiera parecer en un primer momento, ya que la jurisprudencia fue modulando su rigor, de modo que, el acreedor que no tuviera incluido su crédito motivado por esta comunicación tardía -ya presentado el informe de la administración concursal-, podría solicitar judicialmente el reconocimiento del mismo, siendo por tanto, el juez quien decidiera sobre la cuestión. En este último supuesto, y siempre que el crédito se encontrara comprendido dentro de las excepciones del artículo 92.1º LC, debería reconocerse y ser clasificado según la calificación que tuviera o debiera tener según la Ley Concursal.

Como hemos podido anunciar anteriormente, los efectos previstos por el legislador ante la falta de información y conocimiento de la existencia del concurso por parte de los acreedores traían como consecuencia la problemática de que un acreedor, por falta de información, no hubiera podido comunicar en tiempo y forma los créditos que ostenta frente al concursado.

Las situaciones injustas a las que esta subordinación automática podían llevar forzaron al Tribunal Supremo a flexibilizar la interpretación del artículo 92.1º LC. El Alto Tribunal, a partir de las sentencias de fecha 31 de enero y de 13 de mayo de 2011<sup>308</sup> confirma que “la

---

<sup>308</sup> Sentencias del Tribunal Supremo 10/2011, de 31 de enero (*Tol 2046238*) y 316/2011, de 13 de mayo (*Tol 2161818*) en las que se admite la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores como un modo válido y eficaz de comunicación de créditos en el concurso, incluso aunque no hubiera existido comunicación previa a dicha demanda incidental de comunicación. En la primera de estas sentencias, el Alto Tribunal realiza un interpretación integradora del artículo 92.1, junto al 95.2, 96.3 y 97 LC, de modo que considera que aquellos créditos que tengan cabida en las excepciones del artículo 92.1 no podrán ser, por el hecho de su comunicación tardía subordinados, si dicha comunicación, como último término se realice mediante la impugnación de la lista de acreedores incluida en el informe de la administración concursal.

Por su parte, la segunda de las Sentencias a pesar de la comunicación tardía de un crédito comunicado por la AEAT (finalmente fue subordinado no por su comunicación tardía, sino porque no era un crédito de los denominados de reconocimiento oficial), sirvió para ratificar la decisión de la sentencia referida anteriormente, pues se considera la impugnación de la lista de acreedores realizada en el trámite incidental recogido en el artículo 96 LC como vía adecuada para comunicar créditos y que los mismos sean incluidos en el concurso (este hecho no impide que sen considerados subordinados si así se desprende del artículo 92 LC). En relación a las resoluciones de los dos órganos judiciales anteriores que en virtud de dicha Sentencia se recurre el Tribunal Supremo manifiesta en su fundamento jurídico tercero que “ambos órganos judiciales han entendido que las palabras “comunicación tardía” y “falta de comunicación oportuna” empleadas en la

regla primera del artículo 92, además de referirse a los créditos ‘comunicados tardíamente incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores’ se refiere a los que ‘no habiendo sido comunicados oportunamente’ pueden ser incorporados a dicha lista por el juez del concurso al resolver sobre la impugnación de la misma”. Con estas resoluciones judiciales se abre al intérprete la posibilidad de entender que los créditos pueden ser incluidos en la lista por el juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes (y, claro está, no resultaren de los libros o documentos del deudor ni constaren en el concurso de otro modo). En todo caso, si no se realizaba dicha comunicación, y el crédito a comunicar no es de los denominados “de reconocimiento oficial o de oficio”, una vez expirado el plazo de impugnación de la lista de acreedores, el crédito que no hubiera sido incluido en la misma finalmente no constaría en el concurso.

## B) LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUBORDINACIÓN

Resulta doctrina mayoritariamente aceptada la consideración de que el motivo de esta “sanción” legal a los acreedores que comuniquen tardíamente su crédito (expresión asimilable en el artículo a “no oportunamente”) sea además de lógica y comprensible, un “relegamiento proporcional, y en principio objetivo”<sup>309</sup>, sirviendo de estímulo para que dichos créditos sean comunicados en un plazo de tiempo breve, evitando por ello, retrasos en el procedimiento concursal iniciado. Estaríamos, por tanto, ante una justificación de

---

redacción del artículo 92 apartado 1, describen un mismo supuesto: el de los créditos comunicados fuera del plazo del mes señalado para ello, pero antes del vencimiento del de la presentación del informe. Y además, que la demanda de impugnación no puede servir como instrumento de comunicación de un crédito no incluido ni, en todo caso, el incidente de impugnación como trámite adecuado para incorporarlo a la lista”. Sin embargo, es evidente que la regla primera del artículo 92, además de referirse a los créditos “comunicados tardíamente (...) incluidos por la AC en la lista de acreedores” se refiere a los que “no habiendo sido comunicados oportunamente”, puede incorporar a dicha lista “el Juez al resolver sobre la impugnación” de la misma. Con lo que se abre al intérprete una segunda posibilidad: la de entender que los créditos pueden ser incluidos en la lista por el Juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes –y, claro está, no resultaren de los libros o documentos del deudor ni constaren en el concurso de otro modo-.” Esta segunda es la interpretación que nos parece más adecuada.

Es indudable que la lectura del artículo 92, apartado 1, advierte de un intento del legislador de distinguir entre créditos comunicados a la administración concursal, tardíamente, y créditos no comunicados a la misma. A ello se une que –a diferencia de lo que sucede en el supuesto del artículo 97, apartado 1 –el efecto preclusivo que ha sido declarado en ambas sentencias no aparece establecido claramente en la mencionada norma”.

Parece pues que de estas dos resoluciones comentadas, los únicos créditos que no serán reconocidos ni admitidos en el concurso de acreedores serán aquellos que se comuniquen una vez expirado el plazo para impugnar la lista de acreedores.

<sup>309</sup> VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 23.

índole procesal, teniendo en cuenta que, como se comentó anteriormente, no parecería justo que este acreedor no informado en tiempo y forma de la existencia de un procedimiento concursal viera relegado, menoscabado y anulado su derecho de cobro.

Asimismo, prueba de esta postergación legal, pero no del establecimiento de una “sanción” máxima dentro de dicha clasificación se encontraría el hecho de que el legislador ha optado en situar en primer rango dentro de la subordinación a este tipo de créditos.

No obstante, y teniendo en cuenta el estímulo que encierra esta sanción para que todo acreedor comunique su crédito, conduciría no sólo a la obtención de la formación de la masa pasiva lo más fidedigna posible, sino además a evitar la ralentización del procediendo iniciado, eliminando el consiguiente retraso en la “potencial” satisfacción del crédito de los demás acreedores, resultando en nuestra opinión, plenamente justificada esta medida de subordinación.

### C) APLICACIÓN DE LA NORMA TRAS LA LEY 38/2011

La reforma de la Ley concursal operada a partir de la Ley 38/2011, introduce una modificación en la redacción de este artículo 92.1º LC en aras a modular el rigor literal del mismo y acogiendo la interpretación más flexible que había fijado el Tribunal Supremo<sup>310</sup>. Se trata de instaurar un régimen general de subordinación para créditos comunicados extemporáneamente, pero teniendo en cuenta que dicho régimen no puede aplicarse de modo general. Partimos de los tres escenarios descritos en el apartado A) anterior, pero flexibilizando y ampliando el tercero de ellos. De este modo, en virtud del artículo 96.1 bis

---

<sup>310</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1ª, 367/2012, de 1 de octubre (*Tol 2686594*) recuerda que la “sentencia del Tribunal Supremo de 13 mayo 2011, vino a modalizar el rigor del mecanismo de la comunicación de créditos, y así al interpretar el supuesto contemplado en el ordinal 1º del art. 92 LC. referido a la subordinación de aquellos créditos que hubieran sido comunicados tardíamente señala que la interpretación correcta de la norma lleva a entender que “los créditos pueden ser incluidos en la lista por el Juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes -y, claro está, no resultaren de los libros o documentos del deudor ni constaren en el concurso de otro modo-”. Este criterio ha sido después recogido por el legislador tras la reforma operada en el art. 92-1 LC. por la Ley 38/2011 al disponer ahora dicha norma que tendrán la naturaleza de créditos subordinados aquellos créditos, entre otros supuestos, que “no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de esta”.

LC se podrán presentar comunicaciones de nuevos créditos concluido el plazo de impugnación y hasta la presentación de textos definitivos. Estos créditos serán reconocidos conforme a las reglas generales y en su clasificación se estará a lo dispuestos en el artículo 92.1 LC, salvo que el acreedor justifique no haber tenido conocimiento de su existencia, caso este en el que se calificarán según su naturaleza<sup>311</sup>.

Por tanto, y una vez concluido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, y hasta la presentación de los textos definitivos, se podrán presentar comunicaciones de créditos, que serán reconocidos conforme a las reglas generales estándose a lo dispuesto en el artículo 92.1 LC, salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza. Esta nueva redacción de la norma hizo necesario determinar y conocer qué créditos efectivamente no habían sido comunicados en tiempo y forma por desconocimiento del procedimiento concursal existente y qué grado de conocimiento era necesario para que dichos créditos pudieran ser calificados según su naturaleza<sup>312</sup>.

Estos créditos, previo análisis de la administración concursal serán incluidos, si procede, en la lista de acreedores definitiva, contando, además, con un plazo de diez días siguientes a la puesta de manifiesto de los textos definitivos para poder formular oposición, en su caso, a la decisión de la administración concursal sobre las comunicaciones posteriores realizadas.

---

<sup>311</sup> En este caso, y a diferencia de la sentencia transcrita en este epígrafe de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 58/2011, de 4 de marzo (*Tol 2179457*), la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3ª, en su sentencia 5/2014, de 16 de enero (*Tol 5382012*) prevé la posibilidad de que dichos créditos comunicados de oficio, si bien, es recomendable su insinuación, no sería del todo necesaria para su reconocimiento: No obstante, existe una importante excepción a lo expuesto, porque tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, los créditos del artículo 86, apartados 2 y 3, de dicha Ley, comunicados tardíamente o incluso no comunicados, no se subordinarán, según establece expresamente el nuevo artículo 92.1 de la Ley Concursal. De esta previsión legal parece desprenderse la intención del legislador de beneficiar a dichos créditos no sólo con el reconocimiento necesario, sino también con una especie de comunicación de oficio, de tal manera que cuando no se comuniquen o la comunicación sea tardía, pese a todo se incorporarán a la lista de acreedores con la clasificación que les corresponda. Sin embargo, en el caso de documentos con fuerza ejecutiva, este reconocimiento automático, sin comunicación previa, tiene el inconveniente de que dicha constancia documental no determina por sí misma que las cantidades reflejadas en el título, sean efectivamente debidas, puesto que puede haber habido pagos parciales, ajustes de intereses, etc.: de modo que el importe de tales créditos deberá ser facilitado en todo caso por el acreedor”.

<sup>312</sup> En opinión de ÁVILA, A.: “Créditos...” cit., BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores): *Enciclopedia...* Tomo I cit., p. 799 deberán tratarse de “créditos alejados de los supuestos especiales del artículo 87 LC” y además el acreedor no tendría que haber conocido esos créditos “desplegando la diligencia mínima que le es exigible”.

En este momento, pudiera surgir la duda de si nos encontramos ante un cuarto escenario de comunicación de créditos (además de los tres anteriores), a partir de este plazo de diez días *ex* artículo 96.3 bis LC. En consonancia con lo anterior, el artículo 97.3 LC permite modificar el texto definitivo de la lista de acreedores cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones previstas en el artículo 96 bis teniendo en cuenta que tal y como indica dicho artículo, “caso de resultar reconocidos, tendrá la calificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza, sin que sea posible su subordinación al amparo del artículo 92.1º LC; de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 97 bis, dicha tramitación de la solicitud no impedirá la continuación de la fase de convenio o liquidación.

Por tanto, fuera del supuesto del 97.3 LC no podrán modificarse los textos definitivos. El esquema inicialmente previsto para los créditos comunicados tardíamente se fue complicando y tergiversando de modo que a partir de la flexibilización introducida a este respecto en virtud de la Ley 38/2011 fueron acalladas las críticas que el artículo 92.1º LC había cosechado en su corta vida.

**IV.2 Subordinados contractuales:** *“Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor”.*

#### A) JUSTIFICACIÓN Y OPORTUNIDAD DE SU PRELACIÓN

En este supuesto, y a diferencia no sólo del epígrafe anterior, sino de los demás detallados en el artículo 92 LC, no nos encontramos ante una subordinación legal propiamente dicha, sino ante la postergación pactada contractualmente por las partes que, haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad, acuerdan dicha subordinación<sup>313</sup>.

No estaríamos, por tanto, ante una justificación de la postergación siguiendo criterios sancionadores, indemnizatorios, punitivos o de política legislativa, sino a partir de una

---

<sup>313</sup> En el Proyecto de Ley Concursal de 1995 no se contemplaba como subordinado este tipo de créditos, habiendo sido, por tanto, incluido como novedad en la Ley Concursal.

razón estrictamente contractual, cual es, la voluntad de las partes contratantes que acuerdan relegar intencionadamente su crédito a un plano residual.

Motivado por la *ratio* que subyace en esta subordinación, la doctrina acepta de modo unánime este supuesto, aunque sus posiciones difieren, tanto en la necesidad de que dicha subordinación convencional resulte incluida en este artículo 92 LC, como en la pertinencia u oportunidad del orden que el legislador le otorga dentro del mismo<sup>314</sup>.

El principio de autonomía de la voluntad en relación con el artículo 92 LC, no es absoluto, ya que se imponen importantes limitaciones a la capacidad decisoria de las partes. Esta limitación supondría “un límite al nivel de riesgo que los acreedores pueden asumir”<sup>315</sup>, actuando la Ley Concursal como una barrera que no permite que el acreedor pueda posponer su crédito más allá del segundo supuesto del artículo 92 LC, y ello como distinción de este supuesto de subordinación (con origen en un pacto de postergación), frente al resto de motivaciones por las cuales el legislador ha decidido subordinar otros créditos al amparo de este artículo 92 LC.

No obstante lo anterior, y apelando a la voluntad de las partes que han decidido otorgar a su crédito un rango inferior al que le correspondería según su naturaleza jurídica, existen posiciones doctrinales que consideran que el orden de prelación asignado a estos créditos en el artículo 92.2º LC es del todo arbitrario y carece de un criterio lógico. Estas posiciones doctrinales apuntalan su argumentación a partir del principio de autonomía privada que preside las relaciones contractuales, siendo en este caso, los intervinientes de las mismas los únicos legitimados para decidir los efectos contractuales que despliegue la

---

<sup>314</sup> En este sentido GARRIDO, J. M.: “La graduación de créditos”, en ROJO, A. (Coord.): *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 240 considera que este precepto lejos de aportar claridad y sencillez al artículo, logra complicar el mismo. FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 217-218 cree incluso innecesario el hecho de incluir una norma como esta en la Ley Concursal “por estar ya amparada en las categorías generales del Derecho civil”. No obstante lo anterior, este autor concluye expresando que en todo caso entiende la opción escogida por el legislador, “siguiendo parcialmente en este punto el ejemplo del derecho norteamericano y del derecho alemán”, toda vez que además “supone el reconocimiento legal de una práctica largamente utilizada en el sector empresarial”.

<sup>315</sup> ÁVILA DE LA TORRE, A, CURTO POLO, M: “La subordinación...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3541 y AVILA DE LA TORRE, A.: “Los créditos subordinados” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., pp. 801-802.

subordinación pactada, pudiendo elegir, en consecuencia, el orden de prelación de su crédito<sup>316</sup>.

Teniendo en cuenta este presupuesto inicial, lo cierto es que lo más habitual en la práctica es que la partes contratantes al pactar la subordinación de su crédito no indiquen en qué lugar exactamente quedaría este postergado y respecto a qué tipo de créditos concursales, por lo que desarrollando el planteamiento anterior, podríamos preguntarnos ¿qué calificación tendría el crédito subordinado contractualmente si las partes no han indicado el lugar exacto que este debiera ocupar?

Llegados a este punto, la respuesta que la doctrina autorizada (defensora de este planteamiento) ofrece a esta pregunta se bifurca en dos direcciones. Por un lado, y ante la falta de indicación expresa al respecto por parte de los contratantes, el artículo 92.2º LC actuaría como regla supletoria<sup>317</sup>, incorporando dichos créditos en el segundo ordinal del artículo 92 LC. En la otra dirección, la opinión de que estos créditos, al haber sido

---

<sup>316</sup> En este sentido, ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVERDE, R., ALCOVER GARAU, G., y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., pp. 399-400, CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al artículo 92”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1, cit., p. 1098, VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., pp. 21-22 y VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentario al artículo 92 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1064 para quien el único límite, a estos efectos, que podría imponerse a los contratantes que han decidido postergar su crédito sería que en ningún caso podrían ostentar el primer lugar en la subordinación crediticia de la LC, pues la Ley impone en ese primer escalafón los créditos comunicados tardíamente; es decir, el pacto que acordaran las partes “podrá modular hacia abajo la graduación que inicialmente da la Ley, pero no mejorarlo”. En la misma dirección, GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en ROJO, A y BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo I* cit., p. 1663 que justifica, a partir de criterios económicos, que las partes puedan acordar alterar el orden de subordinación establecido en la Ley Concursal, pero siempre con un tratamiento inferior al que le corresponde a los créditos subordinados contractualmente, sin que se le pueda dar un tratamiento superior al marcado por la Ley concursal.

En contra, ÁVILA, A.: “Créditos...” cit., en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., pp. 801-802 y FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 217-220. Este último se muestra muy crítico con permitir la disponibilidad de la subordinación, máxime si tenemos en cuenta que nuestro legislador, conocedor del modelo alemán y norteamericano, si hubiera pretendido optar por dichos modelos lo hubiera hecho a partir de una norma de carácter dispositivo.

<sup>317</sup> De esta opinión, y acudiendo para su justificación a la Ordenanza alemana de insolvencia de 1994, CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al artículo 92 LC” cit., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1098.

voluntariamente postergados y sin indicación expresa del lugar a ocupar, deberían quedar situados en el último escalafón de los créditos subordinados *ex* artículo 92 LC<sup>318</sup>.

Entendemos plausible la determinación de que, dentro del principio de autonomía de la voluntad, las partes contratantes puedan elegir el lugar o posición que su crédito debiera ostentar; es decir, que al igual que las partes poseen potestad para postergar su crédito, estas tuvieran igual *potestas* para decidir y otorgar a dicho crédito subordinado convencionalmente, el lugar a ocupar<sup>319</sup>, no siendo, por contra, muy lógica su imposición en un lugar determinado, incluso contraviniendo lo establecido por los contratantes.

En cualquier caso, no parecería razonable posponer este crédito a otros en los que ha existido mala fe o intención fraudulenta, salvo que, efectivamente las partes contratantes pudieran haber pactado dicha postergación; pero, no obstante lo anterior, entendemos que el límite del artículo 92.2º LC opera, de cualquier modo, en un afán del legislador de incluir todos los supuestos que pudieran acontecer en la práctica jurídica dignos de ser sistematizados en este artículo.

A mayor abundamiento, podemos comprobar que la Ley Concursal (*ex* artículos 100.3 y 158), bien en caso de liquidación, bien en caso de convenio, impone el respeto a la prelación de créditos determinada en el artículo 92 LC, consideración esta que cerraría cualquier opción a que las partes contratantes pudieran elegir el orden o prelación de su crédito subordinado. En consecuencia, podemos colegir que la incorporación de este segundo supuesto del artículo 92 LC aportaría la seguridad jurídica necesaria para que todas las partes que decidieran subordinar su crédito pudieran conocer de antemano el lugar y la graduación de este ante un escenario concursal.

---

<sup>318</sup> ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVERDE, R., ALCOVER GARAU, G., y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., pp. 399-400 y “Comentarios al artículo 92 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios...* Tomo I cit., p. 927 acude igualmente a la ordenanza alemana, pero para justificar que en el supuesto de que las partes no determinen el lugar a ocupar por el crédito que han pactado que sea subordinado, este ocupe el último lugar entre los subordinados existentes (artículo 39, punto II InsO). De esta misma opinión se muestra VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...* cit., pp. 1256-1257.

<sup>319</sup> En este sentido, VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 22, y GARRIDO, J. M.: “La graduación...” cit., p. 240.

Pero ¿qué puede haber llevado al legislador concursal a situar los créditos subordinados por pacto contractual en el segundo lugar del escalafón interno del artículo 92 LC? Varias respuestas se nos antojan a esta pregunta.

En primer lugar, pudiéramos considerar que estamos ante un derecho más ‘puro’ y ‘digno’ que otros que el legislador ha entendido merecedores de una menor protección y que ha postergado por razones heterogéneas. Pero entonces, podríamos preguntarnos, ¿por qué motivo el legislador concursal no ha situado estos créditos en el primer párrafo del artículo 92 LC<sup>320</sup>?. Entendemos que por una razón de justicia material, ya que los créditos comunicados tardíamente son créditos que si bien debieran haber sido clasificados según su naturaleza jurídica, se decide su subordinación en aras a incentivar y motivar a los acreedores para que no ralenticen el procedimiento concursal, teniendo en cuenta que estos acreedores, en ningún momento, han decidido subordinar su crédito, por lo que su orden de prelación debe ser anterior a los créditos subordinados por pacto contractual<sup>321</sup>.

En segundo lugar y de consideración menor, la postergación del rango crediticio no afecta ni perjudica a los derechos de los demás acreedores -a diferencia de que las partes pactaran privilegiar su crédito<sup>322</sup>-, por lo que es totalmente válida y legítima, en cuanto que, a partir de esta postergación contractual, tanto los acreedores privilegiados como los ordinarios no verán alterada la potencial satisfacción de sus créditos; es más, de hecho esta postergación podría incluso beneficiarles, al quedar la masa activa del concursado repartida entre un menor número de acreedores ordinarios.

---

<sup>320</sup> En este sentido, ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 92”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios...* Tomo I cit., p. 927 y “Delimitación...” cit., en G. VILLAVERDE, R., ALCOVER GARAU, G., y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 399.

<sup>321</sup> En contra, SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3918 para quien si un acreedor ordinario acepta y autoriza la subordinación de su crédito con respecto a otros acreedores ordinarios, no existe motivación alguna para que en cualquier caso su crédito sea subordinado a los créditos de comunicación tardía, salvo si así expresamente se hubiera pactado en el acuerdo

<sup>322</sup> Además de que el hecho de permitir privilegiar un crédito atentaría contra los derechos de cobro del resto de acreedores, la Ley Concursal determina de manera inequívoca la imposibilidad de la existencia de créditos privilegiados que no sean los clasificados en dicha categoría por ella.

## B) LA SUBORDINACIÓN “RESPECTO A TODOS LOS DEMÁS CRÉDITOS DEL DEUDOR”

La literalidad del artículo 92.2º LC nos lleva a concluir que el pacto de subordinación acordado por las partes deberá ser “respecto a todos los demás créditos del deudor”, entendido este como un pacto de subordinación general.

Nada indica la norma respecto a qué calificación se otorga a un pacto de subordinación de carácter particular, esto es, pactada en relación a uno o varios acreedores del deudor<sup>323</sup>, ¿cómo actuar entonces?

La doctrina mayoritaria considera que no existiría subordinación concursal *ex* artículo 92.2º LC si el acreedor aceptó su subordinación sólo frente a algunos acreedores, de modo que si el acreedor subordina extraconcursalmente su crédito a favor de determinados acreedores concurrentes, “esta subordinación, que no será la del artículo 92.2º LC es igualmente eficaz en el concurso con la misma eficacia relativa que fuera del concurso<sup>324</sup>”. En este sentido, la subordinación contractual impuesta por la Ley Concursal no sería aplicable a la referida subordinación particular, sin que por ello dichos créditos perdieran la calificación que les pudiera corresponder en el concurso, vinculando estos créditos no sólo al deudor, sino a la administración concursal y al juez del concurso, que deberán respetar, en la medida de lo posible y dentro de los límites legales, el pacto de las partes.

---

<sup>323</sup> CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios del artículo 92 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1, cit., p. 1098 califica la norma de incomprensible y su redacción de poco afortunada al hacer referencia sólo a los créditos subordinados “respecto de todos los demás créditos”. Para superar la limitación existente en la norma respecto a la subordinación particular aboga porque las partes sean quien decidan el lugar a ocupar.

<sup>324</sup> CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...* cit., pp. 57-58. Igualmente, este autor advierte de la dificultad de determinar cómo será eficaz dicha subordinación relativa: “La manera más fácil de conseguir este efecto es entender que este pacto de subordinación comporta un derecho a hacerse atribuir la cuota del acreedor gravado con aquel pacto, a favor del beneficiario del mismo. No debe existir objeción a la eficacia concursal de esta subrogación”. Asimismo, asevera que existirá subordinación concursal “aunque en el pacto de subordinación convencional haya advertido el acreedor que la subordinación lo será exclusivamente mientras el deudor no se halle en concurso”, puesto que esta cláusula es inoponible al concurso, teniendo en cuenta que “un pacto de no ejecución de las garantías no equivale a un pacto de subordinación, si al acreedor no ha renunciado simultáneamente a concurrir junto con el resto de los acreedores en condición de acreedor ordinario”.

Práctico se muestra PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Los créditos...” cit., en CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., p. 688 al considerar que resulta indiferente a los efectos de la subordinación del artículo 92.2º LC que esta se haya pactado frente a determinados acreedores o frente a todos “siempre claro está que se conformen con tal situación”.

En cualquier caso, la limitación legal juega un papel fundamental, ya que si dicho crédito sujeto a subordinación particular, fuera a su vez subordinado legalmente (por haberse concertado con una persona especialmente relacionada con el concursado, etc.), prevalecerá la subordinación legal<sup>325</sup> frente a la contractual, evitando además, de este modo, posibles maquinaciones fraudulentas por parte de determinados acreedores que pudieran ver, en caso contrario, mejorado el rango de su crédito. Pensemos, por ejemplo, en el pacto que podría suscribir un acreedor que, en un eventual concurso de acreedores, pudiera ser calificado como persona especialmente relacionada con el concursado. Si finalmente el deudor de dicho crédito es declarado en concurso de acreedores, el acreedor podría ver su crédito subordinado *ex* artículo 92.5º LC, y no *ex* artículo 92.2º LC, evitando de esta manera que el acreedor pudiera ver mejorada su expectativa de cobro dentro del concurso.

### C) LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS

En modalidad de subordinación contractual del artículo 92.2º LC se incluirían, entre otros, los préstamos participativos, y las financiaciones subordinadas, tal y como los mismos han sido descritos con anterioridad.

Respecto a los préstamos participativos, debemos tener en cuenta que si bien su subordinación viene dada o tiene su origen en la Ley -artículo 20.1 c) del Real decreto ley 7/1996-, no es menos cierto que las partes contratantes acuerdan formalizar un préstamo o crédito participativo asumiendo las peculiaridades y características de estos, según se desprende de la norma citada con anterioridad, por lo que las partes al formalizar un préstamo o un crédito participativo asumen y pactan expresamente dicha subordinación<sup>326</sup>, siendo esta considerada como subordinación por pacto contractual.

---

<sup>325</sup> FERRÉ FALCÓN, J: *Los créditos...*cit., pp. 235-236 y ÁVILA, A.: “Créditos...” cit., en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., p. 802.

<sup>326</sup> En este sentido, COLINO MEDIAVILLA, J. L.: *Créditos participativos...*cit., pp. 87-90, GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 92”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1663 entendiendo que estos préstamos participativos se incluyen en el artículo 92.2 LC como resultado de que las partes elijan una relación crediticia a partir de una fórmula que lleva implícita o aparejada la subordinación.

En esta línea, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 19 de junio de 2012, a la que apela el recurrente al haber considerado el juzgador de primera instancia que un préstamo participativo sólo podrá ostentar la calificación de subordinado cuando concurra en el mismo un pacto contractual expreso “tal y como indica el artículo 92.2º LC”, y negando, en consecuencia, la naturaleza subordinada de estos préstamos *per se*<sup>327</sup>. La Audiencia Provincial contradice el criterio del juez de primera instancia y considera, en una interpretación más amplia del artículo 92.2º LC, que la voluntad expresa de subordinar el crédito existe y ha de considerarse manifestada desde el momento en que las partes deciden utilizar un determinado instrumento o figura contractual que por ley comporta dicha subordinación y a resultas del cual nace el crédito en cuestión, aunque al redactar el contrato no incluyan luego expresa o específicamente dicha cláusula. Concluye este órgano judicial, a fin de eliminar cualquier tipo de duda, señalando al préstamo participativo regulado en el Real decreto ley 7/1996 como paradigma de crédito subordinado contractualmente.

Esta subordinación de los préstamos participativos operada en virtud del artículo 92.2º LC no está exenta de críticas y detractores, ya que existen opiniones doctrinales que sostienen que los préstamos participativos, en cuanto a su naturaleza jurídica asimilable a los fondos propios, deberían situarse al final de todos los supuestos del artículo 92 LC<sup>328</sup>.

No compartimos esta opinión, en cuanto a que los préstamos participativos son, al fin y al cabo, financiación, no fondos propios de la deudora, y como tal, su obligación principal es

---

<sup>327</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, 221/2012 (Tol 2587681). En esta misma línea se muestra el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, en su sentencia de 23 de diciembre de 2013 (núm. rec. 774/2012, Tol 4184387) al concluir su resolución judicial en los siguientes términos: “desde la perspectiva concursal no es la regulación legal, sino la voluntad de los contratantes al escoger esta específica fórmula de financiación, la que determina la necesaria postergación crediticia por el cauce del número 2 del artículo 92 LC, por ello va imperativamente implícito en la figura negocial constituida por prestamista y prestatario”.

<sup>328</sup> FERRÉ FALCÓN, J: *Los créditos...cit.*, pp. 53-56, parte de la participación y subordinación como notas esenciales en los préstamos participativos, y por ende considera la posición del acreedor por este tipo de préstamos muy próxima a la del socio, debiendo en consecuencia ser tratada de modo perjudicial respecto a los acreedores externos y siendo estos acreedores participativos similares a las personas especialmente relacionadas con el concursado, siendo satisfechos únicamente cuando hayan sido pagados todos los créditos concursales y con preferencia a la devolución de los socios de sus aportaciones de capital (en este sentido, también GARCÍA VILLAVERDE, R: “Los préstamos...” cit. , p. 19). En contra, PRENDES CARRIL, P.: “Artículo 92 LC”, en PRENDES CARRIL, P. (Dtor.): *Tratado práctico concursal* Tomo III, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 748.

la devolución del principal y de los intereses pactados, siendo aplicable el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 Cc, y no resultando alterada o modificada su naturaleza jurídica de préstamo en cuanto a que puedan, en dos escenarios societarios concretos y limitados (reducción de capital y liquidación social) ser asimilados a los fondos propios<sup>329</sup>. En cualquier caso, la existencia de un determinado *ratio* de fondos propios, o mejor dicho, de patrimonio neto, de una sociedad no incide en la determinación del concepto de insolvencia que requiere el artículo 2 de la LC para la solicitud del concurso de acreedores, máxime si además tenemos en cuenta que la insolvencia es un concepto que no equivale ni se identifica con el patrimonio neto<sup>330</sup>, por lo que entendemos fuera de toda duda la calificación de los préstamos participativos como préstamos subordinados e incardinados, según lo comentado anteriormente, en la subordinación del artículo 92.2º LC.

Una vez clasificados los préstamos y créditos participativos como subordinados bajo el artículo 92.2º LC, no debemos perder de vista que estos, como cualquier otro préstamo o crédito, devengan el interés pactado entre las partes. Colegimos, en consecuencia, que los

---

<sup>329</sup> Vid. en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 566/2011, de 13 de julio de 2011 (*Tol* 2232889) que considera que estos préstamos participativos, como préstamo que son, están sometidos a las reglas esenciales del mismo, siendo su principal obligación es la devolución del principal e intereses en el tiempo pactado y sin que en consecuencia pueda verse alterada su naturaleza jurídica de préstamo. El hecho de su consideración como fondos propios, no altera la naturaleza jurídica del préstamo. El capital obtenido se integra en los fondos propios, pero no excluye la obligación de devolver el capital y pagar los intereses, conforme a la naturaleza del préstamo recibido.

<sup>330</sup> Resulta interesante el estudio que de la insolvencia, como presupuesto objetivo, realiza BELTRÁN, E.: “Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada”, en SARCINA, A. y GARCÍA-CRUCES, J. A.: *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, Cacucci Editore, Bari, 2008, pp. 51-71 quien considera que “la Ley Concursal ha prescindido por completo de la que podríamos denominar concepción patrimonial de la insolvencia, para la que la situación de desbalance o déficit patrimonial es esencial (con los delicados problemas de valoración del patrimonio del deudor que son inherentes a esta concepción) y ha seguido una concepción funcional en la que el centro de gravedad se sitúa en el hecho objetivo de la imposibilidad de cumplir, cualquiera que sea la causa de esa imposibilidad. (...) De este modo, la tarea esencial del juez al que se solicite la declaración de concurso es la de determinar si el deudor se encuentra o no en estado de poder satisfacer las obligaciones existentes con los medios de que dispone, sin necesidad de entrar a valorar en todo caso sus bienes”. En este sentido, igualmente CERDÁ, F.: “La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo I cit., pp. 963 y ss. y NIETO DELGADO, C.: “Los presupuestos del concurso de acreedores” en CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., pp. 205-210, citando la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3ª, 188/2008, de 18 de noviembre (*Tol* 1546890) para justificar que la insolvencia es absolutamente compatible con la existencia de un balance saneado si, al propio tiempo, la sociedad carece de liquidez para atender regularmente sus obligaciones. La causa de la imposibilidad de cumplir es indiferente: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio, por falta de liquidez y crédito.

créditos derivados de intereses deberán quedar subordinados a partir del artículo 92.3° LC al incluir la norma concursal en dicho presupuesto “los créditos de cualquier clase, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”<sup>331</sup>, mientras que el principal de dicho préstamo deberá ser calificado de subordinado *ex* artículo 92.2° LC.

**IV.3 Créditos por intereses y recargos.** *“Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”.*

#### A) LA SUBORDINACIÓN DE INTERESES

A1) PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN.- Como punto de partida de este tercer supuesto del artículo 92 LC, debemos delimitar el concepto de “intereses”, puesto que este párrafo, lejos de definir dicho concepto, hace referencia a una expresión genérica: “los intereses de cualquier clase”.

Si bien estamos ante un término cuyo significado es comúnmente conocido, y del que existen numerosas definiciones al respecto, se nos antoja aquella que se desprende del Código de Comercio, y que conceptúa los intereses como “toda prestación pactada a favor del acreedor”<sup>332</sup>. Sin embargo, y a pesar de ser este un buen punto de partida, resulta ser una aproximación terminológica genérica en cuanto no distingue las diferentes categorías de intereses existentes.

La Ley Concursal justifica la postergación de estos créditos por su carácter independiente respecto del principal, afirmación y principio este ratificado igualmente por la

---

<sup>331</sup> En este sentido, *vid.* COLINO MEDIAVILLA, J. L.: *Créditos participativos...*cit., p. 90. De la misma opinión se muestra PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal”, *La Ley*, núm. 8271, de 14 de marzo de 2014 y PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., en CAMPUZANO A. B. y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...*cit., p. 689.

<sup>332</sup> Artículo 315 Ccom En esta línea, GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1664.

jurisprudencia<sup>333</sup> quien determina que los intereses, pese a ser estos accesorios del principal a la entrega del capital que los produce, resultan ser calificados en el concurso (con la excepción de los generados por créditos protegidos con garantía real, hasta donde alcance la misma), como si fueran independientes del derecho al capital y siguen una suerte que puede ser distinta a la de este. Todo ello, a pesar de que en Exposición de Motivos de la Ley se justifique la subordinación de los intereses a partir del carácter “accesorio” de los mismos, en el bien entendido de que motivado por dicho carácter accesorio estos deban diferenciarse del tratamiento que pudiera corresponder al principal del crédito o préstamo.

En base a lo anterior, entendemos que la *ratio* de la subordinación de este tipo de créditos reside fundamentalmente en dos motivos<sup>334</sup>. El primero de ellos, es el carácter independiente de los mismos respecto del principal<sup>335</sup>; mientras que el segundo, haría referencia a la menor relevancia que mantiene la deuda por intereses respecto al principal<sup>336</sup>, si tenemos en cuenta que en el caso de que dichos créditos por intereses fueran calificados en paridad con los ordinarios, pudiera producirse una desigualdad entre los distintos acreedores motivada por los diferentes tipos de interés que cada acreedor conviene y negocia con el deudor<sup>337</sup>. A este respecto, por todos es sabido que cuando más riesgo de impago o insolvencia existe, las entidades financieras y todos los acreedores, en general, suelen negociar con el deudor un tipo de interés más elevado.

---

<sup>333</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 317/2012, de 25 de mayo (*Tol 2557931*).

<sup>334</sup> En contra de esta justificación se muestra ÁVILA DE LA TORRE, A. CURTO POLO, M.: “La subordinación...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...*T IV cit., p. 3542 para quienes la decisión de subordinar los créditos por intereses no resulta muy equitativa para los acreedores.

<sup>335</sup> Así, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, doctrina y jurisprudencia. En términos de VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 30 el interés no sigue la suerte del principal en cuanto a que es propio y autónomo, y goza “muy a su pesar”, de total independencia y substantividad (en contraposición con el término “accesoriedad”).

<sup>336</sup> ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVARDE, R., ALCOVER GARAU, G., y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...*cit., p. 390. Para VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...*cit., p. 1286 la razón para subordinar estos créditos responde a que incorporan un mayor riesgo que los ordinarios, “pues aunque su existencia la más de las veces y si bien la Ley concursal no se pronuncia, es anterior al concurso, su devenguen cambio se produce una vez que este ya ha sido declarado”

Para BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002, p. 450 debido a que en la Ley Concursal no se distingue entre los intereses previos y posteriores a la declaración del concurso, resultará que serán los primeros los que vean minorado su valor para redistribuirlo entre los demás acreedores; por ello considera que la subordinación de estos créditos por intereses debiera de venir justificada por el mayor riesgo que comportan.

<sup>337</sup> En contra de esta justificación VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo I cit., p. 1065.

A2) LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES Y SU JUSTIFICACIÓN.- La subordinación crediticia *ex* artículo 92.3º LC debe ser interpretada necesariamente junto con el artículo 59 de la misma Ley, relativo a la suspensión del devengo de intereses, en un intento por determinar, ante la falta de claridad de la norma, si dicha suspensión hace referencia (i) a los intereses devengados y no pagados con anterioridad, (ii) a los posteriores a la declaración del concurso, o (iii) si pudiera referirse a ambos casos. La discusión doctrinal está servida: ¿el artículo 92.3º LC hace referencia a la subordinación de los intereses anteriores al concurso, o a los posteriores? Desconocemos si este vacío legal ha sido resultado de falta de precisión normativa, de olvido, o si, por el contrario, el legislador ha sido consciente de dicha falta de precisión y concreción, pero lo cierto es el artículo 59.1 LC ha generado y genera una importante controversia.

La suspensión del devengo de intereses ya se recogía con anterioridad en el Código de Comercio respecto a los créditos del quebrado. El artículo 883 Ccom imponía el vencimiento de las deudas del quebrado en virtud de la declaración de quiebra, mientras que el artículo 884 Ccom regulaba la suspensión del devengo de intereses de todas las deudas del quebrado salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios (hasta donde alcanzara la respectiva garantía).

En este sentido, el artículo 59 LC<sup>338</sup> suspende el devengo de intereses de las operaciones crediticias existentes (con las excepciones citadas en el 59.1 LC respecto a los créditos tutelados con garantía real y los devengados por créditos salariales) con la declaración del concurso de acreedores, por lo que la interpretación conjunta de este artículo junto a la

---

<sup>338</sup> Artículo 59 LC: “1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3 de esta Ley. 2. No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional”.

literalidad del artículo 92.3º LC nos permite colegir que son los intereses devengados con anterioridad al concurso los que quedan subordinados<sup>339</sup> a partir de este precepto.

A mayor abundamiento y a favor de este planteamiento, el artículo 59 LC prescribe que en caso de convenio (si así se pacta en el mismo) o liquidación (si existiera remanente para ello) se procedería, una vez satisfechos los demás créditos concursales (entre ellos incluidos los subordinados y dentro de ellos los créditos por intereses mantienen una determinada graduación –artículo 92.3º LC-) a la satisfacción de los referidos intereses, por lo que, carecería de sentido que el artículo 92.3º LC se pudiera referir a los créditos por intereses postconcursoales, pues en ese caso, estos podrían ser nuevamente satisfechos en los casos previstos por el artículo 59 LC<sup>340</sup>, y eso no parece ser el tenor literal de este artículo 59 LC.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo 32/2005, de 14 de junio (*Tol 5271267*) resume acertadamente los argumentos anteriormente referidos al manifestar que de la regla del artículo 59.1 LC se desprende que puesto que los intereses postconcursoales no se devengan, no se podrá referir a ellos la subordinación legal: “Cuando esa misma norma (el artículo 59 LC) señala que «Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3º de esta Ley» se está refiriendo a los intereses generados por los créditos salariales a los que hace mención previamente. El artículo 59.2 *in fine* LC expresa que «En caso de liquidación si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional», lo que solo puede interpretarse como referido a los intereses postconcursoales, pues carecería de sentido que los intereses

---

<sup>339</sup> Son de esta opinión ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAYERDE, R., ALCOVER GARAU, G., y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 401, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 254-256, VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo I cit., p. 1065 o SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* T IV cit., pp. 3919-3920 y MERCADAL F.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.): *Nueva Ley Concursal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, pp. 451-452, entre otros, quien además, asume la subordinación de los intereses anteriores a la declaración del concurso como un sacrificio razonable en una situación concursal.

<sup>340</sup> En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “La prelación de créditos tributarios en el concurso”, *Anuario de derecho concursal*, núm. 7, 2006, p. 125.

preconcursoales que se configuran legalmente como créditos subordinados de 3º grado se pagaran sin embargo en último lugar”.

De todo ello “solo cabe concluir que los créditos por intereses subordinados son únicamente los anteriores a la declaración del concurso, de tal manera que los intereses postconcursoales se sujetarán, en caso de liquidación, a las reglas de pago fijadas en el artículo 59-2 *in fine* LC”.

En contra de esta opinión se posiciona un sector doctrinal que entiende que los intereses referidos en este epígrafe sólo pueden ser los devengados con posterioridad a la apertura del concurso, puesto que a partir del artículo 59.1º LC no se reduce el rango de los intereses, sino que se suspende su devengo durante el concurso. De lo contrario, sostiene, se impondría una norma injustificada para los acreedores que prestan dinero a largo plazo y tienen importantes sumas de dinero en concepto de intereses en el momento de ser declarado el concurso<sup>341</sup>.

En esta misma dirección, compartimos la injusta situación que produce la subordinación de los intereses anteriores a la declaración del concurso respecto a las entidades financieras en comparación con otros proveedores (véase por ejemplo, de suministro de mercancías), si tenemos en cuenta que las entidades bancarias introducen en el tipo de interés la contraprestación de sus servicios y su margen de intermediación, por lo que en caso de concurso del deudor, no verían satisfecho su crédito, y con ello el coste de sus servicios, al quedar este subordinado<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...* cit., p. 61 considera que deberían en todo caso subordinarse los intereses posteriores a la declaración del concurso, pues los anteriores a este serían considerados ordinarios. Igualmente, y junto a CORDERO LOBATO: “Comentarios al artículo 92 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1099, justifican su planteamiento a partir del tenor literal del ordenamiento jurídico alemán (*Insolvenzordnung*) de donde el legislador concursal ha tomado la lista de créditos subordinados del artículo 92 LC. De la misma opinión, VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...* cit., p. 1287.

<sup>342</sup> SASTRE PAPIOL, S: “Los créditos...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3919. y VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo I cit., p. 1066 advierten de la consecuencia que esta decisión de política legislativa en cuanto a la subordinación de todos los intereses con la excepción referida de los intereses devengados por los créditos con garantía real, puesto que ello comportará que los acreedores profesionales

Por nuestra parte, y a pesar de las situaciones de injusticia que pudieran derivarse de contemplar como subordinados los créditos por intereses devengados con anterioridad a la declaración del concurso, entendemos que el artículo 59 LC no deja lugar a dudas respecto que los intereses mencionados en el párrafo tercero del artículo 92 LC son los generados con anterioridad al concurso<sup>343</sup>.

La justificación de esta suspensión del devengo de intereses proclamada en el artículo 59 LC responde, al igual que sucedía en el régimen anterior, a la necesidad de inmovilizar el pasivo del deudor a los efectos de que este pueda ser cierto y determinado y sin que pueda oscilar e incrementarse constantemente a partir del devengo de los intereses de todas las deudas del concursado mermando así las expectativas de cobro del resto de acreedores, además de perjudicar la consecución de una solución concursal (bien convencional, bien liquidativa)<sup>344</sup>.

A3) TIPOLOGÍA DE LOS INTERESES CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 92.3º LC.- A tenor del artículo 92.3º LC se encuentran incluidos en este precepto todos los intereses, con independencia de su clase: legales, convencionales, explícitos, implícitos, ordinarios o de demora<sup>345</sup>.

No obstante lo anterior, existen determinados supuestos que por su naturaleza jurídica podrían generar dudas interpretativas respecto a su posible subordinación: son los ‘créditos

---

tenderán a garantizar aún más sus créditos o préstamos con garantías reales, intentando así poder cobrar los intereses de dichas operaciones.

<sup>343</sup> Curiosa interpretación la realizada por GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B.: “La subordinación concursal de los créditos del socio único contra la sociedad unipersonal”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3695 al considerar que a partir de la redacción confusa del 59 LC y la referencia general a los intereses del artículo 92.3º LC podría entenderse que la subordinación afecta tanto a los intereses devengados con anterioridad o con posterioridad al concurso.

<sup>344</sup> BADENAS CARPIO, J. M. y BOLDÓ RODA, C.: “Comentarios del artículo 59”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...Vol. 1* cit., p. 648.

<sup>345</sup> VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 29. En la misma línea MERCADAL, F.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.): *Nueva Ley...* cit., p. 452 atiende a los intereses remuneratorios, moratorios derivados del incumplimiento de pago -incluyendo tanto los sustantivos como los procesales- los intereses convencionales y los legales.

por comisiones' y los intereses líquidos y no satisfechos que resulten capitalizados y que, como aumento del capital, puedan devengar nuevos intereses ('anatocismo').

1) *Los créditos por comisiones.*- Las comisiones son términos que difieren de los intereses (aunque en ocasiones puedan aparecer junto a estos) tanto por su significado como por su finalidad. En términos generales, podrían ser entendidas como la contraprestación a un servicio prestado, concepción esta totalmente diferente a la vista anteriormente en relación a los intereses.

Para completar la descripción y naturaleza jurídica de las comisiones nos parece representativa la sentencia de 2 de abril de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Málaga núm. 1 (núm. rec. 345/2007, *Tol 1553878*) que define el término comisión -derivado del verbo latino *commitere* (encargar, encomendar a otro el desempeño de algún servicio)-, como una expresión polisémica, de diversos sentidos, a la que el término "mercantil" convierte en un nuevo término jurídico que designa un negocio jurídico de naturaleza contractual. Se trataría entonces, según la referida sentencia, de un contrato de mandato que sirve de apoyo, en su regulación mercantil a numerosos contratos bancarios. En este sentido y como remuneración, la comisión es definida, como la suma o sumas de dinero que han de ser pagadas, como consecuencia de una relación jurídico-obligatoria, de naturaleza contractual, en contraprestación por los servicios que recibe quien las adeuda, por lo que la remuneración por servicios prestados es, en este sentido, esencial para determinar si nos encontramos ante un supuesto concreto de comisión mercantil en el sentido propio que hemos referido.

La misma sentencia, en el intento de zanjar la posible confusión entre las comisiones y los intereses, concluye diferenciando el concepto de comisiones frente al de intereses y aseverando que mientras estos últimos constituyen prestaciones accesorias de carácter pecuniario vinculadas al aplazamiento del pago de una obligación de suma como contraprestación del mismo (y calculada precisamente en una relación de proporción directa al transcurso del tiempo), las comisiones remuneran servicios o riesgos asumidos, y no una disponibilidad temporal de capital, lo cual trae consigo que las comisiones no se

hallan vinculadas al elemento tiempo, aunque sí, al servicio que remuneran, en el bien entendido de que las comisiones bancarias remuneran obligaciones de *facere*, procediendo su calificación como ordinario, al margen de los intereses.

En conclusión, y a partir de las diferencias existentes entre los intereses y las comisiones, entendemos que los créditos por comisiones no tienen cabida en la subordinación del artículo 92 LC, debiendo ser calificados, por tanto, como ordinarios.

2) *El anatocismo*.- La capitalización de intereses vencidos y no satisfechos que generan a su vez nuevos intereses al tipo pactado se admite en nuestro ordenamiento jurídico “como se deduce, a *sensu contrario*, del artículo 1109, primer párrafo, segundo inciso, del Código civil y se desprende del principio de autonomía de la voluntad básico en el derecho privado y proclamado en el artículo 1255 Código civil y reconocido en el artículo 317 primer inciso del Código comercio<sup>346</sup>”.

Si bien, no podemos negar que existen diferentes posiciones doctrinales respecto a la calificación de estos intereses sujetos al pacto de anatocismo, la jurisprudencia<sup>347</sup> considera que, partiendo de la interpretación del concepto de intereses, al que alude el artículo 92.3º LC, en su más amplia acepción, este no sólo comprende los intereses convencionales, sino también el resto de intereses (así los legales, los moratorios e incluso los intereses tributarios -cuando estos también formen parte de la obligación tributaria-), debiendo tener presente que cuando el legislador ha querido excepcionar a determinados intereses de ese tratamiento lo ha dispuesto así expresamente, tal y como sucede con los intereses de los créditos con garantía real. En consecuencia, los intereses de capitalización del capital serían subordinados *ex artículo 92.3º LC*.

---

<sup>346</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 770/2014, de 12 de enero de 2015 (*Tol 4742240*). En esta misma sentencia, el Alto Tribunal alude a la sentencia de esa misma sala de fecha 8 de noviembre de 1994 en virtud de la cual al celebrarse un contrato de préstamo mercantil con intereses podía estipularse expresamente que los intereses vencidos y no satisfechos se acumulasen al capital para seguir produciendo los intereses pactados, dando lugar a lo que doctrinalmente se conoce como anatocismo.

<sup>347</sup> Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, 105/2012, de 28 de febrero (*Tol 2490923*).

En esta misma línea se muestra la Audiencia Provincial de Huelva<sup>348</sup> en un supuesto similar de calificación de intereses capitalizados, al considerar que la amplia acepción que de los intereses en relación con la subordinación instaaura contribuye, con un evidente criterio de justicia, a garantizar que, entre otros efectos, componentes accesorios de las deudas (como los intereses) no produzcan el efecto pernicioso de acabar gravando y menoscabando los créditos de los demás acreedores, por lo que se persigue que se satisfaga primero el principal de los créditos antes de atender aquellos otros conceptos con los bienes que al final le pudieran restar al concursado y otorgando la calificación de subordinados a los referidos intereses.

Compartimos la opinión jurisprudencial expuesta anteriormente<sup>349</sup>, puesto que si la Ley concursal no distingue (a excepción de los créditos con garantía real) un tratamiento diferente para los intereses, que quedan subsumidos en dicha categoría, tampoco lo vamos a hacer nosotros.

A mayor abundamiento, el hecho de pactar la capitalización de intereses no debe favorecer que determinados acreedores se sirvan de dicha fórmula contractual para mejorar la calificación que a esos créditos por intereses les correspondería según su naturaleza, y minorar la expectativa de cobro de otros acreedores ordinarios, por lo que entendemos que los intereses por anatocismo deberán ser subordinados en el seno del concurso<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3ª, 74/2013, de 20 de junio (*Tol 3943475*).

<sup>349</sup> *Vid.* por todos la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 18 de febrero de 2013 (núm. rec. 810/2012, *Tol 3538537*) que repasa en su fundamento jurídico cuarto la doctrina respecto al anatocismo de la Audiencia Provincial de Madrid, para concluir que “siendo válido el pacto de anatocismo en virtud del cual los intereses moratorios y remuneratorios vencidos y no abonados generen nuevos intereses, desde la fecha de vencimiento hasta la declaración de concursal (sin reclamación previa) en que se suspenderá (artículo 59 LC) el devengo de todo tipo de intereses, resulta que tal capitalización a los efectos de generar nuevos intereses no desdibuja ni desnaturaliza la naturaleza accesoria de dicha prestación ni la finalidad retributiva (intereses remuneratorios) e indemnizatorios (interese moratorios) de dicha obligación dineraria nacida de la principal; por lo que por imperativo del artículo 92.3 LC deben ser calificados como créditos subordinados. No impide tal conclusión el que por la propia mecánica de la cuenta corriente de crédito y sus liquidaciones periódicas se adicione al principal la deuda de intereses remuneratorios y moratorios, en cuanto ello facilita conocer el saldo deudor periódico por principal e intereses remuneratorios y moratorios sobre el que se aplicará diariamente el tipo de interés pactado, pero no desdibuja la naturaleza de la prestación por intereses”.

<sup>350</sup> En contra de esta opinión, PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., CAMPUZANO, A.B., SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., p. 689 para quien los créditos derivados de la capitalización de intereses no quedarían subordinados. Igualmente, SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre*

A4) EXCEPCIÓN A LA SUBORDINACIÓN DE INTERESES.- 1) *La excepción expresa.*- La generalidad del artículo 92.3º LC al subordinar los créditos por intereses (y recargos) de cualquier clase presenta una excepción expresamente enunciada: la de los créditos con garantía real “hasta donde alcance la respectiva garantía<sup>351</sup>”.

La norma nada dice respecto a qué calificación tendrán los créditos por intereses exceptuados, si bien de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia, los han considerado calificados de igual modo que el crédito principal<sup>352</sup>, aunque por una cuantía máxima fijada por el valor del bien de la garantía.

La justificación a esta excepción podría derivarse del hecho de que el acreedor con garantía real (tal y como se entiende esta a partir de los supuestos del artículo 90 LC) verá satisfecho su crédito a partir del bien específico que tomó como garantía, sin que por este motivo perjudique al resto de acreedores, aún en el supuesto de que incluya dentro del valor de la garantía los intereses del crédito o préstamo en cuestión<sup>353</sup>. A efectos prácticos, pudiera existir otra justificación más propia de la contratación con entidades financieras, cual es la

---

*la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3919 apuesta por la figura del anatocismo para que las entidades financieras no vean perjudicada su situación respecto a la subordinación de los créditos por intereses devengados con anterioridad al concurso y VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...* cit., pp. 1282-1285 que defiende su calificación de acuerdo con la que efectivamente corresponda al capital.

<sup>351</sup> Siguiendo a CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1099 y puesto que la Ley Concursal no define el significado de garantía real se incluirían aquí no sólo las garantías reales típicas (hipoteca mobiliaria e inmobiliaria, prenda posesoria, prenda sin desplazamiento de la posesión, hipoteca naval, etc.), “sino también la reserva de dominio, que no entraña un derecho de propiedad sino un derecho de garantía del vendedor, razón por la cual la misma ha de ser tratada como cualquier otra garantía real. Por el contrario, no sucede lo mismo con el arrendamiento financiero, donde la sociedad de leasing no es titular de un derecho de garantía sobre el bien, sino propietaria del bien mismo”.

<sup>352</sup> VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 31 afirma que si la Ley no ha realizado distinción al respecto “tampoco lo vamos a hacer nosotros, de modo que esos intereses quedarán amparados por el mismo privilegio del que goce el principal, eso sí, hasta donde alcance el valor del bien objeto de garantía”. Para GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 92 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1664, el artículo hace referencia a la expresión “garantía real”, en lugar de hacerlos a la expresión “privilegio especial”. Sin embargo, y como advierte este autor todos los privilegios especiales, a excepción del privilegio refaccionario de los trabajadores –al que se le aplicará el régimen de producción de intereses de los créditos laborales-son garantías reales. Igualmente, los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o por plazo de compraventa de bienes muebles con reserva de dominio, los intereses se encuentra implícitos en el cálculo del pago de dichas cuotas.

<sup>353</sup> En este sentido, VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo I cit., p. 1066, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p.257.

de calcular la total responsabilidad hipotecaria incluyendo en este concepto no sólo el principal del préstamo, sino también intereses ordinarios y de demora, como el importe total que quedaría cubierto con la garantía tomada.<sup>354</sup>

2) *La excepción implícita.*- Como otra excepción, pero esta vez, de carácter implícito a la subordinación *ex* artículo 92.3º LC, se encuentra la realizada en el artículo 59.1 LC en relación a los créditos salariales que resulten reconocidos, pues la norma estipula que estos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero. Sin embargo, esta excepción del artículo 59.1 LC respecto a los créditos salariales resulta desvirtuada gracias a la última coletilla de dicho artículo: “Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3º LC”, por lo que si bien, dichos créditos devengarán intereses, lo cierto es que estos difícilmente podrán cobrarse al quedar subordinados.

A modo de recapitulación, podemos concluir afirmando que el concurso, en relación con el régimen genérico de los intereses opera a través de dos importantes “mutilaciones”<sup>355</sup>: en primer lugar, en cuanto al cese del devengo de intereses desde su declaración, y en segundo lugar, por cuanto el crédito por intereses (salvo la excepción contemplada en el artículo 92.3º LC) queda postergado, con independencia de la suerte del principal del crédito.

---

<sup>354</sup> En opinión de FERRÉ FALCÓN, J: *Los créditos...*cit., pp. 277-279 estas son las justificaciones más probables partiendo de la idea que en la LC aparece respecto a las garantías reales en relación con los privilegios especiales.

En contra, BADENAS CAROPI J. M. y BOLDÓ RODA, C.: “Comentario al artículo 59 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...*Vol. 1 cit., p. 649 que justifica esta excepción exclusivamente en razones de equidad en cuanto que los acreedores con garantías reales constituyeron estas sobre bienes libres en previsión de una futura insolvencia del deudor. Por lo tanto, cuando se produce el concurso del deudor y debido a esa equidad deberán continuar con el devengo de dichos intereses.

Deberá tenerse en cuenta a estos efectos y respecto al créditos garantizado con hipoteca inmobiliaria “hasta donde alcance su respectiva garantía” si estamos ante el límite del artículo 114 LH. A favor de este argumento se muestra BADENAS CARPIO J.M. y BOLDÓ ROLDAN, C.: “Comentario al artículo 59 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...*Vol. 1 cit., p. 650 y FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...*cit., pp. 278-279. Ese límite será para las pignoraticias el valor de la prenda.

<sup>355</sup> Término este que nos ha parecido significativo a estos efectos y es utilizado por MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “La prelación...” cit., p. 123.

## B) LA SUBORDINACIÓN DE LOS RECARGOS.

B1) SU TRATAMIENTO PREVIO A LA LEY 38/2011.- Con anterioridad a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, los intereses moratorios impuestos por los créditos tributarios (con independencia de la denominación que estos recibían: recargos de apremio, recargos de demora, etc.-) y de la Seguridad social<sup>356</sup> merecían una consideración especial.

Razones de justicia material llevaban a la consideración de que los recargos, atendiendo a su naturaleza jurídica y al aumento de su cuantía “conforme se agrava la conducta, con un fin posiblemente disuasorio de las dilaciones en el cumplimiento de las obligaciones tributarias<sup>357</sup>”, debían quedar subordinados *ex* artículo 92 LC, y ello a pesar de que literalmente no se encontraban incluidos en dicho artículo.

La consideración por parte de la jurisprudencia de la naturaleza sancionadora de los recargos llevó a esta a subordinar sin vacilaciones este tipo de créditos al amparo del artículo 92.4º LC, a partir de distintas argumentaciones que pueden sistematizarse del siguiente modo:

(i) El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 164/1995, de 13 de noviembre (*Tol 82901*), consideró que los recargos representan una figura intermedia entre las medidas resarcitorias -esto es, los intereses-, y las sanciones en sentido propio. Si tanto los intereses como las sanciones poseen la consideración de créditos subordinados en la LC, no existía razón para que los recargos pudieran ser considerados como ordinarios o privilegiados.

(ii) El genérico artículo 92.4º LC referido a las “multas y demás sanciones pecuniarias” debía entenderse en sentido amplio y comprensivo de los recargos que constituyen, como indica el Tribunal Constitucional, “una especie de multa o penalización económica”.

---

<sup>356</sup> *Vid.* los artículos 26 LGT y 27 y 28 LGSS.

<sup>357</sup> Véase la interesante publicación al respecto de MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “La prelación...” cit., p. 167. Para la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 247/2009, de fecha 15 de julio (*Tol 1650938*), la finalidad de los recargos es estimular el cumplimiento de determinadas obligaciones disuadiendo así de su incumplimiento con mora.

La Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 197/2006, de 20 de abril de 2006 (*Tol 1009930*)<sup>358</sup> aseveró que “a pesar de la no explícita inclusión del recargo como crédito subordinado, la clasificación que se combate se basa en su equiparación conceptual y teleológica, trascendiendo el diagnóstico estrictamente constitucional, que no conceptúa al recargo como sanción al no concretarse en él el *imperium* del Estado, para detenerse en su condición de sanción pecuniaria y accesoria en relación al principal adeudado. El concepto de sanción utilizado por el artículo 92.4º LC es mucho más amplio y abarca también la pena pecuniaria”.

La misma Audiencia Provincial<sup>359</sup> equiparó los recargos de demora con las sanciones (a pesar de que el artículo 92 LC establece una lista cerrada o *numerus clausus*), a partir de

---

<sup>358</sup> En esta sentencia se expone la negativa de la Tesorería General de la Seguridad Social a que su crédito como recargo sea calificado como subordinado. Para ello alega que la lista del artículo 92 LC es cerrada, y en ningún momento se establece ni se incluye el recargo ni otro concepto que le sea equiparable a dicha lista, por lo que en su criterio debería ser calificado dicho crédito como ordinario. Para ello, la recurrente niega que el recargo mantenga naturaleza sancionadora porque “carece de la finalidad represora o de castigo que es propia de la sanción y persigue estimular el cumplimiento de las obligaciones en plazo, o lo que es lo mismo, disuadir del incumplimiento, alegando, tras la mención de determinados preceptos de la normativa de la Seguridad social, que “la naturaleza jurídica de la deuda principal impregna al recargo”. Sin embargo, el Tribunal indica que el concepto de sanción abarca igualmente la pena pecuniaria derivada legalmente de la falta de cumplimiento puntual de la obligación con la Seguridad social, reiterando nuevamente la “voluntad de la Ley de reducir los créditos privilegiados y discriminar, subordinándolos, aquellos que sean accesorios a la obligación principal por ser una consecuencia de su falta de cumplimiento”. Asimismo, continúa la sentencia afirmando que La Ley marca una diferencia entre los créditos principales u originales y los accesorios que derivan del incumplimiento de aquellos, en caso de concurso, pues entonces, ante la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento regular de todas las obligaciones exigibles del deudor, y puestos a ordenar el pago, debe primar el crédito principal sobre el accesorio, que ha nacido precisamente como consecuencia de la falta de cumplimiento, que es manifestación de la insolvencia, presupuesto a su vez del concurso. No existe ninguna contradicción entre la finalidad de estimular el cumplimiento de una obligación pecuniaria y el carácter sancionador del recargo, con independencia de que este sea mayor en función del retraso. Concluye la sentencia afirmando que el juicio de no equiparación del recargo a la sanción se hace desde una concepción estricta de “sanción”, como manifestación del *ius puniendi* del Estado y para resaltar que en su aplicación no se precisan las garantías constitucionales propias del proceso sancionador.

<sup>359</sup> Sentencia 247/2009, de 15 de julio (*Tol 1650938*). En este sentido los recurrentes a la calificación de subordinado de los recargos de demora como sanción, se oponen a dicha graduación en esta sentencia, haciendo valer el artículo 58 de la Ley General Tributaria en la que no se indica que estos recargos de demora sean sanciones tributarias, por lo tanto argumentan que al no compartir dicha naturaleza de sanción no podrán ser considerados como tales. Este argumento es desestimado por el Tribunal. La sentencia concluye indicando además que “No parece dudoso que el recargo de apremio ordinario es una sanción por la falta de cumplimiento de la deuda tributaria, sin que tenga por finalidad el resarcimiento de un daño, Sin embargo, la sanción es un concepto muy amplio, en cuanto consecuencia inexorable del incumplimiento de un deber jurídico, que opera para castigar un comportamiento que el ordenamiento desaprueba o rechaza, y dentro de cuyo concepto hay que distinguir las sanciones propias, que comprenden las punitivas -ejercicio del *ius puniendi*- y las administrativas, consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración,

una interpretación amplia del término de sanción, extendiendo, de este modo, la subordinación a los recargos “por su naturaleza afín a la que en el ámbito civil tiene la cláusula penal que se asocia al incumplimiento (artículos 1162-1155 Cc)”. Este tribunal, realizando una interpretación un tanto forzada, admitió que si bien la Exposición de Motivos de la Ley Concursal parece limitar la justificación de la accesoriedad sólo a los intereses, las modalidades de recargo ejecutivo y recargo de apremio reducido excluyen -y, por ende, sustituyen- a los intereses moratorios a partir del inicio del periodo ejecutivo (artículo 28.5, *in fine*, LGT ), por lo que realizan la misma función, que no es otra que la de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la mora en las obligaciones pecuniarias, tal y como resulta del artículo 1.108 Cc, “no siendo razonable entender que los intereses moratorios sean crédito subordinado y no tengan aquel carácter los recargos que realizan, al menos en parte, la misma función”.

Idéntica argumentación formuló la Audiencia Provincial de Soria en su sentencia 85/2013 (*Tol 4072760*) al calificar “los recargos de apremio, tanto de la Seguridad Social como tributarios, como créditos subordinados del artículo 92.4 LC, en virtud de su carácter similar al de una sanción”.

(iii).- La finalidad o el motivo por el que el legislador concursal subordinó los intereses y multas y demás sanciones pecuniarias resultaba también aplicable a los recargos, siendo esta afirmación acorde con la Exposición de Motivos de la Ley, que considera la subordinación de los créditos de intereses por su carácter accesorio, así como la subordinación de las sanciones porque no sería justo ni adecuado que los demás acreedores cargaran con las mismas<sup>360</sup>.

Equiparados los recargos, bien a los intereses, bien a las sanciones, se justificó jurisprudencialmente su subordinación, a partir de su carácter accesorio (al igual que los intereses) o de su naturaleza sancionadora, de modo que la dificultad de cobro que, en

---

y las impropias, variadísimas, que carecen de la entidad cualitativa y cuantitativa de las propias, y no están sujetas a los estrictos principios de la legalidad constitucional sancionadora”.

<sup>360</sup> En este mismo sentido, ha de tenerse en consideración que el artículo 25 LGT considera los recargos como obligaciones tributarias accesorias.

general, ocasiona cualquier procedimiento concursal aconsejaba que el pago de los intereses, sanciones, recargos públicos o penas convencionales quedara supeditada a la satisfacción de los demás créditos<sup>361</sup>.

Recalcando el planteamiento anterior, la Audiencia Provincial de Zaragoza<sup>362</sup> rechazó la identificación de los recargos con la deuda principal a efectos de incluirlos en los privilegios a ella reconocidos, ya que ni responden a los principios que justifican el privilegio, ni deben ser soportados por los demás acreedores, teniendo en cuenta que los recargos, si bien no son una manifestación del *ius puniendi*, sí deben ser considerados como sanciones o castigos a los efectos de su inclusión en el artículo 92.4º LC en cuanto créditos subordinados.

(iv).- La interpretación finalista de los artículos 89 a 92 LC, debe conducirnos a una limitación de los privilegios tal y como se manifiesta en la Exposición de Motivos de la Ley<sup>363</sup>.

Se tomaba como punto de partida la disposición final primera de la referida norma concursal en la que se introduce un segundo párrafo en el artículo 1921 del Código Civil a tenor del cual “en caso de concurso, la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal”. De este modo, sólo serán válidas, en caso de concurso, las disposiciones de esta Ley para el reconocimiento de privilegios o preferencias, advirtiendo el artículo 89.2 LC, que “no se admitirá ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”<sup>364</sup> y teniendo en cuenta que la protección que se ha de

---

<sup>361</sup> Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, 222/2006, de fecha 17 de mayo (*Tol 962483*). Asimismo, en esta sentencia se indica que en situación concursal “los créditos contra la masa serán satisfechos al margen del concurso y con carácter previo, los demás concurrirán con el privilegio que proceda para tratar de alcanzar el convenio, y los recargos, intereses, multas y sanciones serán postergados, convirtiéndose en subordinados precisamente para favorecer el convenio, o en su caso, impedir la frustración de los demás créditos sin privilegio”.

<sup>362</sup> Sentencia 375/2006, de fecha 16 de junio, sección 5ª (*Tol 1016111*).

<sup>363</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, M.: *El proceso concursal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 117.

<sup>364</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 366/2007, de 4 de julio (*Tol 1143586*). En esta sentencia se analiza la calificación de un crédito por “gastos de devolución”, indicándose a tal efecto que no por ello merece la calificación de crédito subordinado por asimilación a los intereses (artículo 92.3º LC), pues no participa de su misma naturaleza y fundamento. A diferencia del crédito por intereses, el crédito por

conceder a los créditos públicos no permite obviar la interpretación restrictiva que todo privilegio merece, precisamente por su naturaleza excepcional<sup>365</sup>.

Otras resoluciones judiciales resultaron igualmente clarificadoras en relación con la materia abordada. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de La Coruña sección 4ª, en su sentencia 237/2006, de 16 de mayo (*Tol 963362*)<sup>366</sup> consideró, como no podía ser de otro modo, que para una correcta interpretación de los créditos concursales subordinados debía acudir a una interpretación de la intención del legislador en la norma concursal, teniendo en cuenta que se establece la novedad de la reducción de los privilegios, siendo la igualdad entre los acreedores la norma del concurso y sus excepciones “muy contadas y siempre justificadas”<sup>367</sup>.

---

gastos de devolución no responde a una finalidad de indemnización o resarcimiento por el incumplimiento o tardío cumplimiento de una obligación pecuniaria (artículo 1.108 del Código Civil), sino que responde a una obligación de reembolso por el deudor, que los ha originado al no atender el pago del principal conforme al sistema convenido (artículo 1168 Cc). Lo cierto es que la Ley Concursal, a la hora de postergar los créditos en función del criterio de la accesoriadad, tan sólo recoge los procedentes de intereses, pero no cualquier otro que derive del incumplimiento de la obligación (a salvo los de naturaleza sancionadora), como puede ser el reembolso de tales gastos, por más que pueda configurarse como indemnización por el daño patrimonial causado por el incumplimiento, bien por virtud del sistema de pago pactado”

<sup>365</sup> Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, 222/2006, de fecha 17 de mayo (*Tol 962483*), en virtud de la cual se dictamina la calificación del recargo tributario como crédito subordinado semejante a los contenidos en el artículo 92.4º LC.

<sup>366</sup> En esta resolución judicial se enumeran, a modo de recordatorio, las tres finalidades que inspiran la nueva normativa con respecto a la materia de clasificación de los créditos: a) la reducción drástica los privilegios y preferencias b) la consideración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores como regla del concurso c) reducir los privilegios tradicionales como los tributarios, siendo esta decisión además adoptada como resultado de la doctrina científica y del examen del derecho comparado.

<sup>367</sup> A estos efectos resulta reseñable la sentencia del Tribunal Supremo, 1231/2009, de 21 de enero (*Tol 1438950*) y siguientes: 492/2009, de fecha 22 de junio (*Tol 1560757*), y 589/2009, de 20 de septiembre (*Tol 1723164*) y 573/2010, de 30 de septiembre (*Tol 1972357*), entre otras que indica que la sanción del artículo 92.4 LC es un concepto mucho más amplio que el del artículo 25 de la Constitución Española, no siendo por tanto, en su aplicación necesarias ni precisas las garantías constitucionales del proceso sancionador (fundamento jurídico 3ª). Igualmente, considera que la normativa tributaria y así la Ley General Tributaria no sólo queda subordinada a la Ley Concursal por lo dispuesto a este respecto por esta última, sino que además, la disposición adicional 8ª de la LGT 2003 determina que en materia de “Procedimientos concursales (...) lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”. Asimismo, esta resolución judicial se enmarca en la enumeración que realiza el Alto Tribunal en relación a los principios rectores de la Ley Concursal, cuales son, por ejemplo, la limitación de privilegios del Derecho Público, la *par condicio creditorum*, así como la postergación en el cobro de determinados créditos, y no teniendo duda alguna respecto a la consideración de los recargos de apremio ordinario como sanciones por falta de cumplimiento de la deuda tributaria sin que tenga por finalidad el resarcimiento de un daño.

Por último y en otro orden de cosas, esta resolución judicial manifiesta la distinción entre las sanciones propias, que incluyen las punitivas, y las administrativas, consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, y las impropias, varadísimas y que carecen de entidad cualitativa y

En contra de esta construcción jurisprudencial del recargo como sanción *ex* artículo 92.4º LC se mostró tradicionalmente la Abogacía del Estado que consideraba que los recargos impuestos por la Agencia Tributaria debían compartir la calificación crediticia de aquel o aquellos créditos de los que provenía o traía causa. Apoyaban su argumentación en el hecho de que los recargos no quedaban recogidos en la literalidad del artículo 92 LC, y la interpretación de este artículo debía realizarse en sentido restrictivo; por otra parte, el Tribunal Constitucional nunca había admitido que los recargos mantuvieran naturaleza jurídica de sanción<sup>368</sup>, por lo que al no poder ser asimilados a estas no compartirían su calificación como subordinado.

Finalmente, el sentir jurisprudencial anteriormente sistematizado se impuso y la construcción jurisprudencial del recargo como crédito subordinado encontró acomodo en la sentencia del Tribunal Supremo 1231/2009, de 21 de enero (*Tol 1438950*) que fija como doctrina de la Sala la calificación de los “recargos controvertidos” (en el supuesto concreto de esta sentencia se hace referencia a los recargos por falta de ingreso en plazo

---

cuantitativa de las propias, no estando sujetas a los estrictos principio de la legalidad constitucional sancionadora.

Por su parte, el II Congreso de Jueces, entre otras cuestiones, se mostró unánime respecto a la consideración de dichos recargos tributarios como créditos subordinados rebatiendo los argumentos otorgados por la Abogacía del Estado. En este sentido, (i) manifiestan que la LGT distingue entre la deuda principal (*ex* art. 19 LGT) y la derivada de los recargos (*ex* art. 25 LGT) que queda clasificada como obligaciones tributarias accesorias, desmontando así la argumentación que indicaba que el artículo 58 LGT consideraba e incluía dentro del concepto de deuda tributaria los recargos. (ii) Respecto a la resolución constitucional referida (STC 164/1995, de fecha 13 de noviembre, *Tol 82901*) se indica que “en sentido propio” el recargo no puede interpretarse como sanción, siendo más tarde esta expresión de “en sentido propio” matizada en el Fundamento jurídico 6º, al indicar que “puesto que dicho recargo no constituye una manifestación del *ius puniendi* del Estado, es decir, no es una sanción en sentido propio, no le son aplicables, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, STC 239/1988) las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionadora establecen los artículos 25.1 y 24.2 de la Constitución Española”. Esto no significaría ni implicaría que el Tribunal Constitucional niegue la naturaleza sancionadora de los recargos, sino que se trataría de una manifestación del *ius puniendi* del Estado al que aplicar las garantías de la potestad sancionadora. Asimismo, en el fundamento jurídico quinto se indica que los recargos tienen una función coercitiva, disuasoria o de estímulo, y ello otorga cierto matiz sancionador.

<sup>368</sup> A este respecto debe indicarse que antes de la inclusión expresa de los recargos como créditos subordinados por la legislación concursal, la Agencia Tributaria consideraba, como se ha indicado, que los mismos deberían contar con al calificación que tuviera aquel crédito del que dimanaban. Las razones que argumentaban para ello eran principalmente tres: (i) en la literalidad del artículo 92 LC no se incluían los referidos recargos, (ii) la jurisprudencia tributaria y constitucional en ningún caso ha considerado que los recargos tuvieran naturaleza de sanción, y (iii) el artículo 58 de la LGT incluye dentro de la denominada deuda tributaria los recargos, sin diferenciar a estos del resto de conceptos que integran la misma.

reglamentario de las deudas de la seguridad social) como créditos subordinados por tener la naturaleza de sanciones pecuniarias previstas en el artículo 92.4º LC.

En otra sentencia posterior, 589/2009, de 20 de septiembre (*Tol 1723164*), el Alto Tribunal sienta idéntica doctrina en relación, en esta ocasión, a los créditos derivados del recargo tributario, considerándolos subordinados *ex* artículo 92 LC a partir de los argumentos jurídicos ya manifestados en la sentencia anterior y que se hacían eco de los expuestos anteriormente por los órganos judiciales menores:

“a) en materia de clasificación de créditos a efectos de un concurso la regulación de la LGT se halla subordinada a la LC; b) en materia concursal rigen los principios de limitación de los privilegios de derecho público y de *par condicio creditorum*, y la postergación en el cobro para los denominados créditos subordinados; c) los recargos tienen carácter accesorio de la obligación y este carácter no se limita a los intereses, pues el recargo ejecutivo y el recargo de apremio excluyen y sustituyen los intereses moratorios a partir del inicio del período ejecutivo, razón por la cual, en la medida en que coinciden, realizan la misma función; d) entendiendo el concepto de sanción en sentido amplio (efecto del incumplimiento de un deber jurídico) el recargo de apremio ordinario (en el supuesto concreto de esta sentencia) es una sanción por la falta de cumplimiento de la deuda tributaria; se contempla en la exposición de motivos de la LC al referirse a ‘sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social’, y debe estimarse comprendido en la expresión legal ‘los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias’ sin incurrir por ello en una interpretación extensiva”.

En consecuencia, y a partir de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, se admitió la subordinación de los recargos (en los términos anteriormente indicados), a pesar de tener que realizar, en determinadas ocasiones, interpretaciones un tanto forzadas de la norma para poder incluir en esta, a partir de una interpretación finalista, el supuesto de los recargos en

un ejercicio de asimilación a las sanciones y multas que eran objeto de subordinación *ex* artículo 92.4º LC<sup>369</sup>.

B2) DEL AÑO 2011 HASTA LA ACTUALIDAD.- La Ley 38/2011 no permaneció inmóvil al sentir jurisprudencial y a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo respecto a la consideración de los recargos como créditos subordinados del artículo 92 LC. Por ello, esta norma zanja definitivamente la controversia surgida respecto al tratamiento y calificación de los recargos en el concurso al reconocer la Ley Concursal la subordinación de los mismos.

Como novedad, dicha subordinación fue introducida en el tercer supuesto del artículo 92 LC y no en el cuarto, que era el lugar que la jurisprudencia otorgaba a los recargos a partir de la interpretación de la naturaleza jurídica de los mismos.

Estamos ante recargos impuestos por situaciones de hecho nacidas con anterioridad a la declaración del concurso<sup>370</sup>, cuya subordinación reside, al igual que los intereses, en un intento por separar lo principal de lo accesorio para no distorsionar de este modo las expectativas de cobro del resto de acreedores.

#### **IV.4 Créditos por multas o sanciones pecuniarias: “Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”.**

##### **A) GENERALIDADES**

Se incluyen en este concepto de “sanción” los créditos derivados de todo tipo de sanciones, y de multas, con independencia de los sujetos que los hayan impuesto y del tipo de

---

<sup>369</sup> En términos de ÁVILA, A.: “Créditos...” cit. en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., pp. 804-805 se trataba de considerar el recargo como una sanción impropia “que venía a castigar la falta de cumplimiento de la deuda habida con la Administración, sin que tuviera finalidad resarcitoria o compensatoria, ni obstase la finalidad preventiva de estimular el cumplimiento, pues finalmente su operatividad suponía un castigo al deudor incumplidor”.

<sup>370</sup> En este sentido, PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Los créditos...” cit., en CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., pp. 689-690.

infracción o incumplimiento que dé lugar a la sanción<sup>371</sup>. Por ello, y además de los supuestos enumerados anteriormente, se podrán incluir en este artículo 92.4º LC cualquier otro crédito nacido del ejercicio de las potestades sancionadoras administrativas en otros ámbitos como las multas con origen en la infracción de normas penales, e incluso los créditos derivados de la vulneración de contratos cuando en estos se haya establecido una cláusula penal, y en la medida en que esa cláusula penal no se corresponda con los daños efectivamente sufridos por la contraparte contractual<sup>372</sup>.

Para determinar el nacimiento de estos créditos habrá de estarse a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en virtud de la cual deberá atenderse no al momento del nacimiento de la obligación, sino al momento de comisión de la conducta sancionada, por ser esta determinante del régimen aplicable también a la sanción, en congruencia, de una parte, con los principios rectores de la potestad sancionadora, entre ellos, el de irretroactividad, que imposibilitan sancionar conductas que no estuvieran ya tipificadas en el régimen vigente al tiempo de su comisión<sup>373</sup>.

## B) LOS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS DEL ARTÍCULO 92.4º LC

La falta de concreción del artículo 92.4º LC hace necesaria su interpretación respecto a determinados supuestos cuya calificación concursal no estaría del todo clara<sup>374</sup>. Nos

---

<sup>371</sup> Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 449/2006, de 6 de noviembre (*Tol 1112066*), que hace referencia a otra anterior, de fecha 19 de enero de 2006, siendo posteriormente confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo 1231/2009, de 21 de enero (*Tol 1438950*), determina que “venimos interpretando que la dicción legal de ‘sanción’ no se refiere exclusivamente a las impuestas por los poderes públicos, en virtud del *ius puniendi* del Estado, y a través de un proceso sancionador, sino que también alcanza a la obligación accesoria de carácter pecuniario, que penaliza el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación principal, ya sea legal o de origen contractual”.

En este sentido, también la doctrina: GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 92 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1665.

<sup>372</sup> En este sentido, GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1665, al relacionar los artículos 1152 Cc y 56 Ccom.

En este sentido, la sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 8/2006, de 19 de enero (*Tol 964423*).

<sup>373</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 56/2011, de 23 de febrero (*Tol 2063687*) y 504/2011, de 1 de julio (*Tol 2188450*).

<sup>374</sup> FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 284-285 considera una tarea compleja la interpretación de este precepto si tenemos en cuenta que el concepto de sanción no existe en nuestro ordenamiento, a la vez que

referimos principalmente a las multas impuestas por el Código Penal u otras leyes penales, a las multas coercitivas y a las cláusulas penales.

B1) LAS MULTAS PENALES.- Entendemos que puesto que el legislador no distingue sobre el origen u naturaleza del órgano que impone estas multas, quedarían subordinadas igualmente *ex* artículo 92.4º LC las multas impuestas por el Código penal u otras leyes penales, pues su naturaleza jurídica es idéntica a las multas administrativas, a excepción del órgano que las impone<sup>375</sup>.

En cualquier caso, quedarían fuera de este supuesto de subordinación las indemnizaciones por daños y perjuicios causados a terceros, en cuanto a que las mismas no pueden ser consideradas como multas o sanciones, sino como indemnizaciones cuya finalidad es la reparación de un daño o un perjuicio causado, debiendo ser calificadas concursalmente en función de su naturaleza.

B2) LAS MULTAS COERCITIVAS.- No existe unanimidad por parte de la doctrina respecto al tratamiento y clasificación de estas en la Ley concursal. Mientras que para cierta parte de la doctrina las multas coercitivas deben ser subordinadas debido al tenor literal del artículo (“multas”)<sup>376</sup>, para otro sector doctrinal y debido a la falta de carácter sancionador de las mismas, estas no deberían considerarse postergadas<sup>377</sup>.

La solución a esta cuestión resulta complicada y de difícil respuesta, puesto que de acuerdo a la literalidad y falta de concreción del precepto, resultaría indubitado la inclusión de este

---

existen leyes administrativas especiales que incluyen un capítulo dedicado a tipificar infracciones que merecen la imposición de una sanción.

<sup>375</sup> Así, ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAYERDE, R., ALCOVER GARAU, G., y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 402, VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...* cit., pp. 1297-1298, ÁVILA, A.: “Los créditos...” cit., en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., p. 805, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 285-286, BENÍTEZ, J. J.: “Los créditos...” cit., en CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., p. 690 quien considera, al igual que la doctrina mayoritaria, la inclusión de la cláusulas penales no sustitutivas de la indemnización de daños y perjuicios.

<sup>376</sup> Por ejemplo, GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 92”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1665.

<sup>377</sup> FERRE FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 286-287 considera que a partir de una interpretación finalista de este artículo, las referidas multas coercitivas deberían quedar excluidas de la subordinación.

tipo de multas en este artículo, siendo justificada, además la subordinación por el hecho injusto que supondría para el resto de acreedores “cargar” con la multa impuesta al concursado.

Sin embargo, si atendemos a la naturaleza de este tipo de multas “que consisten en una medida de constreñimiento económico adoptado previo el oportuno apercibimiento reiterado en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa” (por lo que no se inscriben estas multas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración<sup>378</sup>) podríamos inclinar la balanza del lado contrario, esto es, a la no subordinación de las mismas, ante la falta del elemento sancionador.

A la vista de lo expuesto anteriormente, comprobamos cómo no existe una respuesta única a la inclusión de las multas coercitivas como un supuesto del artículo 92.4º LC, puesto que ello va a depender de si nos fijamos en la redacción y literalidad del referido artículo, o si atendemos a la finalidad que la Ley Concursal manifiesta en su Exposición de Motivos en relación a la justificación de la subordinación de las multas y sanciones a partir de su naturaleza jurídica sancionadora. Siguiendo este último criterio, las multas coercitivas quedarían fuera del artículo 92.4º LC<sup>379</sup>.

Siguiendo la línea jurisprudencial existente respecto a la naturaleza no sancionadora de este tipo de multas, entendemos difícil el encaje de este tipo de multas en el artículo 92.4º LC.

B3) LAS CLÁUSULAS PENALES.- Similares dudas respecto a su posible subordinación plantean las cláusulas penales, como mecanismos sancionadores del ámbito jurídico-privado (reguladas en los artículos 1152-1155 del Código civil) pactadas entre las partes, puesto que no se deducen de la literalidad del precepto. Si tenemos en cuenta que los

---

<sup>378</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 239/1988, de 14 de diciembre (*Tol 80086*), que sigue la línea del Tribunal Supremo, y entiende por multas coercitivas aquellas reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado y que son independientes de las impuestas en concepto de sanción y compatibles con ellas.

<sup>379</sup> Así, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 285-287 quien considera que las multas coercitivas traen causa de un incumplimiento previo de una obligación, tratan de vencer este incumplimiento, finalidad esta que no persiguen las sanciones administrativas, cuya finalidad sería puramente represora.

créditos subordinados mantienen efectos negativos para sus acreedores, deberíamos acudir a una interpretación restrictiva de la norma, concluyendo, en consecuencia, la no subordinación de estas cláusulas penales.

Este tipo de cláusulas pueden ser verdaderas sanciones o cumplir una mera función indemnizatoria, por lo que se hace necesario examinar cada caso específico para analizar el correcto tratamiento de las mismas a resultas de su consideración como deuda principal o como sanción, según corresponda.

La jurisprudencia<sup>380</sup> considera que la pena de la cláusula penal es una obligación accesorio, en este caso de carácter pecuniario, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación. Por este motivo, constituyen una garantía de la obligación principal porque su existencia sirve para asegurar al acreedor el cumplimiento y facilitar la exigibilidad del crédito.

Si tomamos como punto de partida la interpretación literal del artículo 92.4º LC<sup>381</sup>, las cláusulas penales no quedarían incluidas en dicho precepto, por lo que a partir de una interpretación restrictiva, estas cláusulas no resultarían subordinadas<sup>382</sup>.

No obstante, si atendemos al fin pretendido por dichas cláusulas, podríamos afirmar que las cláusulas penales en cuanto que persiguen disuadir del incumplimiento, mantienen un carácter sancionador, y podrían ser subordinadas a partir de una interpretación finalista de la norma. Si, por el contrario se considera que estas pretenden la compensación frente al incumplimiento, no quedarían subordinadas, pues carecerían del elemento sancionador y represor.

La doctrina, como pudiera deducirse del complejo planteamiento realizado, difiere respecto al tratamiento que en sede concursal debiera darse a estos créditos, pero podríamos afirmar que la doctrina mayoritaria considera incluidas *ex* artículo 92.4º LC las cláusulas penales siempre que las mismas no se correspondan con los daños causados y sufridos por la

---

<sup>380</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 197/2006, de 20 de abril (*Tol 1009930*).

<sup>381</sup> A favor ÁVILA, A.: “Los créditos...” cit., en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I, cit., p. 806.

<sup>382</sup> De esta opinión se muestra FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 291-292.

contraparte contractual, supuesto estos que como ya se adelantó, no serán subordinados, sino calificados según su naturaleza<sup>383</sup>.

La jurisprudencia propone como norma general y con criterio de prudencia el análisis de cada supuesto concreto al reiterar en numerosas resoluciones judiciales que la función indemnizatoria o punitiva de la pena pactada condicionará la clasificación concursal del crédito surgido por la aplicación de la cláusula penal<sup>384</sup>. Por este motivo, siempre que la pena sustituya a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal garantizada (de modo que evita la discusión acerca de la existencia de los daños y de su valoración económica), el crédito derivado de su aplicación no tendrá carácter sancionador, sino indemnizatorio del incumplimiento contractual, supuesto este que difícilmente podría incluirse dentro del artículo 92.4º LC. Mientras que, si la función perseguida con la pena es la punitiva y sancionadora del incumplimiento, el crédito surgido de su aplicación sí podría tener cabida o encaje *ex* artículo 92.4º LC.

En este mismo sentido se muestra el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, a partir de la sentencia 260/2011, de 28 de julio (*Tol 2242745*), en cuanto considera que “la función indemnizatoria o punitiva de la pena pactada condicionaría la clasificación concursal del crédito surgido por la aplicación de la cláusula penal”.<sup>385</sup> Las conclusiones serían las

---

<sup>383</sup> En este sentido, puede consultarse VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 41.

En contra, ÁVILA, A.: “Los créditos...” cit., en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I, p. 806 para quien quedan excluidas de la subordinación.

FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 290-292, tras exponer diversas posturas doctrinales a favor de la subordinación de estas cláusulas (tales como la finalidad disuasoria del incumplimiento que defiende determinada doctrina concursal infiriendo por tanto su carácter sancionador y así su subordinación) considera que no deberían ser subordinados, puesto que bien, teniendo en cuenta la doctrina administrativa que distingue “las sanciones administrativas, multas o penalidades que impone la Administración contratante a sus contratistas por la demora en la ejecución de sus contratos, respecto de las cuales se afirma su carácter no sancionador, habida cuenta de que en este caso las llamadas penalidades no tienen una finalidad represora, sino compensatoria frente al incumplimiento”, parecería evidente, según este autor la no subordinación de las referidas cláusulas.

<sup>384</sup> Fundamento jurídico segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 171/2009, de 15 de mayo (*Tol 1604254*).

<sup>385</sup> En el mismo sentido, se muestra la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, en sentencia de 6 de noviembre de 2006 (núm. rec. 449/2006, *Tol 1112066*) al considerar que “la pena suele desempeñar en la práctica la función de sustitutiva de la indemnización por incumplimiento, y correlativamente evaluatoria de la misma y a ella hace referencia el artículo 1152 Cc cuando dispone que “en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de los daños y perjuicios y al abono de intereses en caso de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado”, pero también puede constituir, con independencia de la satisfacción justa del acreedor, un castigo, esto es una multa por el incumplimiento”.

mismas expuestas en el párrafo anterior, puesto que siempre que la pena sustituya a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal garantizada (de modo que evita la discusión acerca de la existencia de los daños y de su valoración económica), el crédito derivado de su aplicación no será subordinado *ex* artículo 92.4º LC, a diferencia de la función punitiva y sancionadora del incumplimiento.

La Audiencia Provincial de Barcelona distingue las diferentes funciones que puede desempeñar la cláusula penal, de modo que, al margen de la función “coercitiva” de la pena (en cuanto estimula al deudor al cumplimiento de la obligación principal ante la amenaza de pagar la pena), distingue también entre una función indemnizatoria y una función punitiva. Este órgano judicial asume que la pena suele desempeñar en la práctica la función de sustitutiva de la indemnización por incumplimiento, y, correlativamente, evaluatoria de la misma, y a ella hace referencia el artículo 1152 CC cuando dispone que “en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de los daños y perjuicios y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado”; pero también puede constituir, con independencia de la satisfacción justa del acreedor, un castigo, en cuanto supone una multa por el incumplimiento.

En contra de este criterio se muestra la Audiencia Provincial de Valencia en la sentencia 441/2012, de 10 de diciembre (*Tol 3661560*) para quien la finalidad de las cláusulas penales diferencia de los planteamientos anteriormente citados, siendo calificadas, en consecuencia, como créditos ordinarios. Se aprecian como una previsión convencional por la que las partes convienen la liquidación de los daños para el supuesto de incumplimiento contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 1152 del Código Civil en el que se establece que “en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado”. Resulta de dicho tenor literal que, sin perjuicio de la función coercitiva que dicha cláusula pueda tener para reforzar y garantizar el cumplimiento del contrato, la misma tiene una evidente función de liquidación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, o en su caso cumplimiento defectuoso, de la obligación, de modo que la parte cumplidora se ve eximida de la prueba de los daños y perjuicios que el

incumplimiento le puedan haber causado pues opera como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios.

El Tribunal Supremo en su sentencia 552/1998, de 8 de junio (*Tol 5119993*) recoge la finalidad de la cláusula penal, regulada en el 1152 del Código Civil, como refuerzo y garantía del cumplimiento de la relación obligatoria en la que se inserta, al “estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios”<sup>386</sup>.

Por último, el Tribunal Supremo, en su sentencia 805/2009, de 10 de diciembre (*Tol 1762165*) alude sin vacilaciones, a la función liquidadora de los daños y perjuicios de la cláusula penal ex artículo 1152 Cc, de modo que reitera en dicha sentencia la doctrina de la Sala recogida anteriormente en la sentencia 211/2009, de 26 de marzo (*Tol 1485173*) en cuanto “la pena convencional prevista en la cláusula penal tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento”, reiterando la doctrina jurisprudencial que ya había expresado la sentencia de 23 de octubre de 2006”<sup>387</sup>. Siguiendo esta línea interpretativa, la cláusula penal, como liquidatoria de los daños y perjuicios que se producen por el incumplimiento del contrato, quedaría subordinada en virtud del artículo 92.4º LC, no en caso contrario.

Como conclusión, entendemos que no resulta posible determinar de modo categórico la calificación que ostentarán las cláusulas penales en el procedimiento concursal, ya que la

---

<sup>386</sup> En el mismo sentido, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo 191/1992, de 7 de marzo (*Tol 1654772*), 356/1993, de 12 de abril (*Tol 1655879*) y 1083/1996, de 12 de diciembre (*Tol 1658730*).

<sup>387</sup> Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo 211/2009, de 26 de marzo (*Tol 1485173*) mantiene, en su fundamento jurídico tercero y respecto a la pena convencional prevista en la cláusula penal, la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento, sin que sea precisa la prueba de las mismas y su finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento. El fundamento jurídico segundo de la misma sentencia asevera que la cláusula penal inserta garantiza el cumplimiento de la obligación principal que es la de poner en vigor aquel. “Es obligación accesoria, la cláusula penal, de abonar una cantidad (caso frecuente) o perder la cantidad ya entregada (caso de autos): es obligación accesoria que nace si se produce el incumplimiento previsto de la obligación principal”.

función indemnizatoria o punitiva de la pena pactada condicionará la clasificación concursal del crédito surgido por la aplicación de la cláusula penal. Si la pena sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal garantizada -de modo que evita la discusión acerca de la existencia de los daños y de su valoración económica-, el crédito derivado de su aplicación no tiene carácter sancionador, sino indemnizatorio del incumplimiento contractual, lo que difícilmente cabe incluir dentro del artículo 92.4 LC. Mientras que si la función perseguida con la pena es la punitiva, en cuanto sanciona el incumplimiento, el crédito surgido de la aplicación sí tiene cabida en el referido artículo 92.4 LC.

### C) LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUBORDINACIÓN.

La justificación de la inclusión de las sanciones como créditos subordinados reside, principalmente en dos motivaciones. La primera, en el hecho injusto de que este tipo de créditos pueda acceder a la masa activa del concursado en igualdad de condiciones de otros acreedores con un derecho “más puro” que podían ver mermadas o disminuidas sus expectativas de cobro. En segundo lugar, la justificación inherente a su naturaleza jurídica, puesto que nacen para desempeñar (i) una función *preventiva* que sólo se cumple si recaen en la persona adecuada<sup>388</sup> y (ii) otra *represiva*, que conllevaría igualmente a la conclusión de que estamos ante una responsabilidad que sólo puede cumplir el infractor<sup>389</sup>, por lo que queda fuera de toda duda la inclusión de estos créditos como subordinados. *Sensu contrario*, si estos créditos no fueran calificados como subordinados nos encontraríamos ante una desvirtuación del concepto mismo de sanción, incumpliendo el cometido de la misma al ser

---

<sup>388</sup> En este sentido, por ejemplo, CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al artículo 92”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1100.

<sup>389</sup> En este sentido, toda la doctrina, así ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit, en G. VILLAVARDE, R., ALCOVER GARAU, G., y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 402, GARRIDO, J.M.: “Comentario al artículo 92” cit., en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo I* cit., 1665, VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 40, CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1100 y AVILA, A.: “Créditos...” cit., en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., p. 805.

esta desplazada a los demás acreedores (amén de provocar este hecho una situación totalmente injusta el resto de acreedores)<sup>390</sup>.

Otras opiniones doctrinales, que no compartimos, aportan una visión diferente respecto a la justificación de esta subordinación entendiendo la misma, bien como consecuencia de la calificación de los créditos públicos recogidos en el artículo 91.4ª LC, puesto que si el privilegio queda reducido al cincuenta por ciento, siendo por tanto el resto de dicho crédito calificado como ordinario, las sanciones y multas deberían mantener, por deducción la calificación de subordinados<sup>391</sup> o bien a partir de la misma consideración de las multas y sanciones pecuniarias respecto a los intereses, siendo subordinados por tanto por una decisión de política legislativa que decide otorgar una menor dignidad a la tutela de dichos créditos<sup>392</sup>.

La falta de concreción de este artículo ha derivado en la interposición de numerosos incidentes concursales, habiendo sido la doctrina y la jurisprudencia quienes se han preocupado de establecer los límites a dicho concepto y elaborar una línea argumental al respecto.

**IV.5 Créditos por personas especialmente relacionadas con el deudor.** *“Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamo o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1º y 3º que*

---

<sup>390</sup> FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 293 considera que en un concurso, sobre todo teniendo en cuenta aquellos que concluyen en liquidación, la sanción perdería totalmente su finalidad represora, ya que no serviría la misma para prevenir futuras infracciones o incumplimientos por parte del sujeto pasivo de la misma, teniendo en cuenta que la sanción se aplicaría sobre sujetos que no habrían cometido la misma.

<sup>391</sup> En este sentido SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* T IV cit., p. 3920 y CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al artículo 92”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1100 quien relacionando dicho artículo con el 91.4º LC considera la subordinación de estos créditos por multas o sanciones está perfectamente justificado en cuanto a que los mismos no están establecidos “con la finalidad de obtener recursos para atender las necesidades de las Administraciones públicas”, y sin que por tanto existe una incongruencia entre ambos artículos.

<sup>392</sup> MERCADAL, F.: “Comentario al artículo 92 LC”, en SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.): *Nueva Ley...* cit., p. 452.

*reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican. Se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario”*

#### A) NOTAS INTRODUCTORIAS

Este epígrafe resulta, sin duda, el más controvertido y sobre el que la doctrina más ha debatido y escrito acerca de su oportunidad. Se trata de la subordinación de los créditos que ostentan aquellas personas que la Ley Concursal determina y cataloga como “personas especialmente relacionadas con el concursado” y que son detalladas en el artículo 93 LC.

A diferencia de los otros supuestos del artículo 92 LC, la subordinación *ex* artículo 92.5º LC opera a partir de las particularidades y características que posee el titular del crédito, y no según las cualidades intrínsecas del mismo. Se trata de una subordinación automática y con carácter subjetivo, ya que se produce por razón de cercanía o vinculación con el deudor concursado.

El legislador concursal probablemente asumió como motivo de este supuesto de subordinación la tradicional casuística por la cual un empresario, consciente de su crítica situación financiera y económica, realiza una depauperación de su patrimonio a favor de su círculo más cercano e íntimo de personas a él allegadas, a través de la realización de negocios y actos jurídicos que nunca, en otras circunstancias, se hubieran realizado, resultando, en consecuencia, los acreedores desamparados, y sin patrimonio con el que cobrarse sus créditos.

Sin embargo, esta hipotética conducta fraudulenta que hubiera podido llevar a cabo el deudor, y el perjuicio que consecuentemente hubiera causado al resto de acreedores podrían haber sido sancionadas o penalizadas a partir de las acciones de reintegración reguladas en el artículo 71 LC, y ejercitadas por la administración concursal, siempre que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa “dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta”, teniendo en cuenta además que el legislador conjugó esta regla general de reintegración de los actos

perjudiciales junto a determinadas presunciones de perjuicio patrimonial (*iuris tantum* o *iuris et de iure*).

Entre las presunciones de dicho artículo se encuentra aquella que presume el perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, cuando el deudor haya realizado actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso (excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso admitirá prueba en contrario). En otros supuestos, la Ley Concursal presume el perjuicio patrimonial *ex* artículo 71.3 LC, admitiendo prueba en contrario, para los actos dispositivos a título oneroso realizados en favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

No obstante lo anterior, el legislador concursal no se conforma sólo con la posible reintegración de determinados actos jurídicos en el caso de que estos hubieran causado perjuicio en el resto de acreedores, sino que va un paso más allá. Impone a las personas especialmente relacionadas con el concursado la sanción máxima que se le puede atribuir a un crédito concursal, esto es, la subordinación del mismo con las consecuencias inherentes a la misma, en un intento por desincentivar la participación de determinadas personas especialmente relacionadas en el ámbito crediticio del deudor.

Entendemos, como se ha indicado con anterioridad, que el remedio rescisorio hubiera sido un mecanismo suficiente con el que sancionar a aquellos acreedores especialmente relacionados con el concursado que hubieran podido formalizar negocios jurídicos con este en perjuicio del resto de acreedores, evitando la enumeración que de estas personas con especial vinculación lleva a cabo el artículo 93 LC. Por contra, la subordinación *ex* artículo 92.5° LC representa el máximo exponente de automatismo de subordinación operado por la Ley Concursal.

El resultado obtenido, es la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado con independencia de si estas eran o son conocedoras de la

situación de insolvencia del deudor, así como con independencia de si se hubiera producido o no un perjuicio patrimonial para la masa pasiva del concurso de acreedores.

Pudiera ser que el legislador, intentando evitar incertidumbres en la aplicación de esta subordinación, reduciendo la litigiosidad dentro del procedimiento concursal y delimitando de forma clara las reglas de juego para los agentes económicos, haya preferido sancionar del modo más severo posible todo el tipo de conductas realizadas por determinadas personas utilizando como mecanismo la subordinación automática de sus créditos sin necesidad de probar el perjuicio o fraude que de dichas conductas hubiera podido desprenderse<sup>393</sup>.

## B) EL DERECHO COMPARADO

La subordinación crediticia por motivo de vinculación, o cercanía con el deudor resulta totalmente novedosa en nuestra legislación, pero no en el derecho comparado que sirvió de inspiración o antecedente para nuestro legislador concursal.

El derecho norteamericano<sup>394</sup> regula la subordinación a partir de la *doctrine of Equitable Subordination* recogida en el *Bankruptcy Reform Act* y en virtud de la cual los tribunales pueden subordinar los créditos de determinados acreedores a partir de un criterio de equidad. Entre estos acreedores que, por motivos de equidad, pueden ver sus créditos subordinados, se encuentran los denominados *insiders*, que a partir de su posición próxima al concursado se presupone que puedan llevar a cabo actuaciones en perjuicio del deudor y del resto de acreedores. En el caso de que los *insiders* infrinjan sus “deberes de conducta”,

---

<sup>393</sup> Así, ÁVILA, A.: “Personas especialmente relacionadas”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo II cit., pp. 2214-2215 quien apunta como justificación del régimen previsto en el artículo 92.5º LC “superar de las dificultades que plantea la unificación de criterios en torno a la determinación de los factores que deben ser estimados para decretar la subordinación de los créditos de los *insiders* y de los *non insiders*. Con la postergación automática se evita que el juez tenga que realizar indagaciones acerca de un incierto paradigma de conducta en la persona del acreedor o en distintas consideraciones acerca de la causa por la que se ha contraído el crédito, lo cual, parece la solución más apropiada teniendo en cuenta las peculiaridades de nuestro sistema judicial”.

<sup>394</sup> Las personas especialmente relacionadas en este Derecho norteamericano (*insiders*) se regulan en el artículo 101.31 USC 11 del *Bankruptcy Code* reformado por la Ley de 20 de abril de 2005. Respecto de las personas físicas los *insiders* se regulan en el artículo 101.45 USC 11 de dicho cuerpo legal.

podrían ver, a partir de la doctrina de la *Equitable Subordination*, sus créditos subordinados.

En términos generales, la subordinación equitativa resultaría de aplicación, a partir de tres hitos determinantes: (i) la necesaria existencia de conducta injusta, (ii) que dicha conducta injusta haya impactado negativamente al resto de los acreedores del deudor o confiera una ventaja injusta al acreedor que haya desarrollado la *misconduct* y (iii) que la subordinación equitativa solicitada en los tribunales no resulte incoherente con los planteamientos, a este respecto, del *Bankruptcy Code*<sup>395</sup>.

Esta doctrina de la subordinación equitativa no sanciona determinadas conductas de un modo automático, sino que requiere el previo análisis de las mismas para subordinar los créditos del acreedor cuya conducta no haya sido equitativa o justa. La observancia de la conducta llevada a cabo por los acreedores la ejercerá la Corte de insolvencia, entendiendo como supuestos de *misconduct* los de fraude, ilegalidad, infracapitalización, incumplimiento de deberes fiduciarios, así como conductas culposas o dolosas que estos *insiders* puedan llevar a cabo. Teniendo en cuenta que debido al componente de subjetividad del tribunal juzgador de cada caso, las resoluciones de los mismos no siempre serán homogéneas existiendo cierta incertidumbre respecto a las conductas que en cada supuesto concreto podrán ser objeto de subordinación.

---

<sup>395</sup><http://www.kslaw.com/Library/publication/12-08%20Law%20360%20Steinberg.pdf>. The statute provides no explicit criteria for equitable subordination. The doctrine was developed through case law, and continues to be refined through new cases. A general synthesis of the cases leads to the following guiding principles: (a) The bankruptcy courts will not equitably subordinate claims on a categorical basis in contravention to the bankruptcy statutory scheme. [1] (b) The doctrine is remedial, not penal. It is utilized only when necessary to offset the harm suffered by creditors from the inequitable conduct. [2] (c) The doctrine permits bankruptcy courts, as a court of equity, to subordinate claims in order to avoid unjust results. [3] (d) An insider's conduct is subject to more rigorous scrutiny in assessing whether to apply the doctrine. [4] Many courts have adopted the three prong test set forth in *In re Mobile Steel Co.*, 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977) to determine whether equitable subordination is applicable: (i) whether there was inequitable conduct; (ii) whether the inequitable conduct adversely impacted the creditors of the debtor, or conferred an unfair advantage on the claimant; and (iii) whether equitable subordination of the claim is consistent with the provisions of the Bankruptcy Code.

En el derecho alemán, destacan los *nahestehende personen*, como figura equivalente a las personas especialmente relacionadas<sup>396</sup> con el deudor. Esta vinculación posibilitará, en su caso, el ejercicio de acciones de reintegración de la masa activa a partir de una presunción de perjuicio patrimonial, pero debiendo quedar probado -en cualquier caso-, por el administrador concursal que el acto que se pretende rescindir se ha realizado en el período legal para dicha impugnación, además de haber sido formalizado con un *nahestehende personen*, requiriendo el análisis de cada supuesto concreto.

### C) EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El legislador concursal español se inspiró en estos antecedentes de derecho comparado para determinar el tratamiento de los créditos que ostentan las personas especialmente relacionadas con el concursado. Pero esta inspiración fue parcial, ya que nuestro modelo de subordinación *ex* artículo 92.5º LC diverge de los mismos en un punto esencial: mientras que en el derecho norteamericano y alemán se requiere el análisis de cada caso concreto, en nuestro ordenamiento jurídico, la subordinación *ex* artículo 92.5º LC implica la presunción, sin prueba en contrario, de fraude aplicada a la conducta llevada a cabo por dichas personas especialmente relacionadas con el deudor en perjuicio del resto de acreedores, resultando, en cualquier caso, sus créditos subordinados, sin necesidad de probar si efectivamente ha concurrido la conducta dolosa o fraudulenta referida<sup>397</sup>.

---

<sup>396</sup> En el artículo 138 *InsO* se determinan los “sujetos cercanos” al deudor distinguiendo a tal efecto si el deudor es persona natural o jurídica. En el primer supuesto (I) tendrán tal consideración: 1) El cónyuge del deudor, también cuando la pareja se haya disuelto con posterioridad al acto jurídico o en el año anterior a su realización, 2) Parientes del deudor, o del cónyuge referido en el punto I, en línea ascendente o descendente y hermanos de doble o simple vínculo del deudor, o del cónyuge referido en el punto I, en tanto que cónyuge de esa persona y 3) sujetos que convivan en esa comunidad doméstica en el año anterior a la realización del acto.

Por su parte, si el deudor es una persona jurídica o una sociedad sin personalidad jurídica (II), son sujetos cercanos: 1) Los miembros del consejo de administración o supervisión y los socios personalmente responsables del deudor, así como los sujetos que estén interesados en más de un acuerdo del capital del deudor, 2) Una persona o sociedad que en base a una relación conciliable con el derecho de sociedades o a una relación de servicios con el deudor puede conocer la situación económica del deudor, 3) una persona que se encuentren la relación personal establecida en el punto I con las personas determinadas en el número 1 ó 2; ello no vale cuando las personas designadas en el número 1 ó 2 estén legalmente obligadas a guardar discreción sobre los negocios del deudor.

<sup>397</sup> AVILA DE LA TORRE, A.: “Los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *Revista del Registro de economistas forenses*, número 21, 2007, p. 19, considerando a este respecto que “en la fórmula jurídica adoptada en nuestro país las reglas de “justicia material” son sustituidas, o más bien, traducidas en un sistema preventivo de presunción *iuris et de iure*, conforme al cual se parte del peligro potencial que presenta la actuación de determinados acreedores a los cuales se les desincentiva en la medida en que cualquier

Para nuestro Derecho resulta indiferente si el *insider* -entendido este como persona especialmente relacionada con el concursado- controla, o tiene conocimiento del estado financiero del concursado, al igual que resultará indiferente su conducta, esto es, si actúa de buena o mala fe, pues en cualquier caso, su crédito quedará subordinado<sup>398</sup>.

Por todo ello, y si bien pudiera resultar cierto que en muchas ocasiones estas personas especialmente relacionadas, haciendo valer la información privilegiada que poseen del deudor, han intentado obtener mayores garantías para sus préstamos o han actuado en detrimento del resto de acreedores del deudor, no es menos cierto que la técnica legislativa utilizada a este respecto, por la Ley Concursal no ha sido del todo acertada, pues implica la subordinación en cualquier supuesto y situación de estos créditos en aras a la protección de los acreedores externos, frente a los internos.

En la práctica, esta subordinación automática ha traído como consecuencia que en aquellos supuestos en los que una persona -natural o jurídica- tuviera problemas económico-financieros y no obtuviera la financiación externa requerida, o la aportación de las garantías necesarias para la concesión de la misma, las personas con las que mantuviera una especial vinculación *ex* artículo 93 LC (y que en condiciones normales serían los naturales prestamistas) se abstuvieran de facilitar el importe necesario a dicho deudor a fin de evitar que ante un eventual concurso de acreedores sus créditos pudieran resultar subordinados.

---

intervención crediticia con el deudor va a ser presumida inequitativa sin que quepa prueba en contrario”. Para este autor, la justificación de este artículo 92.5º LC (párrafo primero) radicaría en los trabajos prelegislativos y el enfrentamiento entre lo que se denominó “concepción societaria” y la “concepción concursal”, teniendo en cuenta que ambas posiciones intentaban abordar el tratamiento concursal de las situaciones de infracapitalización nominal aportando a esta cuestión soluciones diferentes. Por ello, según este autor la “justificación que parece subyacer al régimen previsto en el artículo 92.5 LC no es otra que la de superar las dificultades que plantea la unificación de criterios entorno a la determinación de los factores que deben ser estimados para decretar la subordinación de los “insiders” y de los “non-insiders”. Con la postergación automática se evita que el juez tenga que realizar indagaciones acerca de un incierto paradigma de conducta en la persona del acreedor (...)”.

<sup>398</sup> Muy crítica con este tipo de subordinación se muestra ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVERDE, R., ALCOVER GARAU, G., y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., pp. 357 y ss. Para CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1100 esta subordinación tiene consecuencias beneficiosas para el procedimiento concursal, así, por ejemplo, la imposibilidad de que este tipo de acreedores puedan aprobar un determinado convenio proclive a sus intereses, aunque igualmente critica la automaticidad de dicho mecanismo subordinatorio.

La calificación subordinada de cualquier crédito que estas personas especialmente relacionadas con el deudor puedan ostentar marcará obligatoriamente el comportamiento que respecto a la financiación de una persona física o jurídica puedan mantener los *insiders*. Con este supuesto, el legislador concursal intenta beneficiar a los acreedores externos frente a los internos (equiparados en la norma a los *insiders*, es decir, a aquellos que pudieran conocer, motivado por su vinculación con la persona del deudor -ahora concursado- aspectos y extremos financieros sobre el deudor desconocidos por el resto, optando así a obtener mejores garantías que el resto de acreedores, y provocando el perjuicio de derechos de cobro de los demás acreedores), indicando o presumiendo que las personas relacionadas con el concursado (sea esta persona física o jurídica) siempre actúan con intenciones fraudulentas<sup>399</sup>.

En este primer párrafo del artículo 92.5º LC resulta más que evidente cómo el legislador acude a una causa subjetiva para optar por la postergación legal del crédito de determinados acreedores. Es decir, la subordinación en este supuesto se fundamenta única y exclusivamente en un simulacro de presunción *iuris et de iure*, en el automatismo más absoluto del perjuicio o el fraude que los créditos de dichas personas naturales o jurídicas especialmente relacionadas con el deudor van a causar en la masa de acreedores; se procede a la calificación de los créditos como subordinados a partir de la relación de afectividad o de proximidad de determinados acreedores identificados en el artículo 93 LC, sin necesidad de verificar o contrastar la existencia de perjuicio al resto de acreedores.

Esta subordinación automática que opera en virtud del artículo 92.5º LC no debería actuar de tal manera y en cualquier caso, sino tan sólo en el supuesto de situaciones de evidente

---

<sup>399</sup> Defendía ALONSO LEDESMA, C.: “La clasificación de los créditos”, en *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal español* (7-11 octubre 2002), *Registro de economistas forenses*, núm. 5, pp. 117-136 [refor.economistas.es/wp-content/uploads/sites/6/2011/03/document5.pdf](http://refor.economistas.es/wp-content/uploads/sites/6/2011/03/document5.pdf), el hecho de que el establecimiento de un trato favorable o desfavorable para determinados acreedores suponía una motivación de política jurídica, o de justicia material, pero “en ningún caso la actuación del legislador podría ser arbitraria, sino sometida al principio de razonabilidad en cualquiera de los casos, teniendo en cuenta que el presente supuesto no parecería totalmente justificada o razonable la discriminación negativa que se impone”.

injusticia por información asimétrica”<sup>400</sup>, es decir, cuando exista una patente situación de injusticia entre los acreedores internos y los externos por la información asimétrica que se produce, pero no en toda circunstancia.

Para la aplicación material de este presupuesto, el artículo 93 LC detalla el grupo de personas especialmente relacionadas con el deudor, distinguiendo para ello entre el supuesto de que el concursado sea persona natural o jurídica, puesto que la tipología de personas vinculadas al mismo para cada supuesto concreto será diferente. Quedarán determinadas y fijadas por la norma las personas consideradas como especialmente relacionadas con el deudor, a partir de una lista cerrada, sin admitir más supuestos que los establecidos e indicados en el mencionado artículo 93 LC<sup>401</sup>.

Es por ello fácilmente deducible que la aplicación del artículo 92.5º LC y más concretamente su primer párrafo pueda conducir, en ocasiones, a situaciones injustas en cuanto que las personas detalladas en dicho artículo 93 LC, no tendrán por qué encontrarse siempre al corriente de la situación económica y financiera del deudor, ahora concursado.

---

<sup>400</sup> ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación...* Tomo I cit., p. 929.

<sup>401</sup> Siempre quedará expedita la vía judicial de las acciones de reintegración para aquellas personas que no incluidas en este listado del artículo 93 LC y haciéndose valer de la relación amistosa o afectiva que mantuviera con el deudor ahora concursado hubiera perjudicado a la masa de acreedores.

No obstante lo anterior, para ÁVILA DE LA TORRE, A.: “Los créditos subordinados en la Ley Concursal”, cit., p. 20, resulta igualmente criticable en relación a la subordinación estipulada en el 92.5 LC el tratamiento igualitario entre personas físicas y jurídicas, puesto que “el sometimiento a las mismas reglas de juego adquiere importancia cuando de lo que se trata es de valorar una determinada conducta, pero cuando, tal y como plantea nuestra Ley Concursal, la *misconduct* queda relegada como criterio par la configuración del supuesto de hecho, la asimilación no parece tan oportuna”. A tal efecto el autor considera que si bien en el caso de las personas jurídicas se tenía a estos efectos en cuenta el control, conocimiento o influencia e la gestión financiera de la empresa, no supone lo mismo en cuanto a la relación en el 93.1 LC de las personas físicas.

#### D) LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 4/2014 Y LA LEY 17/2014, DE 30 DE SEPTIEMBRE

Ha transcurrido más de una década desde la promulgación de la Ley Concursal 22/2003 y, hasta la fecha de hoy, se ha intentado de forma parcial, puntual y mediante “parches” cubrir y suplir determinadas carencias que la Ley en este tiempo ha venido demostrando.

Dentro de las reformas de la Ley Concursal llevadas a cabo en su corta andadura, y a fin de incentivar la concesión de nueva financiación, el Real decreto ley 4/2014, de 7 de marzo, otorgó la calificación de créditos contra la masa a los nuevos los nuevos ingresos de tesorería que pudieran otorgarse a un deudor en virtud de un acuerdo de refinanciación *ex* artículo 71 bis o disposición adicional cuarta, al igual que los realizados por el propio deudor o las personas especialmente relacionadas, con la exclusión de las operaciones de aumento de capital. Posteriormente, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, ha mantenido en su integridad dicha calificación, pero con el carácter extraordinario y temporal con el que fue adoptada respecto a aquellos nuevos ingresos de tesorería que se produjeran en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley. Transcurrido ese plazo de dos años desde su concesión, se considerarán créditos contra la masa en los términos indicados en el apartado 2.11º del artículo 84 LC.

Esta nueva calificación crediticia temporal del *fresh money* fue complementada a su vez, en aras a la consecución del fin pretendido por la Ley, con una modificación del artículo 92 LC, que preveía expresamente que quienes hubieran adquirido la condición de socio en virtud de la capitalización de deuda acordada en el contexto de una operación de refinanciación, no serían considerados como personas especialmente relacionadas como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo<sup>402</sup>.

---

<sup>402</sup> En opinión de PULGAR EZQUERRA, J: “Refinanciación...” cit., la exclusión de la subordinación que impuso el Real decreto ley 4/2014 fue realizado a partir de una técnica legislativa adecuada en contra de la técnica que podía haber sido utilizada a estos efectos de excluir concretas causas de subordinación del artículo 93 LC (finalmente, a partir de la Ley 25/2015, de 28 de julio, no se ha seguido esta técnica legislativa y se ha incluido dicha excepción en el artículo 93.2.2º LC). Para esta autora, la solución que introdujo el Real decreto

Sin embargo, el artículo 92.5º LC fue nuevamente modificado a partir del Real decreto ley 1/2015, de 27 de febrero, suprimiendo del mismo la excepción de quienes hubieran capitalizado la deuda en los términos anteriormente visto, para incluirla en el artículo 93.2.2º LC en los términos que analizaremos con posterioridad en la segunda parte de este trabajo. En cualquier caso, entendemos que si el acreedor ya era una persona especialmente relacionada con el concursado antes de la referida capitalización, no se aplicará la comentada excepción, pues esta carecería de justificación ante dicho supuesto.

#### E) LOS CRÉDITOS OBJETO DE SUBORDINACIÓN

Resulta de especial trascendencia concretar los créditos objeto de la subordinación. Y es que, aunque normalmente se haga referencia en la norma a contratos de crédito celebrados a favor del deudor, lo cierto es que cabe entender dentro de la subordinación aquellos derechos de crédito que tengan su origen en relaciones jurídicas motivadas por una finalidad financiera<sup>403</sup>. Es decir, aquellas operaciones asimilables a los préstamos, como “los derechos nacidos de anticipos, contratos de apertura de crédito, descuento, depósito irregular y todos aquellos que procedan de atribuciones patrimoniales caracterizadas por un parecido contenido crediticio”. A partir de esta argumentación, quedarán incluidos dentro de este tipo de créditos “todos aquellos negocios que, precisamente por su naturaleza devolutiva de la prestación realizada a favor del deudor, puedan considerarse asimilables a las operaciones ordinarias de préstamo”<sup>404</sup>.

---

ley 4/2014 ya se vislumbraba desde la reforma introducida por la Ley 38/2011 al “no detentarse en función de la capitalización dicha posición próxima al deudor en el momento de nacimiento del crédito, sino en un momento posterior, en el concepto de refinanciación de la deuda”. Esta medida implícita considera que se explicita a partir del Real decreto ley 4/2014.

<sup>403</sup> IGLESIAS PRADA, J. L., VAQUERIZO ALONSO, A.: “Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, en *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3746.

<sup>404</sup> IGLESIAS PRADA, J. L., VAQUERIZO ALONSO, A.: “Sobre la subordinación...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3746. En este mismo sentido, MERCADAL, F.: “Comentarios al artículo 93 LC”, en SALA, A., MERCADAL, F., ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.): *La Nueva Ley...* cit, p. 455 considera que los créditos susceptibles de ser subordinados no quedan limitados en los créditos por financiación, sino que implica cualquier tipo de crédito, ya sea por mercancías, o por cualquier causa o forma.

## F) EXCEPCIONES

Como excepciones a la subordinación construida e instaurada en este artículo 92.5° LC se encuentra la relativa a los créditos salariales del artículo 91.1° LC, cuando la persona relacionada con el deudor se trata única y exclusivamente de una persona natural<sup>405</sup>. Estos créditos aparecen recogidos en la Ley Concursal como créditos con privilegio general.

Entendemos que esta excepción resulta criticable en cuanto que la misma debiera haber incluido a otros acreedores, incluso respecto a las personas especialmente relacionadas con el concursado, pero cuyos créditos trajeran causa en los privilegios del artículo 91.3° LC, ya que en caso contrario la norma podría implicar que estas personas especialmente vinculadas con el concursado se abstuvieran de entablar relaciones profesionales con el mismo, aun en caso de necesidad de este, ante la posible subordinación de sus créditos en un eventual concurso de acreedores<sup>406</sup>. Una solución que hubiera podido adoptar el legislador frente a esta situación habría sido ampliar la excepción que podría darse “cuando el crédito respondiera a una efectiva relación empresarial entre deudor y acreedor, aun cuando se trate de personas especialmente relacionadas”, manteniendo en esos casos la calificación por razón de la naturaleza del crédito.

Quedan igualmente excepcionados de la subordinación *ex* artículo 92.5° LC los créditos derivados de la obligación de prestar alimentos por parte del concursado nacidos y vencidos con anterioridad a la declaración del concurso, que contarán con la calificación de crédito ordinario tras la última modificación de dicho artículo a partir de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de segunda oportunidad.

---

<sup>405</sup> Artículo 91.1 LC: “Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, para las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre la base (...)”

<sup>406</sup> De esta opinión se muestra SASTRE PAPIOL, S: “Los créditos...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3923 la excepción de este precepto debería referirse a la situación en la que el crédito respondiera a una “efectiva relación empresarial entre deudor y acreedor” aun cuando se trate de personas especialmente relacionadas con el concursado. Estos créditos deberían mantener la calificación que les correspondiente por razón de la naturaleza de su crédito.

Por último, y como se desarrollará más ampliamente con posterioridad, como consecuencia de las críticas recibidas por la subordinación automática de los créditos de las personas con especial vinculación con el deudor sin atender ni diferenciar su causa u origen, la reforma concursal del 2011 introdujo una importante excepción al artículo 92.5º LC: la no subordinación de aquellos créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que fueran titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1º y 3º LC y que reúnan las condiciones de participación en el capital requeridos en dichos artículos.

Como se analizará más adelante, con esta medida se ha tratado de modular el rigor de la subordinación operada por este artículo, pero tan sólo en los casos determinados en la misma a partir del empleo de unos términos que en la práctica resultarán confusos de todo punto. En cualquier caso, entendemos que la alusión a ‘préstamo’ incluirá no sólo esta modalidad de financiación, sino también aquellas cuya finalidad sea idéntica.

Más complicaciones ofrece la expresión ‘actos análogos’; entendemos a estos efectos que, a partir de una interpretación finalista, el legislador haya pretendido incluir aquellas operaciones que permitan financiar la actividad social o ingresar tesorería a partir de contratos diferentes a los de préstamo e igualmente utilizables en el tráfico jurídico mercantil. Sin embargo, la utilización de una expresión tan genérica y ambivalente para una finalidad tan importante como es la determinación de la excepción a la subordinación del artículo 92.5º LC va a generar no pocas controversias que podían haberse zanjado a partir de una redacción más precisa.

**IV.6 Créditos consecuencia de la rescisión concursal con apreciación de mala fe.-** *“Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado”.*

A) LA MALA FE EN LA CONTRAPARTE.

El principio de buena fe que debe regir para todo tipo de actos o negocios jurídicos quiebra en este supuesto, por lo que el legislador ha decidido subordinar este tipo de créditos al no ser el acreedor merecedor de ningún tipo de tutela jurídica de su crédito.

Nada se indica en la norma respecto al significado de buena o mala fe, habiendo sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han venido a completar el vacío de la Ley Concursal al respecto<sup>407</sup>. Para la doctrina autorizada, la mala fe a los efectos del artículo 73.3 LC debería, en todo caso, ponerse en relación con nuestro sistema de reintegración teniendo en cuenta que pudiera concurrir la mala fe del sujeto afectado por la rescisión, “siendo suficiente un elemento cognoscitivo sin resultar necesario otro de carácter volitivo”<sup>408</sup>, en el bien entendido de que “la contraparte sabía o no podía ignorar cuando recibió que el acto era perjudicial y se otorgaba por persona en situación económica comprometida<sup>409</sup>”, y sin que sea necesario la voluntad de causar un daño (debiendo tener presente, en todo caso, la distinción entre los conceptos de mala fe y perjuicio, ya que este último no presume la existencia de mala fe).

En esta línea, la jurisprudencia considera que “el artículo 73.3 LC cuando se refiere a mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podría ocasionar a los acreedores. La mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo no requiere intención de dañar, sino la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores y se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que esta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico”<sup>410</sup>.

---

<sup>407</sup> La Ley Concursal no distingue entre la buena fe y la mala fe, teniendo en cuenta que esta distinción sólo opera para fijar el alcance de la restitución en caso de que se haya transmitido el bien a un subadquirente, así como para calificar su derecho a la prestación como crédito contra la masa o como acreedor subordinado.

<sup>408</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A.: “La acción de reintegración”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., p. 144.

<sup>409</sup> GIL RODRÍGUEZ, J.: “Comentario al artículo 73”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 892. En este mismo sentido, ÁVILA, A.: “Los créditos...” cit., en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., pp. 806-807 añade en su definición de mala fe el concepto de “perjuicio a la masa activa” al considerar que el tercero conocía o no podía ignorar que el acto que se llevaba a cabo “no tenía justificación material y en consecuencia suponía una despatrimonialización en perjuicio de la masa activa”

<sup>410</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 723/2012, de 7 de diciembre (*Tol 2714943*). Asimismo, en dicha resolución judicial se indica que “excepcionalmente, para el caso en que la contraparte hubiere actuado de mala fe, el artículo 73.3 LC prevé la transformación de su crédito en concursal, y, dentro de estos, en crédito subordinado (artículo 92.6º LC), con la consiguiente postergación en el cobro, caso de liquidación, y el régimen de participación y vinculación, en caso de convenio. Si es un crédito concursal, entonces cesa el

## B) EL MECANISMO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL.

La Ley Concursal puso fin al anterior sistema de retroacción regulado por el Código de Comercio que tanta inseguridad había provocado con la instauración, como consecuencia del triunfo de la acción de retroacción, de la nulidad absoluta del acto o negocio jurídico realizado por el deudor, ahora concursado, realizado en perjuicio de los acreedores.

Si bien, no es el objeto de este trabajo realizar un análisis exhaustivo de la regulación de la acción rescisoria concursal en la legislación vigente, añadiremos algunas precisiones al respecto a fin de completar la visualización de este supuesto de subordinación regulado en el artículo 92.6 LC.

Las acciones rescisorias concursales se encuentran reguladas de los artículos 71 al 73 LC, donde se establece que “declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta”. De este modo, y tras ser estimada esta acción y declarada judicialmente la ineficacia del acto impugnado, se condenará a la restitución de las prestaciones objeto de dicho acto o negocio jurídico impugnado, con sus frutos e intereses<sup>411</sup>. Asimismo, si la sentencia que estima dicha acción

---

derecho a ser cobrado simultáneamente a la entrega de su prestación. El artículo 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores. (...). En principio, una vez apreciada la mala fe de la contraparte, debe operar la sanción que supone la subordinación de su crédito, sin que pueda mitigarse este efecto aplicándolo sólo a una parte del crédito. (...). La discrecionalidad judicial alcanza a la apreciación de la mala fe en la conducta de quien contrató con la concursada, pero no permite mitigar el rigor de la sanción de subordinación, pues la dicción del artículo 73.3 LC no lo admite, ya que se refiere a la totalidad del crédito afectado por derecho a la restitución, sin que pueda valorarse otra circunstancia o criterio que no sea la mala fe”.

En el mismo sentido, las anteriores sentencias del Tribunal Supremo 548/2010, de 16 de septiembre (*Tol 1981027*), y 662/2010, de 27 de octubre (*Tol 1982638*). Esta última afirma que a efectos del artículo 73.3 LC no se “requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la condición de dañar o perjudicar a los demás acreedores” para apreciar la mala fe.

<sup>411</sup> Advierte GIL RODRÍGUEZ, J: “Comentarios al artículo 73”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 889 que “la proclamación misma de que el acto o negocio ha devenido ineficaz nada dice contra la validez de dicho acto o negocio al tiempo de su otorgamiento (artículo 1290) y tampoco asegura que aquella validez inicial deba venir a menos por el hecho de haber triunfado la

considera que ha existido mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

En este punto se encuentra la diferencia con respecto a la sentencia que declara la ineficacia del acto o negocio jurídico habiendo mediado buena fe. En este último supuesto, la restitución de las prestaciones se realizaría de manera simultánea y contra la masa de acreedores; es decir, quien contrató con el ahora concursado, habiendo perjudicado a la masa de acreedores, reintegrará la prestación recibida, pero recibiendo a su vez a cargo de la masa de acreedores la prestación que él entregó a cambio<sup>412</sup>, según establece el artículo 73.3 LC.

Teniendo en cuenta que la administración concursal debe presentar la lista de acreedores en un corto plazo de tiempo, esta podrá, o bien establecer en el inventario los bienes que puedan resultar susceptibles de reintegración, o bien interponer de manera inmediata la acción rescisoria, antes de la emisión del informe, calificando dicho crédito como subordinado y esperar la sentencia de dicha acción rescisoria.

Una vez declarada la rescisión del negocio jurídico, así como la mala fe del contratante, se le aplicarán las normas ya referidas y contenidas en el artículo 73 LC, dependiente de si la

---

impugnación. La resolución judicial recaída se propone únicamente neutralizar la eficacia de aquel acto o negocio impugnado a fin de reparar el perjuicio patrimonial que causara su otorgamiento”.

En esta misma línea SILVETTI, E.: “Comentario al artículo 73 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo I cit., p. 836 recuerda que estamos ante la impugnación de un acto válidamente celebrado que lo sigue siendo en el momento de ejercitarse la acción de rescisión y que sólo perderá su eficacia con la sentencia estimatoria. La sentencia estimatoria ordenará la restitución de las prestaciones objeto del acto con sus frutos e intereses restableciendo la indemnidad del patrimonio del concursado.

<sup>412</sup> Como indica el artículo 73.2 LC, en caso de que los “bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa”.

Entendemos, siguiendo a SILVETTI, E.: “Comentario al artículo 73 LC”, en CORDÓN MORENO, F.: *Comentarios...* Tomo I cit p. 842 que cuando la Ley habla de tercero se refiere al subadquirente o persona a quien se han transmitido los bienes y derechos objeto del acto ejecutado en el período de retroacción por el sujeto que los adquirió del concursado. En consecuencia, la referencia al tercero en la norma no se equipara a quien adquirió del concursado directamente a título oneroso y de buena fe.

prestación pueda o no ser reintegrada a la masa<sup>413</sup>. Por otra parte, y debido a la mala fe declarada por sentencia le será de aplicación las normas del artículo 455 y siguientes del Código civil, por lo que deberá abonar los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, así como deberá indemnizar, si la restitución no es posible, todos los daños derivados de su actuación<sup>414</sup>, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo. Se ha de tener en cuenta que en el seno de un concurso no siempre estaremos ante la impugnación de una enajenación con prestaciones normalmente a cargo de ambas partes ya ejecutadas, sino que normalmente estaremos ante supuestos de impugnación de constitución de garantías reales, que en virtud de la rescisoria concursal deberán ser extinguidas para proceder a la restitución de la disponibilidad de dicho bien o bienes en interés del concurso<sup>415</sup>.

Como efectivamente estipula el artículo 71.1 LC, las acciones rescisorias concursales podrán ejercitarse incluso en los dos años anteriores de la declaración del concurso, es decir en el denominado período sospechoso, pero además, siempre que cumplan los respectivos plazos legales para su ejercicio, así como sus requisitos procedimentales, igualmente se podrán interponer acciones rescisorias por fraude de acreedores, según lo previsto en el artículo 71.6 LC, esto es, las acciones rescisorias en sentido amplio<sup>416</sup>.

---

<sup>413</sup> Para ALCOVER GARAU, G.: “Comentarios al artículo 71 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G (Dtores.): *Comentarios a la Legislación...* Tomo I cit., p. 771. En el caso de no poder reintegrarse el bien o derecho en la masa por pertenecer a tercero no demandado o este tercero hubiera actuado de buena fe o la cosa gozase de irreivindicabilidad o protección registral la sentencia rescisoria se convertirá en indemnizatoria.

<sup>414</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: “Reintegración del patrimonio del concursado”, *Anales de Derecho*, núm. 25, 2007, p. 39 la indemnización no será calculada a partir del valor pretérito más los intereses legales, sino a partir del valor actual de todos los daños derivados. Este autor justifica el régimen de efectos de la acción rescisoria concursal más severo que la rescisoria civil debido a que en la rescisoria concursal se busca la máxima reintegración para satisfacer al máximo número de acreedores, a diferencia del perjuicio individual (del impugnante) que pretende eliminar la rescisoria civil.

<sup>415</sup> *Vid.* la sentencia de Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, 133/2012, de 26 de marzo (*Tol* 2506023) en la que en su Fundamento jurídico segundo se realiza un estudio de la rescisión de garantías reales en la que, además, la actuación del acreedor al respecto es considerada de mala fe por el Tribunal, asimilando dicha mala fe al fraude, entendido este como “utilizar una forma jurídica lícita para obtener un resultado no querido por el ordenamiento jurídico”.

<sup>416</sup> En este sentido, SASTRE PAPIOL, S: “Los créditos...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3932.

En este supuesto de subordinación, el legislador valora la conducta del acreedor para postergar su crédito, puesto que su conducta es contraria al principio de buena fe resultando ser una infracción de un deber elemental y de carácter general que debe presidir todas las relaciones contractuales. En este caso, la subordinación concursal sí cumple una función sancionatoria<sup>417</sup>.

**IV.7 Obstaculización del acreedor en el cumplimiento de contratos con obligaciones recíprocas.-** “Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso”<sup>418</sup>.

#### A) APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.

Esta clasificación de créditos concursales se trata de un supuesto no incluido originariamente en la Ley Concursal, sino añadido con posterioridad, tras la aprobación del Real decreto ley 3/2009, de 27 de marzo, con la finalidad de impedir que la parte *in bonis* no cumpla con lo que contractualmente le corresponde, perjudicando con ello el ritmo del procedimiento concursal, y así al resto de acreedores del mismo.

Resulta harto complicado pensar que, una vez declarado el concurso de acreedores, el concursado no mantuviera relaciones pendientes de materializar con terceros. Ha sido la Ley Concursal, la que tras una deficiente regulación anterior de la materia, ha conseguido responder a partir de su Capítulo III “De los efectos sobre los contratos” a interrogantes y lagunas anteriores que la doctrina y la jurisprudencia intentaron subsanar. No obstante lo

---

<sup>417</sup> Así, GARCÍA-CRUCES, J. A.: “La clasificación de los créditos en los que un tercero disfrute de fianza prestada por una persona especialmente relacionada con el concursado”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 109, 2007, pp. 7 y ss.

Para GIL RODRÍGUEZ, J.: “Comentario al artículo 73 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 898 el artículo 73.3 supone un “doble acierto” por parte del legislador, puesto que por un lado, premia la buena fe del afectado a partir del reconocimiento de un crédito contra la masa y la satisfacción simultánea a la reintegración de los bienes, mientras que por otro lado, sanciona al tercero que hubiera actuado con mala fe, puesto que ni siquiera se le reconoce un crédito concursal ordinario, “sino exclusivamente una pretensión de residuo: un crédito concursal subordinado”.

<sup>418</sup> Si bien la norma no determina el significado y alcance de la expresión “en interés del concurso”, debe acudirse a este respecto a la Exposición de Motivos (III), pudiendo entender esta expresión equivalente a “la mayor satisfacción de acreedores del concursado” (así la sentencia 160/2011, de 7 de abril del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 Málaga -Tol 2236078-).

anterior, y como desarrollaremos posteriormente, este precepto no ha conseguido zanjar definitivamente todas las dudas existentes, puesto que la redacción del mismo no ha resultado ser tan clarificadora y concreta como se esperaba.

## B) LOS ARTÍCULOS 61, 62, 68 Y 69 LC.

Una vez analizados los artículos 61, 62, 68 y 69 LC a los que alude la norma en el artículo 92.7º LC, se puede establecer como nota común a este supuesto, la intención del legislador concursal de la continuidad, bien de dichos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, bien de otro tipo de negocios de financiación (préstamo, crédito y adquisición a plazo) a partir de la rehabilitación de los mismos. Este principio de vigencia y continuidad de los contratos<sup>419</sup> queda reflejado como materialización de principio de conservación de la actividad profesional o empresarial<sup>420</sup> que ya se apuntaba en la Exposición de Motivos de la norma.

La Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, en su sentencia 492/2012, de 21 de noviembre (*Tol 2711292*) determina la finalidad de este artículo 92.7º LC, tras un repaso de las diferentes opiniones doctrinales al respecto<sup>421</sup>: “En definitiva, se favorece la continuidad

---

<sup>419</sup> La Exposición de Motivos (III) advierte de que ha sido objeto de especial atención en la norma la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. “Conforme a esta, la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso, pero sí la aplicación de normas legales que dispongan la extinción o expresamente faculden a las partes para pactarla o para denunciar el contrato”. Esta vigencia de los contratos es congruente con el artículo 44.1 LC que defiende el principio de que “la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”.

<sup>420</sup> Sin embargo, según advierte GÓMEZ MENDOZA, M.: “Comentarios al artículo 62 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación...* Tomo I cit., p. 724 este principio de continuidad de todos los contratos pudiera llevar a una situación absurda, pues no sólo continuarían en vigor los contratos propios de la actividad profesional o mercantil, sino aquellos que guardan relación con la persona misma del deudor, y que quizá debieran ser asumidos por él.

<sup>421</sup> Hay –resume- “quien considera (ALONSO LEDESMA) que con esta nueva categoría de crédito subordinado se pretende impedir que la parte *in bonis* no cumpla con lo que le incumbe, perjudicando con ello la buena marcha del concurso y, por ende, al resto de los acreedores. Otros autores (ETXARANDIO HERRERA), apuntan a que el precepto parece atacar a la fórmula más socorrida para obstaculizar la relación bilateral en contra del mantenimiento de la actividad del concursado, consistente en resistir reiteradamente al cumplimiento regular, sin instar la resolución por incumplimiento, o cuando esta ha sido enervada en vía

de los créditos derivados de este tipo de contratos con terceros, que pueden llegar a ser uno de los principales activos con que cuente el patrimonio del concursado, cuando el acreedor se niega a cumplirlos, promoviendo así la conservación de la actividad empresarial o profesional, no obstante la declaración de concurso. Estos contratos que se ejecutan durante el propio concurso ya no son sólo un puro vehículo de ejecución de los intereses privados de las partes contratantes, sino un elemento fundamental para conseguir los fines del concurso. La regla de subordinación pretende evitar la obstaculización del cumplimiento de esos contratos en perjuicio del interés del concurso”.

El artículo 61 LC formula el principio de que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte; sin perjuicio, eso sí, de que en interés del concurso<sup>422</sup>, la administración concursal o el deudor puedan solicitar la resolución de dicho contrato.

En consecuencia, todos aquellos contratos que mantengan obligaciones recíprocas<sup>423</sup>, y en caso de que el contratante *in bonis* haya cumplido íntegramente sus obligaciones y haya quedado el concursado pendiente del cumplimiento, la deuda quedará incluida en la masa pasiva del concurso, resultando el tercero *in bonis* un acreedor más, con la pertinente calificación que su crédito merezca de acuerdo a las normas concursales<sup>424</sup>.

---

judicial. Otros (CARRASCO) han dicho que se trata de un instrumento "*ad terrorem*" en manos de la administración concursal. MARTÍN DE LA BÁRCENA considera que estamos ante una norma justificada en la defensa del interés del concurso frente al comportamiento del acreedor en relación con el cumplimiento de determinados contratos vigentes tras la declaración de concurso”.

<sup>422</sup> El término en beneficio del concurso no equivale a beneficio o interés de los acreedores, y podría identificarse en términos de GARCÍA VICENTE, J. R.: “Comentarios al artículo 61 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., pp. 673-674 con “la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción (cobro) de los acreedores” y “siendo el representante institucional del interés del concurso la administración concursal”.

<sup>423</sup> GÓMEZ MENDOZA, M.: “Comentarios al artículo 61 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación...* Tomo I cit., p. 720, considera de que a pesar de que en la mayor parte de los supuestos nos encontraremos ante contratos, es cierto que pueden surgir obligaciones recíprocas de otras fuentes.

<sup>424</sup> De este modo queda zanjada la polémica anterior, pues se discutía sobre la pertinencia o no de que el tercero *in bonis* pudiera, acudiendo al artículo 1124 Cc, resolver dicho acto o negocio jurídico.

Por el contrario, si quien hubiera cumplido su prestación hubiera resultado ser el concursado, quedando pendiente de cumplimiento la prestación recíproca del tercero *in bonis*, podrá reclamar, *ex* artículo 61.1 LC, su prestación a la contraparte e incluirlo en la masa activa<sup>425</sup>.

A partir de este principio de continuidad, el artículo 62 LC regula la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes de los contratos con obligaciones recíprocas referidos en el artículo 61.2 LC, así como los efectos de esta. Teniendo en cuenta que este incumplimiento posterior podrá afectar a cualquiera de las partes, el juez quedará igualmente facultado, según el artículo 62.3 LC, para obligar a dicho cumplimiento del contrato cuando el interés del concurso así lo exija. En este último caso, al igual que sucede en el artículo 61.2 LC, serán con cargo de la masa las prestaciones debidas que deba realizar el concursado.

En caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso, quedará incluido como crédito, dentro del concurso aquel crédito que corresponda al acreedor que hubiese cumplido sus obligaciones, cuando el incumplimiento del concursado fuera antes del concurso<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup> En opinión de ÁVILA, A: “Los créditos...” cit., en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., p. 808, el supuesto recogido en el artículo 61.1 LC quedaría excluido de la posible subordinación del artículo 92.7º LC ya que si el acreedor hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones poca o ninguna posibilidad tendría de obstaculizar el cumplimiento de dicho contrato.

<sup>426</sup> En el mismo sentido, podrán resolverse aquellos contratos de tracto sucesivo habiendo sido el incumplimiento con anterioridad a la declaración de concurso.

Es significativa a estos efectos la sentencia del Tribunal Supremo 510/2013, de 25 de julio (*Tol 3887898*) igualmente la 505/2013, de 24 de julio (*Tol 3887802*) en las que se determina que “los efectos que sobre la vigencia de este contrato produjo la declaración de concurso vienen regulados en el artículo 61.2 LC, respecto a la consideración de crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, y en el artículo 62.1 LC, en relación con la imposibilidad de instar la resolución del contrato si se trata de un contrato de tracto único cuyo incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso. El contrato de compraventa concertado entre las partes es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas. Como al tiempo de la declaración de concurso de la vendedora, las obligaciones de una y otra parte estaban pendientes de cumplimiento, conforme al artículo 61.2 LC, la prestación a que estaba obligada la promotora concursada debía realizarse con cargo a la masa. De hecho, cuando fue terminada la vivienda, la concursada trató de entregarla al comprador, mediante el otorgamiento de escritura pública. Este primer efecto legal no plantea en este caso mayor problema, sino que la controversia se centra en torno al segundo efecto: si la parte *in bonis*, en este caso el comprador, puede instar después del concurso de la vendedora la resolución del contrato de compraventa. El artículo 62.1 LC, para aquellos casos en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución del contrato. Para ello distingue según el contrato sea de tracto único o sucesivo. Al margen del

De igual modo, no sólo quedarán subordinados estos créditos cuando, como determina el artículo 92.7º LC, el acreedor impida de forma reiterada que se cumpla el contrato que se encuentra pendiente de cumplimiento (siendo este hecho contrario al concurso), sino que también tendrán la misma “sanción” aquellos acreedores que habiéndose acordado en sede concursal la rehabilitación<sup>427</sup> de los préstamos, obstaculicen la misma en perjuicio del concurso<sup>428</sup>.

Los artículos 68 y 69 LC<sup>429</sup> permiten la rehabilitación a instancias de la administración concursal de aquellos “contratos de préstamo y demás de crédito a favor del concursado cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o intereses devengados

---

acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta terminología, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuando se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relación con la declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso”. Posteriormente, y acudiendo a las sentencias del Tribunal Supremo 145/2012, de 21 de marzo (*Tol 2565568*) y 161/2012, de la misma fecha (*Tol 2494319*) el Alto Tribunal distingue conceptualmente el contrato de tracto sucesivo del contrato de tracto único con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica. Mientras que respecto al contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato, en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento. Prosigue la sentencia 510/2013 aseverando que “[d]espués de la declaración de concurso, conforme al artículo 62.1 LC, la parte *in bonis* en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único”.

<sup>427</sup> Según determina la Ley, en el artículo 68 LC podrán ser rehabilitados los contratos cuyo vencimiento se ha producido antes de la declaración del concurso, posibilitando la misma después de dicha declaración y en virtud de la misma. Sin embargo, sólo en el caso de que el acreedor lo consienta, dicha rehabilitación podrá tener lugar. Así, y desde que se rehabilite el contrato, el deudor recuperará el beneficio del plazo y el acreedor que ya ha recibido las cantidades que le adeudaban tiene derecho, según el artículo 154.2 LC a que se le abonen con cargo a la masa las cuotas sucesivas de cada vencimiento. En este mismo sentido, la rehabilitación de bienes con precio aplazado regulados en artículo 69 LC.

<sup>428</sup> Para VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...*cit., p. 1357 “la no justificación causal y prolongada de forma reiterada en el tiempo de esa actitud es la que genera esa imputación además de la subordinación”.

<sup>429</sup> Como considera TRUJILLO DÍEZ, I. J.: “Comentarios al artículo 68 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...*Vol. 1 cit., pp. 796-797 la excepcionalidad de estos artículos 68 y 69 LC deben imponer criterios de interpretación restrictiva y prohibición de la aplicación analógica de los mismos, además de procurar el menor sacrificio posible del prestamista.

se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique su rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa”<sup>430</sup>.

Se entenderán comprendidos en este tipo de contratos cualesquiera préstamos y créditos en los que concurriere vinculación con la continuidad de la actividad empresarial ya que hace referencia a “contratos de préstamo y demás de crédito” y la utilización del plural tanto para los contratos de préstamo como para los de crédito lleva a considerar que el legislador es consciente de que existen diversas modalidades de préstamo y crédito conectando esta interpretación funcional con la voluntad del legislador de apostar por la continuidad de la actividad empresarial.

Esta rehabilitación no procederá cuando el acreedor se oponga y antes de la apertura del concurso se hayan iniciado acciones de reclamación del pago de dichos préstamos o créditos contra el propio deudor, codeudor solidario o garante, entendiéndose a tal efecto que debería estarse ante el ejercicio de acciones judiciales en reclamación del pago, justificando dicha oposición en el reiterado y prolongado incumplimiento de pago por parte del deudor que haría incoherente la rehabilitación de dicho préstamo o crédito<sup>431</sup>. En cualquier caso, entendemos que dicha rehabilitación debe realizarse del mismo modo y en las mismas condiciones que hubieran transcurrido si el contrato hubiera sido puntualmente cumplido, admitiendo *sensu contrario* que el incumplimiento de dichas condiciones originariamente pactadas haría posible la oposición, por parte del acreedor, a la rehabilitación pretendida<sup>432</sup>.

---

<sup>430</sup> A estos efectos y siguiendo a TRUJILLO DÍEZ, I. J.: “Comentarios al artículo 68”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 798 se encontrarían dentro de estos supuestos el contrato de préstamo, de créditos (dentro o fuera de cuenta corriente) las distintas modalidades de tarjetas (con la excepción de las aplazadas, que serían incluidas en el artículo 69 LC) “y en general cualquier forma de contrato restitutorio en el que el capital entregado no tenga el concepto de precio de una contraprestación, sino de entrega al prestatario para que disfrute de disponibilidad hasta la fecha de reembolso total o por cuotas del capital recibido, se hayan comprometido o no intereses”.

<sup>431</sup> En este sentido, TRUJILLO DÍEZ, I. J.: “Comentarios al artículo 68 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., pp. 801-802.

<sup>432</sup> TRUJILLO DÍEZ, I. J.: “Comentarios al artículo 68 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., pp. 802-803 alude al “principio de indemnidad” de los intereses del acreedor como causa oposición del acreedor a la rehabilitación, afirmando que el prestamista podría oponerse a dicha rehabilitación si “no le son ofrecidas las mismas o igualmente eficaces garantías especiales,

En este mismo sentido, podrán rehabilitarse los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado, entendiendo que podrán rehabilitarse siempre que se encuentren, al igual que el supuesto del artículo 68 LC, resueltos extrajudicialmente por incumplimiento de pago de los plazos pactados. La oposición en estos contratos podrá ser ejercida por el transmitente en tres supuestos: (i) ante el ejercicio de acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, (ii) porque el transmitente y con anterioridad a la declaración del concurso haya recuperado legítimamente el bien (habiendo este devuelto o consignado la prestación recibida) y (iii) porque haya realizado actos dispositivos sobre el bien a favor de tercero. Entendemos que los efectos de la rehabilitación serán los mismos que en supuesto anterior con la particularidad en este caso de que si el deudor perdió la posesión del bien, en virtud de la rehabilitación recuperará la misma, y en el caso de que ésta sea imposible, la obligación de restitución del bien se sustituiría por la de devolver su equivalente económico<sup>433</sup>, pudiendo en caso de incumplimiento del concursado, que no de la otra parte contractual, resolver este el contrato previamente rehabilitado (“el incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación”).

### C) LA ‘OBSTACULIZACIÓN’ Y SU APRECIACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y EL JUEZ DEL CONCURSO

Si bien la norma no define qué debe entenderse por obstaculización, entendemos que dicho término hace referencia, como se ha indicado con anterioridad, a un impedimento de mala fe por parte del acreedor al cumplimiento de un determinado contrato y que además, de acuerdo a la literalidad del artículo, debe ser reiterado y valorado como tal por la administración concursal<sup>434</sup>.

---

personales o reales, de que dispusiera, e incluso puede también oponerse cuando sea insuficiente la garantía general que ofrezca la masa activa del concurso”.

<sup>433</sup> MARÍAN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al artículo 69 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 823

<sup>434</sup> PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Los créditos...” cit., en CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dtores.): *El Derecho...* cit., p. 712 advierte este concepto de obstaculización diferente al de incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

Este supuesto de subordinación carga al acreedor con todas las obligaciones (excepto los supuestos del artículo 63 LC), mientras que faculta y dota al deudor de la capacidad de decisión respecto a la continuidad o resolución de una relación contractual. Sólo en caso de incumplimiento por la otra parte, podría el acreedor optar a resolver dicha situación, teniendo en cuenta que el incumplimiento no significará en ningún caso la resolución automática de la referida relación contractual, ya que a tenor del artículo 62 LC aunque exista causa de resolución tendrá que valorar su procedencia el juez.

El legislador ha considerado en este supuesto, y a diferencia de otros, que la subordinación no tenga carácter automático, sino que proceda cuando el juez constate, según informe de la administración concursal, que la parte *in bonis* obstaculiza el procedimiento, y su conducta es persistente, con el consiguiente perjuicio para el resto de acreedores. En definitiva, para que el crédito pueda ser subordinado en virtud del artículo 92.7º LC deberá atenderse a esta conjunción de circunstancias, puesto que de no ser así estaríamos ante un simple incumplimiento del contrato que daría derecho a la resolución contractual<sup>435</sup>.

Es en este punto, el relativo a la conjunción de circunstancias que deben acaecer para que opere la subordinación crediticia, donde se encuentran las principales incertidumbres interpretativas de este artículo 92.7º LC. En primer lugar, cabe preguntarse cómo la administración concursal, en tan breve plazo de tiempo de que dispone para la confección del informe, pueda constatar que se ha producido, desde la declaración del concurso, una obstaculización reiterada en el cumplimiento de un contrato que crea un perjuicio al interés del concurso, que a su vez ha podido informar al juez de dicho incumplimiento y este se ha pronunciado al respecto. De ceñirnos a lo expuesto, parece presumible, inicialmente, que en la lista de acreedores no podrá figurar un crédito como subordinado por este motivo y que deberá ser con posterioridad a tal emisión del informe cuando quepa proceder a solicitar tal

---

<sup>435</sup> En este sentido, ALONSO LEDESMA, C.: “La reforma en materia de subordinación crediticia”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 11, 2009, p. 67.

calificación<sup>436</sup>, pero sin lugar a dudas resultará complicado modificar o degradar, en este caso, la calificación dada a un crédito una vez sea firme la lista de acreedores.

Una opinión flexible a este respecto defiende que, si bien pudiera parecer como el momento final y preclusivo para la modificación de la calificación crediticia de los créditos insinuados en el concurso el de la aprobación del texto definitivo de la lista de acreedores (teniendo en cuenta que el supuesto de referencia no es de los enunciados en el artículo 96 bis LC), lo cierto es que entiende que las limitaciones previstas en la Ley concursal respecto a la modificación de la calificación de los créditos concursales afectarían sólo a los acreedores y no a la administración concursal, quien tendría libertad para operar dichas modificaciones *ex* artículo 92.7º LC, hasta que recaiga la resolución a partir de la cual se apruebe la propuesta de convenio o se presenten en el juzgado, bien el informe final de las operaciones realizadas (tras la conclusión de la liquidación de la masa activa), bien la comunicación de insuficiencia de masa en el concurso<sup>437</sup>.

En nuestra opinión, la posición doctrinal anteriormente referida aporta una solución loable a efectos prácticos, pero un tanto forzada en su interpretación del artículo 92.7º LC, al afirmar que la administración concursal podrá modificar la calificación de los créditos concursales hasta la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o hasta que se den los apartados segundos de los artículos 152 y 176 bis. Nos parece más acertada la interpretación práctica que de este artículo realiza el Juzgado Mercantil núm. 1 de Alicante: “aún admitiendo que si es posible la subordinación crediticia posterior a la lista de acreedores, ello debe ser así siempre que el comportamiento-base de la norma (la obstaculización contractual) se produzca tras ese momento”.

Lo que no parece conforme con un principio básico de seguridad jurídica y de ordenación lógica del proceso (pues la calificación crediticia afecta a quórum y mayorías de convenio o a orden de pagos) es que en cualquier momento pueda invocarse este artículo 97.7 LC para

---

<sup>436</sup> Véase más ampliamente la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Málaga, 160/2011, de fecha 7 de abril (*Tol* 2236078).

<sup>437</sup> ÁVILA, A: “Créditos...” cit., en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo I cit., pp. 809-810.

alterar la calificación crediticia. Si los hechos desencadenantes de esa subordinación son previos a la elaboración de la lista de acreedores, la administración concursal deberá subordinar los créditos si considera aplicable el artículo 92.7 LC, y si alguna parte interesada discrepa, ya porque se ha subordinado, ya que porque no se ha subordinado, deberá incidentar contra esa clasificación (artículo 96 LC ). Si no lo hace, precluye su posibilidad (artículo 97 LC)”<sup>438</sup> .

Respecto al informe previo que debe realizar la administración concursal en relación a este precepto, nada se indica en relación a las consecuencias de su falta, entendiéndose que el mismo pudiera ser perfectamente emitido ante la petición de subordinación solicitada por el concursado, resultando el momento de contestación al incidente el adecuado en este caso, vistas las pruebas aportadas con la demanda incidental de la concursada, o una vez celebrado el juicio, tras la declaración de las partes, los testigos, y en su caso, los peritos, con plenitud de alegaciones, siendo este el momento perfecto para que la administración concursal pueda elaborar un informe completo y ajustado realmente a los hechos”. En todo caso, la administración concursal deberá informar antes de que el juez decida sobre la procedencia o no de la subordinación<sup>439</sup> .

Sin embargo, y teniendo en cuenta que, tal y como se determina, será el juez quien considere y resuelva si existe esa “obstaculización reiterada”, podríamos indicar que el referido informe de la administración concursal no resulta vinculante, sino un medio probatorio más. Lo contrario sería asumir que la subordinación de un crédito por este motivo ahora analizado quedaría en manos de dicha administración concursal, debiendo entender en todo caso que “si tal obstaculización es puesta de manifiesto por cualquiera que demuestra un interés legítimo deberá atenderse a la petición y en todo caso requerir a la administración concursal para que emita dicho informe”<sup>440</sup> .

---

<sup>438</sup> Auto 129/2014 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Alicante, de 16 de abril (*Tol 4235135*).

<sup>439</sup> Fundamento jurídico tercero de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga, de 16 de abril de 2014 (núm. rec. 947660/2009, *Tol 4493542*).

<sup>440</sup> En este sentido, véase la resolución judicial núm. 160/2011 (*Tol 2236078*) anteriormente referida.

Otra duda interpretativa del artículo 92.7 ° LC es la que resulta de la determinación del momento en el que se provoca la mencionada “obstaculización reiterada”, puesto que nada se dice en el precepto en relación al momento temporal en que deba contemplarse dicha obstaculización reiterada.

Ante esto, en principio pudiera parecer que debe determinarse como momento de la referida obstaculización una situación posterior a la declaración del concurso, pero debe tenerse en consideración la falta de referencias a este respecto tanto en la norma como en la Exposición de Motivos de la Ley, debiendo realizarse una interpretación integradora con el resto de la norma, pudiendo existir la posibilidad de que la voluntad obstativa al cumplimiento venga o se inicie con anterioridad a la declaración del concurso, ya que pudieran tener lugar actuaciones anteriores a dicha declaración de concurso en las que el acreedor pueda prever un eventual estado de insolvencia y consiguiente declaración de concurso, y realice o intente realizar, actuaciones en su propio beneficio<sup>441</sup> y persistir tras dicha declaración.

En este sentido se manifiesta la jurisprudencia al entender que la finalidad perseguida por el precepto obliga a entender que la obstaculización reiterada, aunque pueda partir de un momento anterior a la declaración de concurso, debe al menos persistir tras dicha declaración. Así, el término ‘obstaculiza’, que se complementa con la expresión ‘de forma reiterada’, atiende a una situación actual, presente, por más que provenga de una situación anterior a la declaración de concurso. Como mínimo, se exige una prolongación en el tiempo que, desde luego, traspase el momento temporal de la declaración del concurso. En definitiva, y a pesar de que la voluntad obstativa puede haberse iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, se deberá exigir la reiteración de la misma tras la declaración del concurso para que pueda operar la subordinación del artículo 92.7° LC<sup>442</sup>.

---

<sup>441</sup> *Vid.*, a estos efectos la argumentación aportada por la referida sentencia en la que se argumentan determinadas consideraciones por las que debe de considerarse esta obstaculización como retroactiva al momento de declaración de concurso.

<sup>442</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, 492/2012, de 21 de noviembre (*Tol 2711292*).

Finalmente, y de modo sistemático, la jurisprudencia menor en un intento de clarificar la aplicación de este supuesto cuya aplicación no resulta nada sencilla a resultas de su tenor literal, resume los requisitos necesarios para que opere la calificación de determinados créditos como subordinados, en virtud del artículo 92.7º LC en “al menos, a los siguientes elementos a saber”:

“a) Que se trate de contratos con obligaciones recíprocas referidos en los arts, 61, 62, 68 y 69” (con independencia de las condiciones en que se encuentren, es decir, el precepto es claro al determinar los contratos a los que se refiere y no las condiciones en que se encuentren)

“b) Que exista informe previo de la administración concursal” (en los términos vistos previamente)

“c) Que exista obstaculización al cumplimiento del contrato” (ídem)

“d) Que exista reiteración en la obstaculización” (ídem)

“e) Que se constate por el juez la producción de dicha obstaculización reiterada” (en el bien entendido de que este requisito es desencadenante de los anteriores, una vez existe la obstaculización y su reiteración, no existiendo a este respecto impedimento para su constatación)

“f) Que exista perjuicio al interés del concurso” (entendido este ‘interés’ como la mayor satisfacción de los acreedores del concursado)<sup>443</sup>.

Parece más que evidente que este supuesto de subordinación atiende claramente a una justificación sancionadora o a una medida disuasoria para los acreedores que intenta evitar el perjuicio que un acreedor pueda realizar al concurso entorpeciendo de manera reiterada la consecución, bien del cumplimiento de la prestación pendiente, bien de la rehabilitación, de decisiones que tanto la administración concursal y el juez del concurso han entendido como favorables al mismo, y por ello han sido toleradas y permitidas por estos.

---

<sup>443</sup> *Víd.* más ampliamente la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 160/2011, de 7 de abril de 2011 (*Tol* 2236078 ).

En resumen, entendemos que quizá hubiera resultado más conveniente y práctico que el legislador hubiera optado por otro tipo de solución para alcanzar la finalidad pretendida con este artículo 92.7º LC, así, por ejemplo, dotar al juez de la facultad imponer determinadas sanciones cuya finalidad fuera idéntica a los resultados pretendidos a partir de este epígrafe<sup>444</sup>.

## **V. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y LA SUBORDINACIÓN CONCURSAL**

### **A) PLANTEAMIENTO INICIAL**

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización incluye, entre otras novedades, la introducción del Título X en la Ley Concursal 22/2003, en virtud de su artículo 21, implementando así el Acuerdo Extrajudicial de Pagos (regulado en los artículos 231 a 242 LC).

El Acuerdo extrajudicial de pagos, en cuanto institución preconcursal que es, tiende a evitar la declaración de concurso intentando negociar y alcanzar un plan de pagos con los acreedores, con la finalidad de reducir los plazos y costes generados por este y evitar, en la medida de lo posible, la situación concursal y las consecuencias que conlleva dicho procedimiento<sup>445</sup>.

---

<sup>444</sup> No obstante, la referida sentencia ejemplifica un supuesto a los que este precepto de subordinación sería perfectamente aplicable y así considera que “aquello supuesto en los que, por ejemplo, la entidad financiera no descuenta efectos o anticipa facturas desde la declaración del concurso, en igualdad de condiciones como lo venía haciendo, o cuando el suministrador de energía interrumpe el suministro una vez fracasada la resolución del contrato, todo lo cual parece conducir a entender que se trata de una medida disuasoria que contiene la perspectiva de conversión del crédito en subordinado”.

<sup>445</sup> A estos efectos debemos ser realistas, puesto que el legislador ya ha intentado en diferentes ocasiones (así, el Real Decreto 3/2009, y la Ley 38/2011), evitar la declaración de concurso del deudor a partir de los acuerdos de refinanciación, la homologación judicial de acuerdos, etc., procedimientos estos que finalmente y por diversos motivos no han conseguido evitar la declaración del concurso de acreedores.

Su ámbito subjetivo se ha visto modificado y ampliado en los últimos meses. Si en principio, y a diferencia del carácter universal del concurso de acreedores<sup>446</sup>, el acuerdo extrajudicial de pagos sólo podía ser utilizado por los deudores personas naturales que fueran empresarias *ex* artículo 231.1 LC<sup>447</sup> (“siempre que la estimación inicial de su pasivo no supere los cinco millones de euros”) o por las personas jurídicas<sup>448</sup>, que encontrándose en situación de insolvencia pudieran hacer frente a los gastos propios de este acuerdo y siempre que, en caso de ser declaradas en concurso, este fuera tramitado como abreviado, la Ley 25/2015, de 28 de julio, en un intento por flexibilizar este tipo de acuerdos, ha incorporado en sus presupuestos al deudor persona natural no empresaria<sup>449</sup>.

Se amplía, en consecuencia, el presupuesto subjetivo de estos Acuerdos al deudor persona natural, sea o no empresario, y las personas jurídicas en los términos anteriormente

---

<sup>446</sup> La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, incluso la herencia yacente, y con la excepción de las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público (artículo 1 LC).

En palabras de JAÉN VALLEJO, M.: “Nuevos sistemas de resolución de conflictos: La mediación”, en MARTÍN MOLINA, P. B., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J. M., LOPO LÓPEZ, M. A. (Coords.): *La ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 397, el mediador concursal representaría una especialidad justificada por las peculiaridades recogidas en la Ley 14/2013, que sitúa la mediación en el ámbito concursal entre la mediación a la que se refiere la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y el arbitraje, al que se refiere la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, una figura, pues, híbrida entre estas dos formas de resolución de conflictos, llamada a tener un importante protagonismo en el derecho concursal.

<sup>447</sup> En este sentido, el artículo 231 LC considera empresarios personas naturales no sólo aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo a la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad social, así como los trabajadores autónomos.

<sup>448</sup> Debe advertirse de las limitaciones que prevé el artículo 231.3 LC respecto a la presentación de esta solicitud, puesto que “no podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial: 1º quienes hayan sido condenados en sentencia firme o delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsead documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. 2º las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores”.

En este mismo sentido, el párrafo cuarto del artículo 231 LC impide acceder al acuerdo extrajudicial de pagos “a quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite”.

La norma parece distinguir el momento en el que los deudores pueden solicitar este acuerdo extrajudicial de pagos, ya que mientras que para las personas naturales la norma exige que se encuentre tanto en insolvencia actual como inminente (*ex* artículo 2 LC), para las personas jurídicas sólo se requiere insolvencia actual: “que se encuentren en estado de insolvencia”.

<sup>449</sup> Quedan excluidos del procedimiento previsto en el título X de la Ley Concursal las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

referidos<sup>450</sup>; de este presupuesto podríamos colegir la pretensión de agilidad que manifiesta el legislador respecto a la resolución de estos procedimientos, ya que los deudores con pasivos de cierta complejidad no podrían acogerse a los mismos.

El proceso da comienzo con la solicitud, por parte del deudor, de un mediador concursal. Una vez admitida la misma, el Registrador Mercantil o el notario<sup>451</sup>, según corresponda, así como las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación<sup>452</sup>, en el caso de personas jurídicas o de persona natural empresaria, procederán al nombramiento del mediador concursal, quien deberá cumplir para su nombramiento con los requisitos requeridos en el artículo 233 LC, en cuanto a las condiciones estipuladas en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y las propias del artículo 27 LC referidas a las condiciones subjetivas para la nombramiento de administradores concursales, estando en lo no previsto por esta norma a lo dispuesto en materia de expertos independientes<sup>453</sup>. Cuando la solicitud se hubiera dirigido a una de las Cámaras Oficiales anteriormente referidas, la propia Cámara asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto en la Ley 4/2014, de 1 de abril y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal.

Aceptado el cargo de mediador, este convocará, dentro de los plazos previstos en la norma, a aquellos acreedores que figuren en la solicitud dirigida por el deudor (debe tenerse en cuenta que sólo serán convocados aquellos acreedores incluidos en dicha solicitud) y que

---

<sup>450</sup> CAMPUZANO, A. B.: “El derecho de la insolvencia: el acuerdo extrajudicial de pagos”, en CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...cit.*, pp. 50-51 apunta que podrán acogerse a este tipo de acuerdo extrajudicial “tanto las sociedades civiles como las mercantiles y tanto las de tipo personalista como las capitalistas”.

<sup>451</sup> El artículo 232.3 LC señala al Registrador Mercantil en el supuesto de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, o al notario, en los demás casos, como encargados de designar al mediador concursal.

<sup>452</sup> Sólo en aquel caso en que dichas Cámaras Oficiales hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de España.

<sup>453</sup> El artículo 11 de la Ley 5/2012 requiere para las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles (siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión). Las personas jurídicas deberán designar a una persona natural que cumpla los requisitos contemplados para ello en la norma. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en los que intervenga.

puedan verse afectados por dicho acuerdo. Quedarán excluidos, en todo caso, de dicha convocatoria los acreedores de derecho público.

Convocados los acreedores, el mediador intentará llegar a un acuerdo con ellos, debiendo remitir tan pronto como sea posible, y siempre con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración del acuerdo, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos consensuada con el deudor, sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud *ex* artículo 236 LC (en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos referido a personas naturales no empresarias, esta antelación mínima se reduce a quince días naturales). Esta propuesta podrá ser enmendada por los acreedores dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta. Transcurrido dicho plazo, el mediador concursal remitirá con el visto bueno del deudor el plan de pagos definitivo<sup>454</sup>.

Según se recoge en la norma, el plan de pagos deberá ir obligatoriamente acompañado de un plan de viabilidad y una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones. Para reducir la deuda y satisfacer a los acreedores se podrá igualmente proceder a la cesión de bienes a los acreedores en pago de sus deudas.

## B) EFECTOS DE LA INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE: EL DEUDOR

Resulta innegable el hecho de que a pesar de que la norma contempla que el deudor pueda continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional, el inicio del expediente del Acuerdo extrajudicial de pagos produce determinadas consecuencias en la esfera del deudor<sup>455</sup>.

---

<sup>454</sup> En ningún caso, la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor como medio de satisfacer sus deudas ni tampoco podrá alterar el orden de prelación de créditos establecido legalmente, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente.

<sup>455</sup> En palabras de CAMPUZANO, A. B.: “El derecho...” cit., en CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., p. 59 “desde la presentación de la solicitud (el deudor) se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad”.

En esta línea, se acuerda la imposibilidad de que el deudor que se encuentra negociando un acuerdo extrajudicial pueda ser declarado en concurso de acreedores, en tanto no transcurra el plazo previsto en el párrafo del artículo 5 bis LC. Se prohíbe al deudor la utilización de medios de pago electrónicos, y la solicitud de concesión de créditos y préstamos, a la vez que queda obligado a devolver las tarjetas de créditos a las entidades financieras emisoras de las mismas. Esta última consecuencia, así como las anteriores prohibiciones resultan además de novedosas, sorprendentes, pues si se pretende que el deudor no utilice sus fondos o se endeude más a partir de la fecha, podrían haberse adoptado otras medidas, similares a las empleadas tras la declaración del concurso de acreedores, esto es, supervisión del mediador concursal, posibilidad, *sensu contrario*, de disponer en sede bancaria de fondos, etc., pues entendemos que las restricción anteriormente enunciadas podrían entrar en contradicción con el hecho de que la persona natural o jurídica sujeta a este procedimiento pueda continuar desarrollando su actividad con normalidad.

### C) EFECTOS DEL INICIO DEL EXPEDIENTE: LOS ACREEDORES

Entre los efectos que este procedimiento provoca frente a los acreedores, se encuentra, el hecho de que estos no puedan iniciar o continuar ejecuciones sobre el patrimonio del deudor durante la negociación del mismo (siendo el plazo máximo de negociación de tres meses, *ex* artículo 235 LC y de dos meses *ex* artículo 242 bis para personas naturales no empresarias), así como mientras este se encuentre vigente, excepto para los acreedores con garantía real que no recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual<sup>456</sup>.

---

<sup>456</sup> Sin perjuicio de lo estipulado a continuación *ex* artículo 235.2. a) “cuando la garantía recaiga sobre los bienes citados en el inciso anterior, los acreedores podrán ejercitar la acción real que les corresponda frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en este apartado”. Respecto a la suspensión de las ejecuciones singulares resulta de interés el auto del Juzgado mercantil núm. 3 de Barcelona, de 24 de enero de 2014 (núm. rec. 40/2014, *Tol* 4137579) en virtud del cual se acuerda adoptar medidas cautelares para proteger al deudor de las ejecuciones singulares ante el retraso en el nombramiento del mediador concursal. Para ello el auto manifiesta que “ciertamente el deudor podría solicitar el concurso voluntario y con ello activar los mecanismos de protección de su patrimonio previstos en el artículo 55 y 56 de la Ley Concursal, pero esa opción frustraría el objetivo de la reforma de la Ley Concursal de canalizar por medio de instrumentos extrajudiciales de pago los procedimientos de insolvencia de empresarios y

En este mismo sentido, y una vez practicada la correspondiente anotación de apertura de este procedimiento en los registros públicos de bienes, no se podrán anotar embargos posteriores a la solicitud de nombramiento de mediador concursal, a la vez que, como no podría ser de otro modo, los acreedores se abstendrán de llevar a cabo actos que supongan privilegiar la posición jurídica de unos acreedores respecto a otros. Por último, al igual que se prevé tras la declaración de concurso y respecto de los créditos que queden afectos a este acuerdo, se suspenderá el devengo de intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 LC.

---

emprendedores; por otra parte privaría al deudor de los beneficios previstos en el nuevo título X de la Ley Concursal. El notario no está habilitado legalmente para adoptar medidas cautelares o anticipar alguno de los efectos de la admisión del procedimiento, la cuestión que debe resolverse es si el juez concursal dispone de algún mecanismo legal para anticipar algunos efectos propios de un proceso concursal judicial que se pretende evitar, coadyuvando con ello a que la reforma pueda aplicarse con éxito y cumplir con sus objetivos. El artículo 5 bis de la Ley Concursal - modificado por la Ley de Emprendedores - establece que los efectos de la solicitud de expediente extrajudicial es equivalente a la comunicación del mencionado artículo 5 bis, sin embargo el artículo 5 bis no permite la suspensión de las ejecuciones singulares. El artículo 17 de la Ley Concursal, para los supuestos de concurso necesario, permite que se puedan adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La cuestión es si se pueden anticipar medidas protectoras del patrimonio del deudor que se vinculan a la declaración de concurso y que, en todo caso, se producirían bien por la publicación del expediente notarial, bien por la declaración de concurso. Cuestión que inevitablemente conecta con la posibilidad de que esa medida cautelar pueda perjudicar a los acreedores. Respecto de la primera cuestión es evidente que una interpretación restrictiva de la normativa concursal abocaría al deudor a tener que solicitar el concurso voluntario para conseguir la paralización de las ejecuciones singulares no garantizadas, frustrando con ello el objetivo de la reforma. Respecto de la segunda cuestión, la de la protección de los acreedores, debe tenerse en cuenta que la nueva redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal no permite instrumentos de protección frente a las solicitudes de concurso necesario a los deudores que hayan iniciado un procedimiento extrajudicial de pago hasta que no se haya producido la aceptación del mediador; por lo tanto, constatada la situación de insolvencia del deudor y constatada la pluralidad de acreedores, cualquier acreedor podría instar el concurso necesario en el interin actual. Por lo tanto la suspensión cautelar de las ejecuciones pendientes se debe considerar un instrumento de protección de la masa activa y un mecanismo para evitar situaciones de desequilibrio entre acreedores que, publicado el expediente notarial o declarado el concurso, tendrían la misma condición. En definitiva parece razonable forzar la interpretación de la Ley concursal y permitir la anticipación de alguno de los efectos de la publicación del expediente extrajudicial en una situación tan excepcional como la presente. No hay previsión en la Ley Concursal de audiencia previa a los interesados, tampoco tiene sentido en el marco de un procedimiento universal de insolvencia imponer al deudor una fianza o caución, sin perjuicio de que los hipotéticos daños que pudiera causar esta medida se consideraran créditos prededucibles o contra la masa. Los límites de esta medida deben ser los que prevé el artículo 235.2 LC, es decir, no puede afectar a acreedores con garantías reales, no puede afectar a acreedores públicos - sometidos al trámite especial del nuevo Título X -, se adopta durante el tiempo en el que dure la actual situación de imposibilidad de designa de mediador y, por lo tanto, de publicación del inicio del expediente notarial; además no podrá extenderse más allá de tres meses”.

## D) CONVOCATORIA DE REUNIÓN Y FIN DEL EXPEDIENTE: LA POSIBLE SUBORDINACIÓN

Los acreedores que hubieren recibido la convocatoria de reunión organizada por el mediador concursal, deberán, en todo caso, acudir a esta, salvo que ya hubiesen manifestado su aprobación u oposición al plan propuesto dentro de los diez días anteriores a la reunión. En caso contrario, y con excepción de los acreedores que hubieran constituido a su favor garantía real, los créditos cuyos acreedores no acudan a la reunión ni manifiesten con la anterioridad indicada su aprobación u oposición, verán calificados sus créditos como subordinados en el caso de que finalmente la reunión no llegue a buen puerto y el deudor resulte declarado en concurso de acreedores.

Entendemos como causa de esta subordinación un motivo o justificación similar al propio del artículo 92.1º LC en relación con los créditos comunicados extemporáneamente, ya que el legislador pretende incentivar a los acreedores convocados a la reunión a manifestar su posición respecto al plan de pagos presentados y no bloquear, por simple desidia o falta de contestación, dicho procedimiento. Se pretendería de este modo, incentivar el pronunciamiento de todos los acreedores convocados a dicha reunión con el fin de llegar a un acuerdo que evite finalmente la declaración del concurso de acreedores del deudor.

Si la propuesta no resultara aceptada por los acreedores, y el deudor continuara en insolvencia, este procedimiento concluirá dando paso a la declaración de concurso de acreedores a instancias del mediador concursal<sup>457</sup>.

---

<sup>457</sup> El concurso solicitado por el mediador concursal tendrá la consideración de “concurso consecutivo” *ex* artículo 242 LC. Igualmente tendrá dicha calificación el concurso declarado a solicitud del deudor, o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento. Las especialidades del concurso consecutivo han sido suavizadas y flexibilizadas a partir del Real decreto ley 1/2015 en cuanto aquel se regirá por lo dispuesto para el procedimiento abreviado con determinadas particularidades al respecto. Sin embargo, la redacción originaria que introdujo este tipo de concurso concebía este como un proceso de liquidación directa en el que se permitía la exoneración de deudas residuales en los casos en que el concurso fuera calificado como fortuito y existiera una satisfacción parcial del pasivo.

Por el contrario, si dicho plan de pagos resulta aceptado por los acreedores con las mayorías necesarias recogidas en los artículos 238 y 238 bis LC, el acuerdo será elevado a escritura pública y se cerrará el expediente iniciado.

El mediador se encargará de supervisar el mismo durante toda su vigencia, debiendo, en el caso de ser íntegramente cumplido, hacerlo constar en acta notarial para su publicación en el Registro Público Concursal. De lo contrario, y ante el incumplimiento del plan de pagos, el mediador instará el concurso, “considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia”<sup>458</sup>. Los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en el Título X no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior.

## **VI. UN SUPUESTO ESPECIAL DE EXENCIÓN DE LA SUBORDINACIÓN: LA CREACIÓN DE LA SAREB**

### **A) INTRODUCCIÓN**

Con motivo de la situación económica existente de estos últimos años y como forma o modo de sanear el sistema financiero español<sup>459</sup>, se constituye en 2012 la Sociedad de Gestión de Activos<sup>460</sup> como “un instrumento que permitirá la concentración de aquellos activos considerados como problemáticos, facilitando su gestión”<sup>461</sup>. Esta Sociedad, que por Ley debe ser anónima<sup>462</sup>, tiene como finalidad la gestión de aquellos activos ‘tóxicos’ que le hayan sido transferidos por las entidades de crédito<sup>463</sup> (o que pudiera adquirir en un

---

<sup>458</sup> Artículo 241.3 LC

<sup>459</sup> La Exposición de Motivos III de la Ley 9/2012 afirma que “la aprobación de esta norma se enmarca, por otra parte, en el programa de asistencia a España para la recapitalización del sector financiero, que nuestro país ha acordado en el seno del Eurogrupo y que se ha traducido, entre otros documentos, en la aprobación de un Memorando de Entendimiento”.

<sup>460</sup> Regulado a partir del Real Decreto Ley 24/2012 de 31 de agosto, que devino en Ley 9/2012 de 14 noviembre, siendo complementado posteriormente con otras normas como el Real decreto ley 6/2013, de 22 de marzo y Real decreto ley 11/2013.

<sup>461</sup> Exposición de Motivos IV, del Real decreto ley 24/2012, de 31 de agosto.

<sup>462</sup> Artículo 35.3 Ley 9/2012. Según la disposición adicional séptima del Real decreto ley 24/2012, en ningún caso la participación pública podrá superar el 50%.

<sup>463</sup> Exposición de Motivos III del Real decreto ley 24/2012, de 31 de agosto.

futuro), teniendo por objeto exclusivo la tenencia, gestión y administración -directa o indirecta-, o la adquisición y enajenación de los activos que le transfieran las entidades de crédito que determinen el FROB y el Banco de España<sup>464</sup>.

La creación de la SAREB permitía a las entidades financieras que recibían apoyo público, sacar de su balance determinados activos financieros calificados como de dudoso cobro, evitando asimismo, las consiguientes dotaciones que a estos efectos las entidades financieras deben realizar de acuerdo a la normativa del Banco de España, facilitando de este modo, el saneamiento y viabilidad de las mismas. Además, se transmitían activos inmobiliarios en un escenario de fuerte contracción de la demanda, permitiéndose en este proceso recibir deuda avalada por el Estado como precio de dichos activos<sup>465</sup>.

No obstante lo anterior, y como consecuencia de (i) su consideración como sociedad anónima diferente a una entidad financiera, (ii) su objeto o finalidad de interés público y (iii) la transmisión de activos *ex lege* sin necesidad de consentimiento de un tercero, han supuesto modificaciones normativas al objeto de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico la actuación e intervención de la sociedad de gestión de activos y el cumplimiento de su objeto social. A los efectos que nos interesan, en el presente epígrafe analizaremos la excepción, a partir de la transmisión *ex lege* referida<sup>466</sup>, del régimen vigente en la Ley Concursal en relación a la clasificación de los créditos.

---

<sup>464</sup> Debe tenerse en cuenta que motivado por la gran cantidad de activos que recibió la SAREB en virtud de su regulación normativa, fue necesario distinguir entre la transmisión y gestión de los activos, de modo que la responsabilidad y decisiones sobre los activos correspondería a SAREB, mientras que la gestión continuaría en manos de las entidades cedentes por el plazo de un año desde la transmisión, renovables por los mismos períodos

<sup>465</sup> Se indica en la disposición final novena del Real decreto ley 24/2012 que “las entidades obligadas a transmitir los activos a la SAREB, serán aquellas entidades de crédito que a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 24/2012 se encuentren mayoritariamente participadas por el FROB o que, a juicio del Banco de España y tras la evaluación independiente de las necesidades de capital y calidad de los activos en curso a dicha fecha, vayan a requerir la apertura de un proceso de reestructuración o de resolución de los previstos en el Real decreto ley 24/2012”. Se prevé expresamente la posibilidad de que se transmitan a la SAREB tanto activos como pasivos financieros.

<sup>466</sup> En opinión de PULGAR EZQUERRA, J.: “SAREB y paraconcursalidad normativa”, *La Ley*, núm. 8200, 27 de noviembre de 2013 Ref. D-407 (*LA LEY 8890/2013*), con su actuación como sociedad liquidadora ha puesto de manifiesto en ocasiones con su presencia en el marco de procesos de refinanciación de deuda y en otras en relación con su entrada como acreedora en el concurso de acreedores, deficiencias generales de nuestro sistema preconcursal y concursal. Continúa afirmando que no se trataría de configurar un *ius*

## B) LA EXENCIÓN DE LA SUBORDINACIÓN.

El parámetro fundamental que va a presidir la regulación de la SAREB, así como sus condiciones particulares en relación a los activos recibidos *ex lege* es el cumplimiento del fin público que originó su creación, y por ende, la transmisión e incluso la liquidación, en su caso, de todos los activos recibidos en el plazo marcado para ello por la norma (teniendo en cuenta la vigencia limitada en el tiempo por la que fue creada la sociedad de gestión de activos).

Como consecuencia de las particularidades y especificidades propias de la cesión de activos e inmuebles que se produce a favor de SAREB, ha sido necesario, entre otras medidas, excepcionar el régimen previsto en la Ley Concursal en materia de subordinación crediticia y de rescisión<sup>467</sup>, y permitir la participación de SAREB en procesos de refinanciación de deuda -aun no siendo una entidad financiera<sup>468</sup>- a los efectos de ser acreedora por pasivos financieros. Todo ello ha provocado una modificación *ad hoc* de la subordinación crediticia regulada en nuestra norma concursal.

La disposición final tercera del Real decreto ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, añadió el apartado h) al artículo 36.4 de la Ley 9/2012, que excepciona de la calificación de subordinados en el marco de un eventual concurso de acreedores del deudor a los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, aún cuando esta fuera accionista de la sociedad deudora<sup>469</sup>. Esta

---

*singularis*, sino más bien de superar vía paraconcursalidad normativa, aun cuando sea sólo sectorialmente deficiencias o piezas erróneas del sistema en espera de que sean replanteadas de modo general.

<sup>467</sup> La Ley 9/2012 establecía en su artículo 36 que en relación con la transmisión de activos a la SAREB, esta no podría ser objeto de rescisión por aplicación de las acciones de reintegración previstas en la legislación concursal, aunque ello no impediría el ejercicio de las acciones de impugnación.

<sup>468</sup> El artículo 36.4 h) estipula además, que SAREB ostentará respecto a los créditos por ella adquiridos después de la declaración de concurso, derecho de adhesión a la propuesta o propuestas de convenio que se presenten por cualquier legitimado, así como derecho de voto en la junta de acreedores.

<sup>469</sup> Artículo 36.4 h) “Los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria no serán calificados como subordinados en el marco de un eventual concurso del deudor, aun cuando SAREB fuese accionista de la sociedad deudora. No obstante, si ya hubiese sido

exención de la subordinación sólo tendrá una excepción: “si ya<sup>470</sup> hubiese sido calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión, conservará tal calificación”.

Esta excepción a la subordinación queda formulada en la norma como una excepción genérica, sin que pueda interpretarse de forma indubitada si nos encontramos ante una excepción que opera respecto de cualquier supuesto de subordinación regulado en el artículo 92 de la Ley Concursal, o por el contrario, sólo se activa frente a la subordinación de las personas especialmente relacionadas con el concursado del artículo 92.5º LC.

La respuesta a esta cuestión no es del todo clara debido a la falta de rigor técnico del precepto<sup>471</sup>, existiendo, en consecuencia, dos posiciones doctrinales distintas. Por un lado, aquella que defiende que la excepción a la subordinación propugnada por el artículo 36.4 h) de la Ley 9/2012 se extiende, en principio, a cualquier supuesto de subordinación de los regulados en el artículo 92 LC, motivado por el interés público que defiende SAREB. Por esta justificación de política jurídica, la excepción a la subordinación se extendería (además de a los créditos del artículo 92.5º LC en los términos que comentaremos a continuación) a los créditos comunicados extemporáneamente, y a los referidos a intereses, multas y sanciones (artículos 92.1º, 92.3º y 92.4º LC), sin que resultara de aplicación dicha exención de la subordinación a los artículos 92.6º y 92.7º LC, puesto que debido a la naturaleza jurídica de la Sociedad de Gestión de Activos resultaría un tanto extraño la subordinación de dichos créditos por causa de rescisión con mala fe o de obstaculización reiterada en el cumplimiento de un contrato con obligaciones recíprocas<sup>472</sup>.

---

calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión, conservará tal calificación. La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria ostentará, respecto a los créditos por ella adquiridos después de la declaración de concurso, derecho de adhesión a la propuesta o propuestas de convenio que se presenten por cualquier legitimado, así como derecho de voto en la junta de acreedores”.

<sup>470</sup> La cursiva es mía.

<sup>471</sup> Ver en este sentido la crítica que realiza OLIVENCIA RUIZ, M.: “Unidad legal, privilegios y preferencias concursales” en *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al profesor J. A. Gómez Segade*, 2013 en [www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1385382448es.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1385382448es.pdf).

<sup>472</sup> Esta postura es defendida por PULGAR EZQUERRA, J.: “SAREB y ...” cit., y “Reestructuración financiera, paraconcursalidad normativa y SAREB”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 133, 2014, p. 71.

Respecto a aquellos créditos cuya subordinación tiene origen en un pacto contractual (artículo 92.2º LC), si bien en este caso la justificación de política jurídica utilizada para los supuestos anteriores no es tan evidente (sin perjuicio de que puedan ser subordinados *ex* artículo 92.5º LC si el acreedor participativo se encontraba en el ámbito del artículo 93 LC respecto del deudor), se considera igualmente válido el razonamiento anterior, resultando este supuesto exento de subordinación, argumentando además que, en todo caso, fue el cedente y no SAREB quien concedió el carácter participativo al crédito o préstamo que con posterioridad fue transmitido a SAREB<sup>473</sup>.

Por contra, la otra posición doctrinal existente defiende que las excepciones anteriormente enumeradas (artículos 92.1º, 92.2º, 92.3º y 92.4º LC) no serían de aplicación en virtud del artículo 36.4 h) de la Ley 9/2012, sino que SAREB tendría que soportar la condición subordinada del crédito si la razón de subordinación resulta diferente de la causa establecida en el artículo 92.5 LC<sup>474</sup>.

Compartimos esta última opinión doctrinal, puesto que si bien pareciera que la norma no establece distinción alguna respecto a la extensión de la excepción de la subordinación del artículo 36.4 h), lo cierto es que en relación al adquirente final (quien adquiere de SAREB), la norma indica que dicho crédito transmitido a este tercero será subordinado si concurre en él “ya” la causa de subordinación del artículo 92.5º LC, en el bien entendido de que no se hace referencia a cualquier otra causa de subordinación en dicho precepto, y pudiendo colegir, por ende, que la subordinación *ex* artículo 36.4 h) está referida sólo al supuesto de la persona especialmente relacionada con el concursado.

---

<sup>473</sup> Igualmente en los supuestos de préstamos o créditos sindicados PULGAR EZQUERRA considera de aplicación la excepción referida teniendo en cuenta que a pesar de la sindicación el banco agente comunica o insinúa en el concurso los créditos de cada acreedor financiero de manera separada e independiente al de los demás acreedores del sindicado.

<sup>474</sup> CARRASCO PERERA, A.: “Nueva vuelta legislativa a la subordinación concursal de los créditos en poder de la SAREB”, *Noticias Breves*, diciembre 2013 de Gómez-Acebo & Pombo, p. 3. En esta misma línea, también OLIVENCIA RUIZ, M.: “Unidad legal, privilegios y preferencias concursales” en *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al profesor J. A. Gómez Segade*, 2013 en [www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1385382448es.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1385382448es.pdf).

Por otra parte, entendemos que, en el plano real, sólo una interpretación restrictiva del artículo 36.4 h) de la Ley 9/2012 puede ser válida, ya que la situación contraria (es decir, en el supuesto de que todos los créditos titularidad de SAREB en virtud de la transmisión de activos fueran calificados como no subordinados) podría conducir a un bloqueo de las negociaciones en los procesos de refinanciación y reestructuración de aquellos deudores de los que la SAREB ha devenido acreedora.

Con los acuerdos de refinanciación y reestructuración<sup>475</sup> se intenta evitar que el deudor sea declarado en concurso de acreedores estableciendo y fijando para ello planes de viabilidad que permitan asegurar la continuidad de la actividad del deudor (por lo menos, a medio plazo). Sin embargo, alcanzar este tipo de acuerdos requiere de duras y complejas negociaciones principalmente entre los acreedores de pasivos financieros, que son los acreedores mayoritarios y de quienes depende, en parte, la continuidad de la empresa. El hecho de que finalmente el deudor se vea abocado a solicitar la declaración de concurso, suele provocar en numerosas ocasiones un perjuicio no sólo para el deudor, sino también para determinados acreedores -sobre todo financieros- que podrían ver sus créditos subordinados *ex* artículo 92 LC o sus garantías ser rescindidas *ex* artículo 71 LC.

Es en este momento donde debemos analizar cómo opera la exención de la subordinación de la SAREB. En el supuesto de que los créditos titularidad de SAREB contaran con una excepción tan amplia como la defendida por la primera tesis doctrinal, SAREB podría bloquear las negociaciones, *recte*, los acuerdos de refinanciación, ya que sus créditos quedarían blindados en cualquier situación (extraconcursal o concursalmente), a diferencia del resto de acreedores. Esta situación implicaría no sólo la desigualdad entre los acreedores en su posición negociadora, sino que perjudicaría en cualquier caso al deudor,

---

<sup>475</sup> El Profesor ILLESCAS ORTIZ, R.: “Los acuerdos de refinanciación y reestructuración”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A., PRENDES, P. (Dtores.): *La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia. Zaragoza 5 y 6 de mayo de 2011*, Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2011, p. 233 define el acuerdo de refinanciación como “un contrato celebrado entre un deudor financiado no concursado y una parte legalmente cualificada de sus financiadores con el objetivo de refinanciación y permitir así la continuidad de la actividad económica del deudor en el corto y medio plazo”, calificando dicho acuerdo de refinanciación (p. 234) como un elemento anticoncursal que intenta evitar la declaración del concurso de acreedores.

quien podría verse abocado, ante el fracaso del acuerdo de refinanciación y del plan de viabilidad propuesto, al concurso de acreedores.

En esta misma línea, otra posición doctrinal defiende que sólo “en las situaciones accionariales” se remueve el obstáculo para dispensar del carácter de subordinado al crédito transmitido a la SAREB. Por tanto, dicha excepción a la subordinación sólo tendría lugar cuando la transmitente fuese accionista significativo, accionista administrador, liquidador o apoderado general, accionista común de sociedades del grupo, sociedad del mismo grupo, siempre que no se haya transmitido el crédito con dicha calificación subordinada<sup>476</sup>.

Entendemos que esto es así, en cuanto que la Ley pretende remover la posible contaminación que hubieran podido sufrir determinados créditos, anteriormente titularidad de diferentes entidades financieras, que ahora son transmitidos a la SAREB. Esta hipotética contaminación llevada a cabo a partir de distintas actuaciones o participaciones accionariales de las entidades financieras transmitentes es independiente a la creación y existencia de la SAREB y no deben impedir la consecución del fin para el que esta fue constituida, por lo que en nuestra opinión, sólo en este caso, la exención a la subordinación quedaría justificado.

En los demás supuestos de subordinación no operaría dicha excepción, por lo que tampoco la misma afectaría a aquellas personas especialmente relacionadas que no sean accionistas, puesto que esta es la única condición que invoca el artículo 36.4 h) de la Ley 9/2012, debiendo tener presente en todo caso que al tratarse de una excepción a la norma no puede ser aplicada la analogía ni ser interpretada de manera extensiva.

A mayor abundamiento y a partir de la literalidad del precepto, esta excepción operaría plenamente respecto a los supuestos de subordinación por proximidad del acreedor con el deudor con los que SAREB pudiera tener vínculos susceptibles de subordinar dichos créditos, operando la excepción a la subordinación en estos casos “aun cuando la SAREB

---

<sup>476</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.: “Unidad legal, privilegios y preferencias concursales” en *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al profesor J. A. Gómez Segade*, 2013 en [www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1385382448es.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1385382448es.pdf), pp. 10-13

fuera accionista de la sociedad deudora”<sup>477</sup>. Por el contrario, se entendería no operativa dicha excepción para los supuestos del artículo 93.2.2º y 93.2.3º LC.

La jurisprudencia existente en relación a los supuestos anteriormente enunciados es escasa, pero, con base en ella, no sería infundada la deducción de que la balanza se inclina a favor de una interpretación restrictiva respecto a la extensión en la que opera la excepción de la subordinación referida (quedando esta incardinada *ex* artículo 92.5º LC).

En este sentido, el tercer fundamento jurídico de la sentencia de 12 de mayo de 2014 del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid (núm. rec. 762/2013, *Tol* 4482372) entiende que si bien de tales argumentos (los aportados por la demandante SAREB<sup>478</sup>) “puede obtenerse la conclusión de que nos encontramos ante una sociedad mercantil creada *ad hoc* por el Estado para la mera gestión separada de la titularidad de activos inmobiliarios deteriorados, de los créditos garantizados deteriorados, o de las garantías deterioradas de dichos créditos,

---

<sup>477</sup> Deberá estarse a los porcentajes de participación exigidos por el artículo 93.2.1º LC.

En este sentido, citamos el fundamento jurídico sexto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, 136/2015, de 30 de marzo (*Tol* 4841953) que manifiesta que “la doctrina más fundada admite que este carácter forzoso, *ex lege*, derivado del interés público en la reestructuración y resolución bancaria, y no el interés en extraer un activo de la esfera personal próxima al concursado y colocarla en manos de un tercero de apariencia más neutral respecto al deudor, es el que justifica la enervación de la presunción de especial relación con el deudor y, consiguientemente, de subordinación que el precepto establece. En definitiva, la presunción legal *iuris tantum* de fraude insita en la norma, en estos casos, queda desvirtuada. Por tanto, aun en el supuesto de estimar, que reiteramos no se estima, que la titular inicial de los derechos en litigio era una persona especialmente relacionada con el deudor, también ha de ser excluida la subordinación del crédito. Continúa este fundamento jurídico haciendo referencia a la normativa regulada en el artículo 36.4.h) de la Ley 9/2012 para proseguir que “la mayor parte de la doctrina ha estimado que esta normativa no es especial, sino excepcional, en cuanto llega a soluciones concursales distintas a las ordinarias fundada en la finalidad específica pretendida por la norma. En el presente caso, la regla general es la derogación de las normas de la subordinación de créditos en los supuestos en que los mismos concurren en la SAREB, pero especialmente en los supuestos del artículo 93.2 de la LC en cuanto los créditos transmitidos a la SAREB no serán calificados como subordinados en el marco de un eventual concurso del deudor. Incluso entiendo la doctrina más solvente que el inciso último de este párrafo se trata de una norma aclaratoria, ‘aún cuando la SAREB fuese accionistas de la sociedad deudora’. Pues ha de entenderse que aun dándose esta situación al tiempo de surgir el crédito, en supuestos como el que se invoca, tampoco será tratada como persona especialmente relacionada con el concursado. La única excepción a tal régimen excepcional –excepción de la excepción– viene dado en el supuesto de que ‘ya hubiese sido calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión’, en cuyo caso conservará tal calificación. Por tanto, ni con arreglo a la normativa concursal, no con arreglo a la excepción referida es posible considerar los créditos examinados como subordinados, con pelan estimación del recurso”.

<sup>478</sup> De tales argumentos SAREB entiende que “nos encontramos ante una sociedad mercantil creada por Ley, de titularidad directa e indirecta del Estado, que gestiona de modo indirecto intereses públicos estatales suponiendo una sociedad especial con proyecto empresarial único, específico, diseñado legalmente y tutelado por el Estado a cargo de los presupuestos generales del Estado y con el aval del Estado”

todo ello bajo la intervención, supervisión, control y apoyo financiero del Estado -y este con cargo a los presupuestos generales del Estado-, tales argumentos resultan irrelevantes para resolver sobre la calificación crediticia del crédito en sede concursal; y si bien es cierto que las distintas modificaciones legislativas de la citada Ley -realizadas, a los efectos que nos ocupan, por Ley 6/2013- pretenden favorecer y dar un tratamiento privilegiado a una sociedad que gestiona indirectamente intereses estatales, con la supervisión del Estado y con dinero público y avalado por el Estado, ello no debe interferir en la interpretación de los preceptos invocados, en cuanto sociedad mercantil sujeta a las normas generales de las sociedades de capital, salvo las específicas derivadas de la gestión indirecta del intereses públicos estatales”.

Por su parte, el fundamento jurídico quinto de dicha sentencia considera que “resulta de tal doctrina científica y jurisprudencial que si por voluntad de las partes contratantes en préstamo participativo de refinanciación de autorizó que el tramo L5 pudiera ser objeto de novación en préstamo participativo en todo o parte de su importe, a ello debe estarse en sede concursal; y si dicha conversión crediticia ordinaria en participativa se produce antes de la adquisición por la SAREB de dichos créditos y antes de la declaración concursal, resulta que lo adquirido por la demandante era un crédito postergado por propia voluntad contractual, sin que pueda alterar dicha naturaleza [-como viene a reconocer la reforma operada en el artículo 36 de la Ley 9/2012 por el Real Decreto-Ley 6/2013-] la posterior adquisición del crédito por la SAREB. No impide tal conclusión la alegada presencia en el objeto social de la demandante de intereses públicos afectantes a elementos tan sensibles como la estabilidad y solvencia del sistema financiero nacional; pues siendo ello cierto, en modo alguno desdibuja el principio de legalidad, pues siendo evidente que cuando el Legislador ha querido otorgar a la SAREB un trato privilegiado, exclusivo, único, protector y favorecedor de su posición crediticia [-en perjuicio de los demás acreedores concursales-] lo ha llevado copiosamente a la práctica, no lo es en el presente supuesto, pues la adquisición de un crédito contaminado por la demandante en modo alguno puede mejorar la calificación crediticia de lo que era subordinado en su origen”.

### C) LA EXTENSIÓN OBJETIVA Y SU EXCEPCIÓN

No obstante lo anterior, y como se ha anticipado anteriormente, existe una excepción a esta exención de la subordinación, cual es el hecho de que “ya”<sup>479</sup> hubiese sido calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión por parte de la entidad financiera a favor de SAREB.

En este caso, permanecería tal calificación, en el entendido de que dicha transmisión efectuada a favor de SAREB no provoca la sanación de los créditos que ya han sido calificados, de modo firme, como subordinados en el seno de un procedimiento concursal declarado, “no bastando por tanto a estos efectos las subordinaciones contractuales o por ministerio legal<sup>480</sup>”.

El fundamento jurídico primero de la sentencia 16/2015, de 21 de enero, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1ª (*Tol 4757738*) considera que “en el caso de autos, los créditos titularidad de la entidad financiera, fueron calificados como créditos subordinados en el informe de la administración concursal, sin que se presentara impugnación alguna a dicho informe, y es con posterioridad a la calificación, cuando dicha entidad transmitió los créditos precisamente con esa calificación de subordinados, al SAREB, conociendo ambas partes, transmitente y adquirente, tal circunstancia consistente en la calificación como subordinados, como quedó probado mediante la documental admitida en ambas instancias; circunstancia tenida en cuenta en la determinación del importe o valor de la transmisión, por todo lo cual, la consecuencia de ello es que los créditos en cuestión conservarán su calificación, al tratarse del supuesto contemplado en el inciso final del precepto de la Disposición Final Tercera del R. Dec-Ley 6/2013, de 22 de marzo, que añadió el apartado h) en el art. 36-4 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, a cuyo tenor, si ya hubiese sido

---

<sup>479</sup> La cursiva es mía. Para CARRASCO la inclusión del término “ya” puede implicar cuatro momentos: 1º) cuando nació el crédito en la entidad cedente a SAREB, 2º) cuando fue adquirido por SAREB, 3º) cuando es cedido al titular actual o incluso 4º) un momento posterior. *Vid.* CARRASCO PERERA, A.: “Nueva vuelta legislativa...” cit., pp. 1-3.

<sup>480</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: “Reestructuración financiera...” cit., p. 76.

calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión, conservará tal calificación, siendo este el precepto aplicable al caso de autos ”.

#### D) LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA EXCEPCIÓN

Además de delimitar la extensión objetiva de la excepción a la subordinación anteriormente referida, debe determinarse si dicha exención subordinatoria operaría sólo en un primer nivel, esto es, a partir de la transmisión *ex lege* de determinadas entidades a SAREB, o si por el contrario, operaría igualmente en la transmisión a terceros.

La respuesta a esta pregunta, siguiendo la finalidad y el interés general de la norma, podría indicar que dicha excepción debería igualmente beneficiar a quien adquiere esos créditos de SAREB, pues en caso contrario, la pretendida transmisión de la SAREB a un tercero no resultaría, en modo alguno, apetecible para posibles adquirentes, por lo que podrían producirse fuertes reticencias a la adquisición por parte de terceros de dichos activos, impidiendo, en último término, llevar a cabo la finalidad última de SAREB, esto es, “deshacerse” de los activos que determinadas entidades financieras la transmitieron, pudiendo afirmar en esta línea que la excepción a la subordinación es inherente a los propios créditos transmitidos y no a SAREB en cuando sociedad anónima.

Podríamos concluir afirmando que la re-subordinación no podría darse cuando la condición de persona especialmente relacionada sea adquirida por el cesionario de SAREB con posterioridad a dicha cesión. En este mismo sentido, el hecho de que el tercer adquirente (cesionario de SAREB) sea accionista significativo en el momento en que SAREB le transmite el crédito, pero no en el momento en que nació dicho crédito (esto es, en la cedente original) implicaría que ese crédito no quedaría subordinado, puesto que la condición de persona especialmente relacionada ha de existir, en este supuesto, en el momento de nacimiento del crédito.

Respecto a la subordinación de los administradores, liquidadores y apoderados generales habrá de estarse a que el adquirente final haya ostentado dicho cargo en el momento del

concurso o en los dos años anteriores a este, supuesto en el que vería subordinado su crédito (y ello con independencia de que en el momento que adquiriera de la SAREB no ostente dicho cargo). Será indiferente, que el tercer adquirente o cesionario de SAREB mantenga dicho cargo en el momento en que adquiriera de la SAREB, si ostenta dicho cargo a partir de la declaración de concurso; en este último caso, el cesionario de SAREB no verá su crédito subordinado.

En relación al supuesto del artículo 93.2.2º LC, este resulta de una mayor complejidad en cuanto que la norma no establece el momento al que debe estarse para proceder a la subordinación de los créditos de las sociedades (y sus socios comunes) que formen parte del grupo de la concursada. En este caso entonces, surge la duda respecto si ha de estarse al momento en el que forman grupo o al momento de nacimiento del crédito. En el supuesto de que la concursada forme junto a otras mercantiles (y sus socios comunes) el mismo grupo, no se subordinará el crédito si, por ejemplo, una empresa del grupo de la concursada no era titular de dicho crédito con anterioridad al concurso y no formaba parte del grupo hasta después de la declaración de concurso, condición esta que mantiene cuando adquiere de manos de la SAREB. Por el contrario, si formaba parte del grupo con anterioridad al concurso de acreedores, pero después del nacimiento del crédito y forma grupo cuando adquiere de SAREB, se entiende que su crédito sí quedaría subordinado<sup>481</sup>.

Por último, el artículo 93.3 LC presume (salvo prueba en contrario) persona especialmente relacionada con el concursado a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a las personas relacionadas en los apartados 1 y 2 del artículo 93 LC, siempre que dicha adquisición se hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. En este supuesto, entendemos que si el tercero, adquirente final de SAREB, no era con anterioridad *insider* en los términos anteriormente referidos, su crédito no resultaría subordinado, en cuanto que habría adquirido el mismo de SAREB y esta no tendría la condición de persona especialmente relacionada con el concursado.

---

<sup>481</sup> CARRASCO PERERA, A.: “Nueva vuelta legislativa...” cit., pp. 2-3.

Como consecuencia, resultarán beneficiados de esta excepción a la subordinación los adquirentes de activos titularidad de la SAREB por cualquier título y no sólo los cesionarios convencionales<sup>482</sup>.

#### E) ESPECIAL REFERENCIA A LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.

A partir de la intervención en el tráfico jurídico mercantil de la SAREB, y de su presencia como acreedora en numerosos acuerdos de refinanciación, se hacía necesario que esta pudiera intervenir en dichos procesos o acuerdos como una acreedora de pasivos financieros, pudiendo intervenir en la propuesta de soluciones adoptada por las partes interesadas. Para ello, tuvo que modificarse la Ley Concursal en lo relativo a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación regulados en la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.

Si bien los acuerdos de refinanciación previos al concurso de acreedores no presentaban mayor problema -el artículo 71 LC hacía referencia a “aquellos acreedores cuyo pasivo fuera (...)”-, la problemática residía en la homologación judicial de estos acuerdos de refinanciación, ya que esta requería, no sólo que el acuerdo cumpliera las condiciones previstas en el 71.6 LC (actualmente derogado), sino que dicho acuerdo hubiera sido suscrito por acreedores que representaran, al menos, el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de las entidades financieras. La norma preveía que los efectos de dicha homologación judicial se extenderían a las entidades financieras disidentes sin garantía real. Como se puede observar, en dicho precepto no tenía cabida la participación de SAREB, en cuanto a su condición de sociedad anónima, diferente a una entidad financiera.

Para posibilitar la intervención a SAREB en dichos procesos de homologación judicial, el Real decreto ley 4/2014, de 7 de marzo, modifica dicha disposición adicional cuarta de la

---

<sup>482</sup> *Vid.* CARRASCO PERERA, A.: “Nueva vuelta legislativa...” cit., p. 1 ejemplifica esta afirmación a partir de un acreedor posterior que paga el crédito preferente de SAREB o incluso para la entidad que eventualmente pudiera absorber a la SAREB.

Ley Concursal haciendo mención a “aquellos acreedores que representen al menos el cincuenta y uno por ciento de los pasivos financieros y reúnan las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2º y 3º de la letra b) del apartado 1 artículo 71 bis”, quedando definido en la nueva redacción de dicha disposición adicional el concepto de pasivos financieros como aquellos “titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera”; quedan excluidos los acreedores por operaciones comerciales y los pasivos de derecho público. Los efectos de los referidos acuerdos de refinanciación homologados judicialmente podrán extenderse (siempre que se cumplan las mayorías estipuladas en la norma) a los acreedores de pasivos financieros disidentes (a diferencia de la regulación anterior en la que sólo se hacía referencia a la extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación a las entidades financieras disidentes).

A partir de ese momento, SAREB resulta ser un actora más en los acuerdos de refinanciación de los deudores, pudiendo de este modo llegar a acuerdos con el resto de acreedores de pasivos financieros en aras a maximizar la posible recuperación de las cantidades prestadas a dichos deudores.

#### F) LA DEROGACIÓN PARCIAL DE LA LEY 9/2012

La promulgación de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de créditos y empresas de servicios de inversión trae consigo la derogación de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, salvo sus disposiciones modificativas de otras normas y las disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta, sexta a decimotercera, decimoquinta, decimoséptima, decimoctava y vigésima primera.

El legislador manifiesta que la Ley 11/2015 representa una continuidad respecto a la Ley 9/2012, a la que parcialmente deroga y que se asienta sobre idénticos principios, por lo que deberá entenderse la misma, en consecuencia, como un instrumento que, al tiempo que refunde toda la regulación, completa el derecho previo en aquellas áreas del Derecho de la

Unión Europea que aún no estaban incorporadas a nuestro ordenamiento. En esto justifica el legislador su opción por la derogación de la Ley previa, en lugar de su modificación, a fin de mejorar la sistemática y claridad de las normas financieras. En nuestra opinión, el resultado obtenido a partir de la técnica de la derogación parcial empleada no contribuye precisamente a esa sistematicidad pretendida por el legislador.

Como resultado de la derogación parcial de la norma anterior, el artículo 36.4 de la Ley 9/2012 queda derogado en su totalidad y con él las especiales particularidades que la transmisión de activos a favor de la SAREB debían contener, entre ellas, la excepción de la subordinación. Si bien la Ley 9/2012 continuará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2015, no es menos cierto que a partir de dicha fecha, no será de aplicación el referido artículo 36.4 h), en el bien entendido de que ya se ha materializado la total transmisión de créditos y de activos a la SAREB.

Tras la derogación parcial de la Ley 9/2012, y en concreto, del artículo 36.4 de la misma, podría interpretarse que, a partir de la situación y ratios existentes en las entidades financieras españolas no está previsto la transmisión de más créditos y activos a SAREB, entendiendo por parte del Banco de España y del FROB que no existe, en la actualidad, ninguna entidad financiera con el ratio de solvencia financiera por debajo del mínimo requerido.

No obstante, podría pensarse que a partir de este momento y hasta la extinción de la Sociedad de Gestión de Activos pudieran surgir nuevas necesidades de solvencia financiera y equilibrio patrimonial por parte de algunas entidades financieras, con la consiguiente necesidad de transmitir “activos tóxicos” a SAREB (como ya hemos podido comprobar, los escenarios macroeconómicos pueden variar sustancialmente y de hecho son procíclicos). Ante estas potenciales necesidades de recuperar determinados ratios de solvencia financiera, la Ley 11/2015 ha previsto medidas preventivas o de actuación temprana que podrán actuar como barrera y mecanismos de prevención para impedir que una entidad financiera pueda llegar a contar con ratios de solvencia y liquidez inadecuados, a la vez que insuficientes.

## **SEGUNDA PARTE**

## **CAPÍTULO IV. LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR**

La Ley Concursal delimita las “personas especialmente relacionadas con el concursado” a partir de la distinción entre persona natural y jurídica, y la inclusión dentro de dicha categoría de los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas incluidas en las listas anteriores, a partir de una presunción *iuris tantum* y siempre que la adquisición se hubiera producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (artículo 93.3. LC).

En términos generales y con la excepción de determinadas matizaciones realizadas en la determinación de las personas especialmente relacionadas con el concursado *ex* artículo 93 LC, los supuestos previstos inicialmente se han mantenido prácticamente intactos hasta el Real decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, en el que los supuestos originariamente previstos se han ampliado en cuanto que en virtud de dicha reforma, se considerarán personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural, no sólo las personas físicas que la redacción original de la Ley Concursal incluyó en el artículo 93.1 LC, sino que ahora, serán considerados personas especialmente relacionadas a estos efectos, las personas jurídicas controladas por el concursado, o por las personas de los supuestos 1º, 2º y 3º del artículo 93.1 LC, o sus administradores de hecho o de derecho; las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas y las personas descritas en el artículo 93 sean administradores de hecho o de derecho, superando la primitiva redacción de dicho artículo 93.1 LC<sup>483</sup>.

---

<sup>483</sup> En este sentido, *vid.* PULGAR EZQUERRA, J.: “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto Ley 11/2014, de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *La Ley* núm. 8391, de 3 de octubre de 2014, p. 6 en el que se hace referencia a la manifestación en el ámbito concursal de la disociación entre propiedad (socios) y control (dirección, gestión, toma de decisiones).

A continuación procederemos a examinar los supuestos concretos de personas especialmente relacionadas con el deudor, utilizando para ello la sistemática que el legislador ha empleado en la redacción de este artículo 93 LC.

## **SECCIÓN 1ª. Concursado persona natural**

Artículo 93.1: *“Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:*

1. *El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.*
2. *Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.*
3. *Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.*
4. *Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio.*
5. *Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.*
6. *Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho<sup>484</sup>.*

---

<sup>484</sup> Supuestos cuarto, quinto y sexto adicionados por el apartado 2 del número uno del artículo único del Real decreto ley 11/2014, de 5 septiembre, de medidas urgente en materia concursal.

## **I. ELEMENTOS COMUNES A LA SUBORDINACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO PERSONA NATURAL.**

En el supuesto de que el concursado sea una persona natural merecerán la consideración de personas especialmente relacionadas con este deudor (según el criterio legal utilizado en el artículo 93 LC), el cónyuge -o persona con igual grado de afectividad- del deudor, ciertas personas o parientes tanto por vía consanguínea como de afinidad de aquel, así como aquellas personas jurídicas controladas por el concursado o por su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges de estos, o sus administradores de hecho o de derecho, así como las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas y las personas jurídicas de las que los señalados en el artículo 93.1 LC sean administradores de hecho o de derecho.

La redacción primigenia del artículo 93 LC consideró personas vinculadas especialmente con el concursado exclusivamente a aquellas pertenecientes o integrantes de su *núcleo familiar*. La redacción originaria de este párrafo primero del artículo 93 (supuestos 1º, 2º y 3º) tradicionalmente ha sido objeto de numerosas críticas, teniendo en cuenta que la amplitud que se desprende del artículo 93.1 LC pudiera tener su origen en motivos socioculturales, basados en el concepto de familia existente en nuestro país a diferencia del arraigado en el derecho comparado. Sin embargo, en la medida que los tiempos cambian, lo hace la sociedad y como resultado de ello, se va dejando atrás el concepto de familia romana en la que el *pater familias* se encontraba en la cúspide del orden familiar. Por ello, la crítica al listado tan amplio<sup>485</sup> que la Ley Concursal elabora respecto a los familiares del concursado, que verán, en todo caso, subordinados sus créditos al ser considerados *insiders*

---

<sup>485</sup> IGLESIAS PRADA, J. L., VAQUERIZO ALONSO, A.: “Sobre la subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* T IV cit., p. 3737.

Igualmente GONZÁLEZ BILBAO, E.: “Formación de...” cit., p. 1599 cree exagerado el trato de las personas cercanas al deudor e incluso cuestiona su constitucionalidad, pues se dictan presunciones *iuris et de iure*, y podría ser suficiente para probar el perjuicio con las acciones de reintegración. Es decir, propone un sistema de acciones rescisorias cuando hubiera existido el perjuicio.

o concedores de la situación financiera del deudor a fin de proteger a los acreedores externos frente a los internos al presuponer que actúan de modo dudoso.

Pudiera resultar injusto en esta enumeración del núcleo familiar (teniendo en cuenta que la misma queda establecida por criterios de proximidad afectiva o familiar), no hacer referencia a otras personas del círculo íntimo del concursado, no sólo familiar, sino también de amistad, habiendo quedado estos últimos fuera de dicha subordinación al tratarse de una lista cerrada las personas detalladas en dicho artículo 93.1 LC. Resulta en cierto punto extraño y criticable tanto la determinación de un número cerrado de personas identificadas por el legislador, como la ausencia de otras con análoga relación de afectividad.

## **II. CÓNYUGE, PAREJA DE HECHO O CONVIVENCIA ANÁLOGA A ESTA O HABITUAL. PENSIÓN COMPENSATORIA**

El artículo 93.1 LC abarca, como primer grupo de personas consideradas de especial vinculación con el concursado, un amplio grupo de personas que por motivos de convivencia con el concursado pudieran ser considerados *insiders*. En este grupo se enmarca el cónyuge o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita<sup>486</sup> o aquellas personas que convivan *more uxorio* con el concursado o hubieran convivido habitualmente con este dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

En los textos prelegislativos, la referencia que se realizaba respecto a las “personas que convivan con análoga relación de afectividad” con el concursado, se encontraba ubicado en el epígrafe número 4 del precepto, es decir, en último lugar tras el cónyuge, los familiares de este último y los familiares del concursado referidos con anterioridad, por lo que no resultaban vinculadas especialmente al deudor, a tenor de dicho precepto, los familiares de quienes convivieran *more uxorio* con el concursado. La cláusula de cierre que contempla

---

<sup>486</sup> A estos efectos, entendemos que si en este punto se trae a colación el artículo 6.2.2º LC en el que se indica que si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, así como el régimen económico matrimonial existente, parecería que el concursado podría, sin grandes dificultades, en el caso de una convivencia marital “ocultar” la existencia de una pareja a tales efectos.

“los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior” no alcanzaba a las relaciones afectivas análogas al matrimonio. En consecuencia, los ascendientes, descendientes y hermanos de la persona que conviviera *more uxorio* con el concursado no quedaban especialmente vinculados a este<sup>487</sup>. Finalmente, en la redacción de la Ley 22/2003 se decidió incluir este tipo de relaciones de análoga afectividad junto al cónyuge -en el primer supuesto-, de manera que los familiares de estos últimos pudieran ser, también, considerados como personas especialmente relacionadas *ex artículo 92.5º LC*. La reforma introducida por la Ley 38/2011 incluyó en este supuesto a las parejas de hecho inscritas, debiendo tener en cuenta las diferentes normativas autonómicas existentes en relación a esta materia.

Si la *ratio* de la subordinación de este precepto es el conocimiento que pudieran tener estas personas de la insolvencia del concursado, la determinación de las personas físicas que pudieran mantener una relación afectiva con este debería quedar contemplada con independencia de su vínculo legal, y por ende afectar a cualquier relación análoga de afectividad, con independencia del sexo<sup>488</sup>, y sin tener que recurrir exclusivamente al vínculo matrimonial para determinar que sólo el cónyuge del concursado (o quien pudiera haberlo sido en los dos años anteriores al concurso) pudiera gozar, por motivo de dicha cercanía con el deudor, de una mejor situación o de una situación privilegiada respecto a los acreedores externos del mismo.

El artículo 93.1.1º LC no sólo apunta al cónyuge o a la persona con quien conviva con igual o análoga relación de afectividad con el concursado como personas especialmente vinculadas a él, sino también a quien lo hubiera sido durante los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin distinguir si el cónyuge se encuentra divorciado, separado de hecho, de derecho o si su matrimonio hubiera sido declarado nulo<sup>489</sup> (siempre, claro está,

---

<sup>487</sup> Resulta de interés el epígrafe que FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 397-402 dedica a los elementos controvertidos de las uniones de hecho.

<sup>488</sup> GARRIDO J. M.: “Comentarios al artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I, cit., p. 1676.

<sup>489</sup> Para PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Los créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., p. 693 a pesar de que los efectos de la nulidad matrimonial son *ex tunc*, no puede negarse que el momento en el que nació el crédito existía una relación afectiva.

que nos encontremos dentro del período de los dos años anteriores a la declaración del concurso).

La intención del legislador es clara, no le interesa quién conviviera con el concursado en el momento en el que nace el crédito o cuando es declarado el concurso. Extiende la sombra de la subordinación automática *ex* artículo 92.5º LC al período sospechoso de los dos años anteriores a la declaración del concurso a quienes hubieran convivido *more uxorio* con el concursado o hubieran convivido constante matrimonio durante ese período. De este modo, el crédito que mantuviera un excónyuge con el concursado, pero que se divorció<sup>490</sup> de este un año antes de la declaración de concurso quedaría igualmente subordinado, pues la norma considera que dicho excónyuge fue cónyuge en algún momento durante el período sospechoso y como tal, pudo tener conocimiento en ese período de la insolvencia del ahora concursado. En este mismo sentido, el crédito de quien se hubiera divorciado del concursado en un período superior a los dos años referidos, no sufriría la subordinación por este motivo.

En consecuencia y en relación al momento al que ha de atenderse para poder determinar la existencia de la relación familiar descrita en el primer supuesto del artículo 93.1 LC, resulta indistinto que este no lo sea en el momento de declaración del concurso, al igual que resulta irrelevante que se encuentren separados de hecho, de derecho, así como su divorcio o nulidad, salvo que estas se hayan declarado con anterioridad de dos años a la apertura o declaración del concurso. Es decir, a pesar de que en el momento de declararse el concurso, el cónyuge se encuentre divorciado, o haya obtenido la nulidad de su vínculo matrimonial, es indiscutible que pudieran haberse realizado conductas fraudulentas por parte del mismo,

---

En contra FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...cit.*, pp. 369-370 quien considera que debido a los efectos de la nulidad matrimonial no se debe aplicar al artículo 93.1.1º. LC lo que implicará que dicho crédito sea calificado según su naturaleza y no resulte subordinado. Una postura similar defiende PRENDES CARRIL, P.: “Comentario al artículo 93 LC”, en PRENDES CARRIL, P. (Dtor.): *Tratado práctico...Tomo III cit.*, p. 815 para quien si la sentencia de nulidad ha recaído durante el período de los dos años anteriores al concurso y el matrimonio se hubiera producido antes de esos dos años, el crédito no sería subordinado, aunque advierte, eso sí, de que deberá estarse a las situaciones en las que a pesar de que esta sentencia de nulidad haya recaído en el período de los dos años anteriores al concurso hubiera podido existir convivencia con análoga relación de afectividad al matrimonio, en cuyo caso, los créditos serían subordinados por tal motivo.

<sup>490</sup> Entendiendo a estos efectos, sentencia firme de divorcio.

durante el período que la Ley considera “sospechoso” y que se extiende durante los dos años anteriores a la declaración de concurso<sup>491</sup>.

Ha de tenerse en cuenta, por último, que la norma no exige un requisito de duración mínima de la convivencia análoga o habitual, a diferencia de otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, bastando simplemente que la misma haya existido. Entendemos que la falta de indicación respecto a la duración determinada de la convivencia habitual con el concursado resulta de un intento por parte del legislador de recoger en la norma cualquier supuesto de convivencia *more uxorio*, por lo que intenta abarcar incluso el supuesto de “convivencia habitual”, pero entendemos que la misma quedaría incardinada en la convivencia con relación de afectividad<sup>492</sup>.

A diferencia de lo que sucede con el derecho de alimentos regulado en el artículo 47 LC, que ha sido excepcionado de la subordinación *ex* artículo 92.5 LC a partir del Real decreto ley 1/2015, de 27 de febrero<sup>493</sup>, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, nada dice la Ley Concursal a este respecto, por lo que en principio pudiera parecer que dichas pensiones compensatorias se encuentran excluidas del trato que goza la pensión de alimentos, y por tanto, habrán de ser calificadas como créditos subordinados.

Entendemos que para determinar si estamos ante un crédito subordinado o no debe atenderse a la naturaleza jurídica de la pensión que un cónyuge devenga a favor del otro. Para la mayoría de la doctrina<sup>494</sup> estaríamos ante una pensión que intenta indemnizar a la

---

<sup>491</sup> En este sentido, GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 93 LC”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1676.

<sup>492</sup> Para LOBATO CORDERO, E.: “Comentarios al artículo 93”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1104 la referencia a convivencia habitual lo es a la convivencia con relación de afectividad. De la misma opinión se muestra PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., en CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E.: *El derecho...* cit., p. 693 y ÁVILA, A.: “Las personas especialmente relacionadas”, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo II cit., p. 2216.

<sup>493</sup> Los alimentos fijados a partir de resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso del deudor, se harán efectivos con cargo a la masa en la cuantía que determine el juez del concurso; el resto de cantidades serían calificadas como ordinarias *ex* artículo 47.2 *in fine* LC.

<sup>494</sup> De esta opinión se muestran entre otros, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia y de la persona. Efectos y medidas de la ruptura conyugal*, Tomo 6, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p.

otra parte por la merma económica que la ruptura del vínculo matrimonial ha podido generar como un desequilibrio patrimonial. Mientras, para otro sector doctrinal<sup>495</sup> estas pensiones son equiparables a las de alimentos, pues atienden las necesidades vitales del excónyuge. En este último sentido, la pensión compensatoria debería ser tratada del mismo modo que la pensión de alimentos y como tal ser considerada como crédito contra la masa (no somos escépticos ante los supuestos fraudes que pudieran tener lugar a partir de la consideración de esta pensión como de alimentos a los efectos de ser considerada como crédito contra la masa)<sup>496</sup>.

---

así como MORENO QUESADA, B.: “La disolución del matrimonio y medidas y efectos comunes”, en SÁNCHEZ CALERO, F. J. : *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 114-115, así como GIL MIQUEO, J.: “El convenio regulador”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.): *Derecho de familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 357. En contra de esta configuración indemnizatoria se muestra HAZA DÍAZ, P.: *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 1989, p. 15.

<sup>495</sup> Para PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Los créditos...” cit., en CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., p. 694 estas pensiones no tienen naturaleza alimenticia, pero puesto que se trata de una prestación impuesta en una resolución judicial “ello debería resultar bastante para excluir toda sospecha de fraude”.

<sup>496</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Jurisdicción de lo Social, de 30 de enero de 2014 (núm. rec. 991/2012, Tol 4184084) en su fundamento jurídico segundo repasa las diferencias y similitudes que pudieran existir respecto de la pensión compensatoria y de alimentos: “Tal consideración justificaba que en la primera de las sentencias citadas, la STS/4ª de 14 febrero de 2012 (rcud. 1114/2011), se denegara la prestación porque lo que en aquel caso se había fijado era una pensión de alimentos para los hijos. Sostuvimos, pues, que la pensión compensatoria no podía confundirse con otra cosa, como era esa pensión de alimentos en favor de los descendientes. Acudíamos así a la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª (Civil) de este Tribunal Supremo, que había establecido claramente las diferencias existentes, tanto en el concepto como en la finalidad, entre la pensión compensatoria que regula el art. 97 CC y la pensión alimenticia entre parientes regulada en el art. 142 y ss. del mismo (así, por todas la STS/1ª de 10 de octubre de 2008, rec. 839/2008). Ahora bien, como hemos puesto de relieve en la STS/4ª de 29 de enero de 2014 (rcud. 743/2013), deliberada y votada por este mismo Pleno, en muchas ocasiones se constata que los conceptos de las prestaciones económicas que se satisfacen como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial mediante decisión judicial generan confusión al identificarlos, particularmente desde esta óptica de la pensión de viudedad, dada la remisión hecha por el legislador. En la atribución de las prestaciones que uno de los cónyuges satisface al otro tras la ruptura tal confusión surge especialmente cuando existen hijos a los que, sin duda, ha de satisfacerse pensión de alimentos. Y ello porque la atribución del cuidado de los hijos al otro progenitor provoca que la pensión en favor de los hijos se entregue a aquel con el que permanecen, incluyendo, por tanto, la compensación por los gastos que ello genera. En este sentido, las cargas que se derivan, por ejemplo, de la utilización de la vivienda forman parte del concepto de alimentos a favor de los hijos y no de la pensión compensatoria al ex cónyuge, aunque este habite en ella. La realidad demuestra que, mientras las pensiones para el sustento de los hijos constituyen la regla habitual, la pensión compensatoria a la que se refiere el art. 97 CC exige la ponderación de circunstancias mucho más sutiles y, por ello, no sigue una tónica de automaticidad. Como establece la STS/1ª (Pleno) de 19 enero 2010 (rec. 52/2006) - en doctrina seguida por las STS/1ª de 14 abril 2011 (rec. 701/2007), 25 noviembre 2011, 4 diciembre 2012 y 17 mayo 2013 -, la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que pueda producir la convivencia recaiga solo sobre uno de los cónyuges, y para ello se ha de tener en consideración lo que haya ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación ala familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido desequilibrio que genera posibilidades de

Como una buena alternativa que podría facilitar en gran medida la calificación de los créditos que traen causa en una pensión compensatoria, y puesto que la Ley Concursal no exceptúa de subordinación esta pensión compensatoria, estaría la especificación en la sentencia de divorcio respecto a qué cantidades de la misma se destinan a necesidades vitales, o en caso contrario, que dichas necesidades sean justificadas a la administración concursal para que las mismas puedan ser tratadas como una pensión de alimentos y así poder evitar situaciones injustas<sup>497</sup>.

Por último, y en el supuesto en que la extinción del vínculo matrimonial (entendemos que se extiende este mismo supuesto a la convivencia *more uxorio*) sea provocada por fallecimiento, la subordinación crediticia ex artículo 92.5º LC opera del mismo modo con los herederos.

### **III. LOS FAMILIARES DEL CONCURSADO, ASÍ COMO SU CÓNYUGES**

En el artículo 93.1.2º LC se mencionan los familiares del concursado como personas especialmente relacionadas con él, por lo que los créditos de los mismos serán subordinados legalmente por este motivo. La Ley no especifica ni determina hasta qué grado debe considerarse persona especialmente relacionada, de ahí quizá la desmesura de la norma que no establece límite alguno en consanguinidad.

---

compensación (tesis subjetiva). Efectivamente, la pensión compensatoria ha de distinguirse con la pensión de alimentos, pues la primera no está basada en la concurrencia de necesidad, sino que trata de solucionar el desequilibrio tras una ruptura matrimonial en los términos indicados (STS/1ª de 10 marzo 2009 - rec. 1541/2003 - y 9 de febrero de 2010 -rec. 501/2006). La prestación de alimentos requiere, en el caso del divorcio, de una atribución expresa en el momento de la ruptura del vínculo, pues la obligación de prestar alimentos entre cónyuges viene determinada por razón del parentesco establecido entre esposos y está ligada al vínculo matrimonial. La pérdida de la condición de esposos supone la extinción de la obligación, salvo que haya habido un contrato entre las partes. Hay ahí un elemento de diferenciación importante con la pensión compensatoria que, precisamente, surge, en su caso, cuando se ha producido la ruptura de la convivencia o del vínculo matrimonial, sin que la pensión compensatoria venga a sustituir a la pensión de alimentos (STS/1ª de 10 marzo 2009 - rec. 1541/2003 -)”.’

La sentencia del Tribunal Supremo 864/2010, de 19 de enero de 2010 (Tol 1790759) diferencia entre la pensión compensatoria y la de alimentos al cónyuge manifestando que la primera no es un mecanismo indemnizatorio y admitiendo la compatibilidad entre ambas figuras. *Vid.* en el mismo sentido, la sentencia 345/2012, de la Audiencia Provincial de Salamanca de 20 de junio (Tol 2589591).

<sup>497</sup> En este sentido, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 379-383.

En cuanto a los parientes consaguíneos y de afinidad, la norma extiende su relación de *insiders* con independencia del grado de parentesco, pudiendo quedar afectados *ex* artículo 93.1.2º LC “todos los familiares en línea directa y hermanos”. Igualmente se acogen para estos supuestos, siguiendo el artículo 108 Cc los parentescos por adopción<sup>498</sup>.

Además de los familiares indicados, según el párrafo 3º del artículo 93.1 LC se incluyen nueras, cuñados y yernos del concursado, al igual que padrastrós y madrastras, pero al no ser incluidas “personas de análoga relación de afectividad” a estas, tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas los cónyuges de ascendientes, descendientes y hermanos del concursado, pero no sus parejas de hecho o personas con las que conviva en situación de afectividad análoga.

El artículo 93.1.3º LC destaca por resultar especialmente extraño en su redacción al considerar como personas especialmente relacionadas a “los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado”. La única opción, más o menos “razonable” que pudiera derivarse de la lectura de este precepto sería que, en un intento por sistematizar la multitud de supuestos que pudieran acaecer en las vicisitudes familiares, se hubieran incluido otras nupcias y no sólo la primera que ya hubiera quedado, por tanto, contemplada en los párrafos anteriores. Por tanto, y teniendo en cuenta que en principio, esta enumeración no tendría demasiada lógica ya que los cónyuges de los familiares mencionados estarían incluidos anteriormente, pudiera resultar salvable este supuesto si tenemos en cuenta que quizá la voluntad del legislador hubiera pretendido recoger otras situaciones de estado civil, tales como segundas, terceras, y sucesivas nupcias.<sup>499</sup>

Como se ha comentado anteriormente, no parece lógico que, en la actualidad, la lista de familiares especificados en el artículo 93 LC tales como ascendientes, descendientes, hermanos, así como los cónyuges de estos tengan por qué conocer la situación económico

---

<sup>498</sup> GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit. p. 1676.

<sup>499</sup> En este sentido, ALONSO LEDESMA, “Comentarios al artículo 93 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación...* Tomo I cit., p. 933.

financiera del concursado<sup>500</sup>. Y en el caso de que lo conocieren, no resulta del todo justo que aquellos familiares que pretenden ayudar económicamente al ahora concursado sólo por ese hecho de ayudar, y sin quedar demostrado el perjuicio al resto de acreedores, deban de ser castigados con la subordinación de su crédito, resultando, además, este castigo más severo en el supuesto de que hubieran obtenido garantía real para el aseguramiento de su crédito, pues dichas garantías podrán ser canceladas por mandamiento judicial al registro pertinente, según el artículo 97.2 LC.

No obstante, reiteramos que el legislador, tomando como presupuesto de partida la presunta actitud perjudicial y fraudulenta de las personas especialmente relacionadas con el concursado, generaliza la indefectible consecuencia de que los créditos de dichas personas serán calificados como subordinados; mientras que, como ocurre con la impugnación de otros actos o negocios jurídicos perjudiciales para la masa de acreedores, bien se pudiera haber acudido a presunciones *iuris tantum*, que permitieran valorar las circunstancias que rodean al crédito a subordinar.

La consecuencia legal de esta subordinación será la sanción legal por partida doble. En primer lugar, con la postergación legal de su crédito y en segundo lugar, y si fuera el caso, con la penalización adicional de la pérdida de garantías de sus créditos.

En nuestra opinión, esta penalización no tendrá otra finalidad que la de disuadir a dichas personas especialmente relacionadas con el deudor para que no intenten beneficiarse de su posición de información privilegiada, evitando dejar así una menor masa activa a los acreedores ordinarios.

El legislador, influenciado por la tradición, así como por las presunciones *iuris et de iure* que se recogen en el Código civil en relación a la acción en fraude de acreedores, ha querido evitar por todos los medios que determinadas personas, por el hecho de mantener una posición de información privilegiada, puedan utilizar la misma en detrimento de otros

---

<sup>500</sup> La doctrina prácticamente de modo unánime así los considera. En este sentido, por ejemplo, *vid.*, GARRIDO, J. M.: “La graduación...” cit., p. 241, consideran excesivamente amplio este listado de familiares del artículo 93 LC.

acreedores, burlando así el principio de igualdad de los mismos, y beneficiándose de mejores garantías para el cobro de su crédito. Y es que, a pesar de que esta opción, en principio, nos parece acertada, correcta y equitativa, no lo es el modo desmedido en que se ha materializado.

#### **IV. EL MOMENTO TEMPORAL**

En relación al aspecto temporal al que debe atenderse para considerar subordinados los créditos de las personas enumeradas en los epígrafes 93.1.2º y 93.1.3º LC<sup>501</sup>, nada se indica respecto al primero de ellos, puesto que por razones obvias (ascendientes, descendientes y hermanos) se trata de vínculos permanentes e indelebles que no obedecen a presupuestos temporales.

No sucede lo mismo en relación con el supuesto tercero del artículo 93.1 LC. Si bien en este caso nada indica la norma, es evidente que no estamos en el supuesto anterior, ya que en este caso los vínculos pueden extinguirse y no tienen por qué ser duraderos en el tiempo. Entendemos en este caso, que deberá atenderse, por similitud con el supuesto primero del artículo 93.1 LC, a quién haya sido cónyuge de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado “dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso”.

Consideramos este planteamiento temporal asumible en cuanto que resultaría un tanto injusto que un acreedor por el hecho de pertenecer durante el período sospechoso al círculo familiar del deudor, pero que al tiempo de ser declarado el concurso ya no lo fuera, no viera su crédito subordinado, cuando quizá la finalidad que mantuvo el origen de dicho crédito tuviera connotaciones fraudulentas.

---

<sup>501</sup> Como ya se ha indicado anteriormente, serán personas especialmente relacionadas con el concursado *ex* artículo 93.1.1º LC el cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

De lo contrario, podríamos estar ante una situación en la que el cónyuge de un descendiente se hubiera beneficiado de su posición de *insider* habiendo posteriormente dejado de pertenecer a la familia del deudor concursado en un tiempo no superior a los dos años anteriores a la declaración del concurso: ¿no debería ser calificada como persona relacionada con el concursado? Parece, desde luego, que sí, por un criterio lógico y de seguridad jurídica marcado por la existencia establecida en la Ley Concursal de un período sospechoso de dos años de duración anteriores a la declaración del concurso de acreedores, máxime además, cuando el artículo 93.3 LC extiende sus efectos calificativos en la cesión de créditos a los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Por todo ello, será necesario atender no sólo al criterio temporal de la declaración del concurso, sino también a la existencia de dichos lazos familiares durante el período sospechoso<sup>502</sup>.

## **V. LOS SUPUESTOS 4º, 5º Y 6º DEL ARTÍCULO 93.1 LC**

Con el Real decreto ley 11/2014, de 5 de septiembre, el espectro de los tres supuestos de personas especialmente relacionadas con el concursado (persona natural) originariamente incluidos en el artículo 93.1 LC se amplían para acoger los supuestos cuarto, quinto y sexto del artículo 93.1 LC.

A partir de ese momento, padecerán también la consideración de personas especialmente relacionadas *ex* artículo 93.1 LC, aquellas personas jurídicas controladas por el concursado o por su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges de estos, o sus administradores de hecho o de derecho, así como las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas y las personas jurídicas de las que los señalados en el artículo 93.1 LC sean administradores de hecho o de derecho.

---

<sup>502</sup> En este sentido, GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 93 LC”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1674.

La finalidad de la ampliación del círculo de las personas con especial vinculación con el concursado fue evitar posibles situaciones fraudulentas que se producían en aquellos supuestos en los que en determinadas sociedades (sobre todo sociedades familiares) existía una persona natural (de las descritas en los supuestos 1º, 2º y 3º del artículo 93.1 LC) que no era considerado como persona especialmente relacionada con el concursado, no resultando, en consecuencia, sus créditos subordinados por este concepto<sup>503</sup>, y ello aunque su conducta hubiera sido la propia de una persona que en virtud de la cercanía y conocimiento de la empresa hubiera adoptado una determinada actuación.

A diferencia de las críticas que recibió y que recibe (por los motivos expuestos con anterioridad) la redacción originaria de este artículo 93.1 LC, esta última modificación operada en virtud del mencionado Real decreto ley no ha sido objeto de discusión doctrinal, puesto que se trataba, en última instancia, de recoger legalmente y otorgar el tratamiento jurídico adecuado a determinados supuestos que en la práctica empresarial se estaban constatando y que contribuían a frustrar los legítimos intereses de los acreedores.

Del mismo modo, y teniendo en cuenta que una de las finalidades del citado Real decreto ley 11/2014 ha sido la ampliación del quórum de la junta de acreedores atribuyendo derecho de voto a los acreedores que hubieran adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración de concurso, exceptuando siempre a los que tengan una vinculación especial con el deudor, (hasta ese momento sólo se reconocía cuando la adquisición hubiese sido a título universal, como consecuencia de una realización forzosa, o cuando se tratase de entidad financieras sujetas a supervisión). La contrapartida adoptada en dicha norma ha sido ampliar este listado de personas especialmente relacionadas a los efectos de evitar cualquier conducta que resultara perjudicial para el resto de acreedores<sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup> En opinión de GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 93”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1672 y con anterioridad a la ampliación de las personas especialmente relacionadas con el concursado operada en virtud del Real decreto ley 11/2014, en este supuesto de injusticia podría recurrirse a la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo.

<sup>504</sup> *Vid.*, Exposición de Motivos del Real decreto ley 11/2014, de 5 de septiembre (III). Igualmente, PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., pp. 694-695, quien además critica que para evitar situaciones fraudulentas tras la ampliación del quórum del convenio se haya ampliado el listado de las personas especialmente relacionadas con el concursado no sólo en la

Debido a la reciente incorporación de estos tres nuevos supuestos de personas especialmente relacionadas con el concursado aún no podemos observar ni corroborar la conflictividad que estos puedan suponer, pero en un primer análisis del precepto nos atreveríamos a adelantar algunas conclusiones que seguramente conllevarán una importante litigiosidad al respecto.

En este sentido, citamos la falta de definición (en contraposición con el artículo 93.2.1º LC) del término “control” al aludir a las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores en el párrafo 4º del artículo 93.1 LC, por lo que podrán surgir dudas respecto a si debe atenderse a criterios de participación accionarial, derecho de voto, etc. Igualmente, el párrafo 5º del citado artículo, además de equiparar erróneamente persona jurídica con empresa, alude a la expresión “grupo de empresas” sin ninguna definición de la misma. Ya por último, y en relación al párrafo 6º, observamos que a pesar de incluir como personas especialmente relacionadas con el concursado a “las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho”, no se incluyen en este supuesto aquellas personas jurídicas de las que sea administrador el propio concursado<sup>505</sup>.

## **VI. LOS CRÉDITOS AFIANZADOS POR PERSONA ESPECIALMENTE RELACIONADA CON EL CONCURSADO: EL ARTÍCULO 87.6 LC**

### **VI.1 La compleja interpretación del artículo en su redacción originaria**

En su inicio, la Ley 22/2003 prescribió que los créditos que contaran con la fianza de un tercero serían comunicados por el importe total del crédito con independencia de que el acreedor principal resultara subrogado por el fiador en caso de pago por este. Esta afirmación no tenía complicación alguna y resultaba lógica. La complejidad interpretativa surgía respecto a la segunda frase del artículo 87.6 LC, en la que se determinaba que “en la

---

medida necesaria, sino que la ampliación tiene alcance general y se extiende también al ámbito de las acciones rescisorias con la presunción del artículo 71.3.1º LC.

<sup>505</sup> Vid. PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., pp. 696-697.

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”.

Esta afirmación, su ambigua intelección, llevó a diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto, puesto que el supuesto del segundo del artículo 87.6 LC se encuentra, además, presente de manera habitual en la práctica bancaria. Entre los créditos o préstamos concedidos a personas jurídicas resulta frecuente que las entidades financieras prestamistas en aras a asegurar, en mayor medida, la devolución del importe prestado, soliciten el aval o fianza de los socios, de alguna filial o de la matriz de la deudora (es igualmente común la fianza prestada por un padre a un hijo en una operación crediticia).

Sin embargo, la práctica bancaria descrita con anterioridad, a partir de la entrada en vigor de este artículo 87.6º LC, podría implicar, a partir de una interpretación literal del mismo, que ante la declaración de concurso del deudor, el crédito afianzado titularidad de la entidad financiera acreedora, pudiera quedar subordinado ante la relación de persona especialmente relacionada existente entre el deudor y el fiador de dicho crédito<sup>506</sup>.

Los defensores de esta tesis denominada literal<sup>507</sup> sostienen que el precepto no admite otra interpretación que la que trae consigo la degradación a la categoría de subordinado del

---

<sup>506</sup> CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...cit.*, pp. 240-241 realiza una llamada de atención a las entidades financieras sobre el alcance del artículo 87.6 LC advirtiendo de que “inevitablemente existe un riesgo de que acabe prevaleciendo la interpretación más drástica sobre la ‘calificación menos gravosa’ en el artículo 87.6 LC, de forma que un acreedor directo con crédito privilegiado lo pierda si ha salido garante personal un tercero que está especialmente relacionado con el deudor. En tales casos, es preferible no pedir garantías personales de *insiders*, como garantes, las que estén cubiertas de garantías reales, y no las deudas principales de los deudores principales”.

<sup>507</sup> FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...cit.*, pp. 580-592 defiende esta interpretación literal a partir de una conjunción de argumentos. Entre ellos, se encuentran la subordinación del crédito del principal por (i) motivos de protección de la masa pasiva externa evitando de ese modo pactos ocultos entre el deudor y el acreedor, (ii) la protección de acreedores sin información, en cuanto el crédito otorgado por el acreedor al deudor con la fianza de un tercero pudiera ser sintomático de que este acreedor contara con información adicional, (iii) así como favorecer el cobro de los acreedores que no han contado con garantía.

Defiende también esta interpretación CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios del artículo 87 LC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...cit.*, p. 1034 y BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: “Comentarios al artículo 87 LC”, en BELTRÁN, E. y ROJO, A.: *Comentarios...Tomo I cit.*, p. 1572, aunque esta última propone una lectura alternativa de la norma que evite el rigor de sus términos cuando de estos se deriven consecuencias indeseables.

La sentencia 30/2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 Oviedo, de 8 de junio (*Tol 5388905*) manifiesta que el resultado conseguido a partir de la interpretación literal es desproporcionado “a menos que entendamos que

crédito del que es titular el acreedor principal, si el mismo fuera ordinario o privilegiado, cuando está garantizado personalmente por una persona especialmente relacionada con el deudor, interpretando la expresión “menos gravosa” equivalente a una peor graduación del crédito, en cuanto que esto acrecienta las posibilidades de cobro del resto de acreedores del concurso<sup>508</sup>.

En nuestra opinión, esta no podía ser la interpretación pretendida por el legislador, pues implicaría que un acreedor, ajeno a la relación existente entre el deudor y el fiador, pudiera ver su crédito subordinado de manera desproporcionada y sin justificación alguna, en el bien entendido de que dicho crédito no resultara subordinado *ex* artículo 92 LC<sup>509</sup> por otras causas. Acudiríamos, por tanto, a una interpretación del precepto basada en diversos criterios, principalmente el sistemático y finalista respecto a la Ley Concursal, para afirmar que tal degradación sólo se produce cuando el garante paga al acreedor y se subroga en su posición en el concurso (la denominada tesis correctora)<sup>510</sup>.

---

aquella busca además otra finalidad añadida cual es la de incentivar que el acreedor principal se dirija extraconcursalmente frente al fiador o avalista para la satisfacción de su crédito, liberando así a la masa del concurso del peso de esa deuda”.

<sup>508</sup> La doctrina mayoritaria interpreta de este modo la expresión “menos gravosa”; así, CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...* cit., pp. 239-240, VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...* cit., p. 473, y ROJO, A.: “La calificación de los créditos concursales con garantía personal”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 57, 2006, pp. 517-518. Para CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 87 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1033, vendría a significar que si el crédito puede calificarse de subordinado o de ordinario (calificaciones ambas que son menos gravosas para el concurso), mejor que si lo calificamos como privilegiado.

En contra de esta interpretación se muestra ARIAS VARONA, F. J.: “¿Cuál es la posición de los titulares de créditos garantizados por sujetos especialmente relacionadas con el deudor?”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 2, 2005, p. 338.

<sup>509</sup> Repárese que llevaría no sólo a calificar *ope legis* al acreedor principal como subordinado, sino incluso a declarar extinguidas las garantías de cualquier clase, incluidas las reales, de que pudiera venir revestido su crédito (artículo 97.2 LC).

En este sentido CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...* cit., pp. 238-241.

Crítico se muestra VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...* cit., p. 473, quien asevera que si el artículo tuviera en mente únicamente el crédito del garante resultaría superfluo, pues para esa finalidad operan los artículos 92.5º y 93 LC.

<sup>510</sup> Se recuerda el Auto de Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1998 (*Tol 439584*) que dispone que “la tarea interpretativa de las normas no puede detenerse en lo puramente literal o gramatical. Muy al contrario, el artículo 3.1 Cc añade a este elemento de interpretación el sintáctico-sistemático (contexto), el histórico (antecedentes históricos y legislativo) y el sociológico (realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas), imponiendo a su vez sobre todos ellos (fundamentalmente) el espíritu y finalidad de la norma (elemento teleológico), sin que a su vez la falta de mención expresa del elemento lógico pueda tomarse, según opinión unánime de la doctrina, como equivalente a su exclusión”.

Otra cosa es que el acreedor principal ejecutara la garantía personal con la que cuenta su crédito, una vez declarado el concurso<sup>511</sup>. Entendemos que es en ese momento, y debido a la especial relación entre el fiador y el deudor concursado, cuando el primero de estos (el fiador *solvens*) debería ver su crédito subordinado. Admitir lo contrario, esto es, que el fiador pudiera ocupar la posición del acreedor principal incluso respecto a la calificación originaria de sus créditos, significaría abrir la puerta a situaciones y conductas fraudulentas que el legislador ha intentado evitar a toda costa en el artículo 93 LC<sup>512</sup>.

---

*Vid.* la sentencia de 5 de julio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (núm. incidente 116/2005, *Tol* 5388740) en cuanto “diseciona” los elementos anteriormente citados que configuran esta interpretación no literal, en relación al artículo 87.6 LC. En esta línea y en cuanto a la aludida interpretación histórica, destaca la interpretación de este Juzgado al rechazo de las enmiendas que el Grupo Parlamentario Catalán formuló tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado contra el inciso objeto de discusión con la finalidad de eliminarlo, puesto que consideraban “de difícil comprensión que la administración judicial, al calificar el crédito, y por tanto, con anterioridad al pago por el fiador, pueda hacer un ejercicio intuitivo entorno a la calificación del crédito del acreedor principal, pues lo normal es que opere el pago por subrogación adquiriendo el fiador los mismos derechos que ostenta aquel conforme previene el artículo 1212 Cc. Y de no efectuarse el pago el crédito del acreedor no puede estar sometido a otra calificación que no sea la que le corresponda de acuerdo con lo previsto en el PLC”. En la sentencia mencionada se manifiesta a este respecto, que “no puede atribuirse necesariamente al rechazo de tales enmiendas un significado acorde con la tesis literalista. El fracaso de las referidas enmiendas se debe, necesariamente, a la falta de voluntad del legislador de excluir del artículo 87.6 LC el segundo inciso. Pero con ello el legislador no expresa de una manera inequívoca que el mantenimiento del citado inciso se llevara a cabo con el fin de posponer los créditos con fianza de personas especialmente relacionadas con el deudor. Ni puede deducirse sólo de tal acto. Porque lo que se rechazó en vía parlamentaria fue la eliminación del segundo inciso del artículo 87.6 LC. Pero en el acto de rehusar la enmienda no va de suyo la asunción de la interpretación que el grupo parlamentario presentador de dicha enmienda utilizó para su justificación. Si así lo hubiera querido el legislador podía haberlo expresado con mayor claridad y contundencia. No lo hizo. Por tanto, el elemento histórico del iter legislativo consistente en el rechazo de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán no nos es útil a los efectos pretendidos”.

<sup>511</sup> El artículo 87.6º LC sólo resulta aplicable a los supuestos en los que el pago del fiador se produce después de la declaración de concurso, careciendo de sentido el pago anterior a los efectos de este artículo. En este sentido, CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...cit.*, pp. 238-239 y VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...cit.*, p. 483.

<sup>512</sup> En esta línea, la Audiencia Provincial de Salamanca, en la sentencia 695/2012, de 28 de diciembre (*Tol* 3009979) se muestra igualmente partidaria de la denominada tesis correctora haciendo un repaso de las distintas resoluciones judiciales dictadas en ese sentido. Sin embargo, el caso concreto que ocupa esta sentencia surge a partir de la calificación que como crédito ordinario otorga la administración concursal al crédito de una Sociedad de Garantía Recíproca y demandando esta última su calificación como privilegiado *ex* artículo 90.1.1º LC (la S.G.R. tenía garantizado su derecho de regreso con una hipoteca sobre un inmueble de la concursada en virtud de póliza concertada con la propia entidad concursada), en cuanto la entidad avalista no ha ejercitado una mera acción de subrogación, sino una clara acción de regreso “derivada de un contrato autónomo e independiente (como es la póliza de afianzamiento)”, debiendo ser reconocido dicho crédito con la calificación que le corresponda (artículo 87.3 LC). Ante este planteamiento, “la cuestión sometida a consideración de esta alzada, no es otra que resolver la clasificación crediticia que ha de merecer el crédito de regreso (en sentido amplio, comprensivo bien de la acción de reembolso, bien de la acción subrogatoria) de la entidad demandante (la SGR) tras el pago efectuado a la entidad acreedora en virtud de aval concedido a la concursada por la referida entidad demandante”. Concluye la sentencia en apelación

---

indicando que en relación a la referida doctrina jurisprudencial, si ni la entidad acreedora principal, ni la fiadora o avalista, se encontraba en relación con la concursada, en ninguna de las situaciones a que se refiere el artículo 93 LC, no resulta de estricta aplicación el artículo 87.6 LC a la hora de determinar la calificación que ha de merecer el crédito de la referida entidad demandante, estimando en consecuencia, el recurso de apelación interpuesta por la SGR demandante.

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 29 de junio de 2006 (núm. rec. 799/2005, Tol 1053574), parte de que la interpretación del segundo inciso del artículo 87.6 LC es polémica en cuanto “la norma está necesitada de interpretación y una lectura estricta y rigurosamente literalista lleva a consecuencias de difícil y no revelada (por lo menos explícitamente) justificación, o teleología. En primer lugar, la literalidad es críptica: el objeto de la referencia de la expresión estos créditos no es inequívoco y las locuciones ‘en todo caso’ y clasificación ‘menos gravosa’ para el concurso carecen en el contexto de la precisión necesaria para atribuir a la norma una significación y alcance razonablemente claros”. Prosigue la sentencia haciendo referencia a que la interpretación literal de la norma implicaría “una penalización injustificada, por lo menos aparentemente al acreedor garantizado, por el mero hecho de haber dotado su crédito de una garantía habitualmente observada en el tráfico, especialmente en el crédito empresarial”. Así, “con carácter general puede afirmarse que la finalidad de la norma es evitar que al amparo de vías oblicuas, pese a estar previstas por leyes sustantivas, pueda eludirse la aplicación de las normas concursales sobre la clasificación de los créditos y, en particular, evitar que el fiador que es persona especialmente relacionada con el deudor pueda eludir la calificación de su crédito como subordinado (que es la que correspondería por aplicación del régimen concursal, en función de la titularidad subjetiva del crédito) al invocar la subrogación en el derecho del acreedor principal, por efecto del artículo 1839 del Código Civil, complementado con el 1212. En tal situación se hace patente la razón que dota de sentido a la regla examinada. Si el fiador, que es persona especialmente relacionada con el concursado, paga al acreedor principal y hace valer su derecho como un crédito ex novo, al amparo del artículo 1838 CC (acción de reembolso), no podrá evitar la calificación que legalmente le corresponde de conformidad con el artículo 92.5º LC. Y si comunica su crédito en cuanto subrogado en la posición y derecho que ocupaba el acreedor principal, por mérito de la subrogación operada ex artículo 1839 CC (que le convierte en titular del mismo crédito, con todas sus garantías y derechos accesorios), interviene el artículo 87.6 LC impidiendo que la subrogación produzca, en el ámbito concursal, el efecto que reconoce la Ley sustantiva civil, e imponiendo así, a la postre, la calificación que corresponde a ese nuevo titular conforme a la aplicación del régimen concursal. La opción de que habla el precepto, inmediatamente después de referirse al supuesto de la ‘sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador’, se traduce en que si el fiador es persona especialmente relacionada con el deudor principal concursado, la calificación determinada por esa circunstancia es la que debe prevalecer. De este modo, no resulta gravado el concurso, al aplicarse la norma concursal correspondiente en materia de calificación, lo que no sucedería si la subrogación permite alterar esas reglas. Tal finalidad es difícilmente rebatible, por más que pueda discutirse si es la única. Pero si se admite que esa finalidad (evitar la alteración de las reglas en materia de calificación de créditos por virtud de la subrogación por el fiador en la posición del acreedor afianzado) es la que justifica el precepto, no cabe duda que la interpretación que acoge la resolución apelada es la más adecuada para defender y hacer realidad el fin de la norma, sin imponer sacrificios injustificados o por lo menos de dudosa justificación. Se trataría de una interpretación “correctora” sólo en la medida en que, sin desbordar el acomodo en el tenor de la norma (que, ya hemos dicho, está necesitada de interpretación), ajusta el sentido gramatical a la finalidad perseguida. De este modo, el pago por el fiador que es persona especialmente relacionada con el concursado, no podrá variar la calificación de su crédito determinada por esta circunstancia, y convertirlo en ordinario o incluso privilegiado. Esto es lo que repugna al sistema y, con criterio lógico, el resultado que evita el precepto. La interpretación enfrentada, en cuanto determina atribuir al crédito del acreedor principal, que conforme a las reglas legales sería ordinario o bien privilegiado, la condición de crédito subordinado por el hecho de contar con la garantía personal de tercero especialmente relacionado con el concursado, y la consiguiente pérdida de garantías reales (ex artículo 97.2 LC), desborda esa finalidad y requiere, para su razonable defensa, añadir otra más, como es la indicada de hacer padecer al crédito del acreedor principal dentro del concurso para estimular al acreedor a buscar su satisfacción fuera de él. No obstante, ni la Exposición de Motivos ni ningún precepto de la Ley (como no sea el propio 87.6) permiten sostener con fundamento esa finalidad adicional que, de estar en la *mens legislatoris*, por su indudable trascendencia práctica, extraña que no se expresara directa y explícitamente. Más que finalidad que inspire la regla legislativa parecería como un efecto o consecuencia práctica de los términos empleados, si es que se acepta la interpretación contraria, sin aparente

A mayor abundamiento, si atendemos a la expresión ‘estos créditos’ no tendríamos duda alguna al considerar que esta alude a los créditos que el fiador ostente frente al concursado, una vez se haya subrogado, por el pago, en el lugar del acreedor original<sup>513</sup>. De pretender lo contrario, y que hubiera resultado contaminado el crédito del acreedor originario (siempre que este no hubiera sido calificado como subordinado *ex* artículo 92 LC), el legislador hubiera podido emplear otra expresión como ‘aquellos créditos’ o ‘aquellos y estos créditos’, si hubiera pretendido referirse a ambos (acreedor originario y fiador).

Por ello, si el fiador es una persona especialmente relacionada con el concursado, el crédito que ostenta por subrogación sería calificado como subordinado “en todo caso”, es decir, ya

---

conexión con expresadas razones de política económica legislativa. Frena, además, su deducción el hecho de que el propio sistema, del que se podría inferir esa finalidad, no prevé el lógico remedio o excepción para el supuesto, previsible, de que el acreedor no pueda lograr la satisfacción extraconcursal por el fiador, fundamentalmente por razón de la insolvencia de este, haya sido o no declarado en concurso. Si tal finalidad inspira la norma, estimamos, no cabe duda que el ordenamiento concursal la habría expresado, hubiera previsto las devastadoras consecuencias de su aplicación práctica y establecido las pertinentes excepciones a la regla”.

En el mismo sentido, la sentencia 355/2009 de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, de 18 de junio (*Tol 1582040*) tras realizar un estudio interpretativo histórico (Savigny, etc.) considera que “la interpretación de las normas jurídicas tiene que ser individualizada, incorporada al hecho o relación de la vida que está llamada a regir” para proseguir con que “parece que la finalidad de la previsión legal (artículo 87.6 LC) es la de evitar eludir las normas sobre subordinación de créditos a las personas especialmente relacionadas (por eso se utiliza la expresión ‘en todo caso’) sea el acreedor o garante. La interpretación del precepto de forma restrictiva permite aplicarlo a los supuestos en que el acreedor fuese la persona especialmente relacionada con el concursado, a fin de impedir que el pago del garante convirtiese el crédito en ordinario. Los partidarios de la subordinación del crédito aún cuando el fiador no hubiera sustituido por el pago al acreedor, se apegan al rigor literal de la norma, de manera que en la calificación de estos créditos se optara, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador lo que lleva a la subordinación. Dicen estos autores que con ello se incentiva que el acreedor principal se dirija extraconcursalmente frente al fiador para la satisfacción de su crédito, liberando así a la masa del concurso. Sin embargo, el sentir mayoritario en la doctrina y en las resoluciones de los tribunales a la hora de aplicar el artículo 87.6 LC, la interpretación ajustada al sentido y finalidad de la norma es la aplicación en sus propios términos cuando el fiador, estando especialmente relacionado con el deudor, pague la deuda y sustituya a la persona del acreedor principal, consiguiendo por medio del instituto de la subrogación (artículo 1838 Cc) eludir la subordinación a que está afectado el crédito (artículos 92.5 y 93 LC), en estos casos sí será de aplicación el inciso segundo del artículo 87.6 LC y el crédito será reconocido como subordinado. Es decir, que la calificación como menos gravosa para el concurso sólo opera en el caso de que el fiador se haya subrogado en la posición del acreedor una vez realizado aquel el pago. Esta es la línea interpretativa mayoritariamente seguida por los Juzgados de lo Mercantil de España (...). La cuestión se ha clarificado a partir de la publicación del artículo 9.2 del Real decreto ley 3/2009, de 27 de marzo, que suprime la expresión ‘en todo caso’ por lo que refuerza la interpretación mayoritaria que se venía haciendo por los órganos civiles en esta materia”.

<sup>513</sup> Este argumento se aleja de la tesis literal, aproximándose a la tesis denominada correctora. Como veremos en el epígrafe siguiente, la mayoría de la jurisprudencia menor acoge la tesis correctora.

fuera el crédito del acreedor principal un crédito ordinario, o fuera privilegiado. Y también por aplicación de la expresión “en todo caso”, la calificación del crédito del fiador subrogado del modo “menos gravoso” para el concurso se produciría cuando se esté en la situación inversa, esto es, cuando el crédito principal fuera el subordinado por ser el acreedor una persona especialmente relacionado con el concursado, y sin embargo, carezca de tal cualidad el fiador<sup>514</sup>.

En cualquier caso, entendemos que el legislador con esta redacción poco afortunada, pretendió evitar que en aquellos supuestos en los que el fiador fuera una persona especialmente relacionada con el concursado pudiera aquel, a partir del pago realizado al acreedor originario, mejorar la calificación que su crédito merecería en el procedimiento concursal en cuanto persona especialmente relacionada con el concursado. Esta sería la interpretación más acorde al tenor y finalidad de la Ley Concursal, máxime cuando la subordinación debe interpretarse de modo restrictivo, y además la norma del artículo 87.6 LC se encuentra ubicada en la sección segunda del Capítulo III referido a la “comunicación y reconocimiento de créditos” y no a la “clasificación de créditos”, sección posterior a esta<sup>515</sup>. “Otros posibles inconvenientes prácticos que serían reveladores de un fraude de ley, conducta maliciosa o un abuso de derecho, merecerán en su caso, la oportuna respuesta o reacción judicial. Pero una interpretación de la norma, que respeta el sentido propio de sus palabras y atiende a su finalidad y espíritu, sin olvidar los demás cánones interpretativos y la lógica del sistema del que forma parte, no puede quedar enervada por la posibilidad de un fraude, pues el ordenamiento ofrece mecanismos para corregir esta desviaciones<sup>516</sup>”.

---

<sup>514</sup> Vid. sentencia del Juzgado Mercantil de Sevilla núm. 1, 62/2005, de 14 de julio (*Tol 737196*).

<sup>515</sup> En la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Sevilla 65/2005, de 14 de julio (*Tol 951739*), el Ponente (D. Rafael Sarazá Jimena) entiende que la tesis “literalista” descontextualiza el párrafo en que se prevé 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”. Asegura que no estamos ante un precepto aislado, sino que este es la última parte de un apartado, el apartado 6 del artículo 87 LC, estando a su vez dicho supuesto integrado en el artículo 87 LC que se ubica en una sección dedicada a regular “la comunicación y reconocimiento de créditos”, de modo que no se realicen conclusiones tajantes de la ubicación del precepto en un determinado capítulo y sección de la Ley Concursal, “sino de hacer una interpretación sistemática de la previsión legislativa, poniéndola en relación con las demás con las que tiene relación, y sacando las conclusiones que se entienden acordes con tal sistema, y que por otra parte, no fuerzan, entiendo, la literalidad de la ley”.

<sup>516</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 29 de junio de 2006 (núm. rec. 799/2005, *Tol 1053574*).

## **VI.2 La interpretación jurisprudencial del artículo 87.6 LC**

La jurisprudencia menor, como es de ver en el epígrafe anterior, fue plenamente consciente de la dualidad interpretativa a la que este precepto (en particular, su inciso segundo) dio lugar, debido a su confusa redacción. Así lo manifiestan en sus resoluciones judiciales en las que, en muchas ocasiones, optaron por incluir las posiciones doctrinales existentes en la materia, para posteriormente pronunciarse en el caso concreto.

La opinión jurisprudencial mayoritaria sostuvo la tesis correctora al defender que sólo en aquellos casos en los que el fiador se subrogara en el lugar del acreedor principal podría operar la calificación “menos gravosa”. En este sentido, el acreedor en ningún caso puede verse perjudicado por la aparición de un fiador que resultaría especialmente relacionado con el deudor en el supuesto de que se declarara el concurso. El acreedor en todo caso mantiene la calificación que le corresponda en función de la naturaleza de su crédito y en función de las relaciones que le unan con el deudor. El artículo 87.6 LC se aplicaría a los supuestos en los que el fiador ha satisfecho la deuda y pretende colocarse en la posición del acreedor. De este modo la interpretación del ‘en todo caso’ se referiría a los supuestos en los que el fiador ha satisfecho total o parcialmente la deuda, entendiendo que si el acreedor no actúa contra ese fiador no se activarían los mecanismos de la subordinación.

Para el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo núm. 1, en su sentencia 30/2005, de 8 de junio (*Tol 5388905*), la interpretación del “inciso segundo del artículo 87.6 LC sólo operará ex post al pago llevado a cabo eventualmente por el fiador, como así se interpreta de su relación con el inciso primero. Una interpretación contraria conduciría al dislate, entre otros muchos, de hacer de peor condición al acreedor que observa la diligencia de garantizar su pago mediante un aval personal, por más que se trate de una persona relacionada con el deudor, que el acreedor que desatiende esa garantía y deja su derecho desprotegido. Por otra parte, no se atisba en el texto de la Ley Concursal dato o elemento alguno que permita afirmar su intención de incentivar al acreedor para que reclame al margen del concurso su derecho frente al avalista. Más aún, una interpretación contraria llevada a sus últimos

resultados llevaría a tan drásticas consecuencias como privar de hecho al acreedor afianzado de su derecho en el concurso (efecto expropiatorio como se le ha llamado por algún autor) lo que no parece que pueda ser afirmado razonablemente”.

En este mismo sentido, y como se ha enunciado en el epígrafe anterior, se muestran, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de junio de 2006 (núm. rec., 799/2005, *Tol 1053574*), 695/2012, de 28 de diciembre de la Audiencia Provincial de Salamanca (*Tol 3009979*), y 355/2009, de 18 de junio de la Audiencia Provincial de León (*Tol 1582040*), además de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Oviedo de 25 de mayo de 2011 (núm. rec. 273/2009, *Tol 2265487*), así como la 65/2005, de 14 de julio del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla (*Tol 951739*), exponentes, entre otras, de la defensa de la tesis correctora.

El Tribunal Supremo en su sentencia 939/2011, de 22 de diciembre (*Tol 2387872*) realiza una sistemática recopilación de las diferentes tesis interpretativas del artículo 87.6 LC previo a la reforma que introdujo el Real decreto ley 3/2009 (el supuesto enjuiciado por el Alto Tribunal se rige por la redacción originaria del artículo) y que merece la pena transcribir parcialmente por la claridad expositiva de los fundamentos de derecho aportados en relación con el inciso segundo del referido artículo “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”.

El Alto Tribunal considera que “sobre el tema existen en la doctrina científica y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales dos posturas diferentes, denominadas literal y correctora, cuyo distinto criterio tiene una importante relevancia práctica, pues de mantenerse la tesis literal, la simple existencia de la fianza de una de las personas relacionadas en el artículo 93 LC afectaría al crédito principal, relegándolo (aparte de otros efectos negativos) al último lugar del cobro por su calificación como subordinado *ex* artículos 92.5º y 158 LC”. El Tribunal Supremo considera minoritaria en la doctrina científica y en la práctica de los Tribunales la tesis interpretativa literal frente a la

mayoritaria, que parte de diversos argumentos que coinciden sustancialmente con lo que mantienen los defensores de la denominada tesis correctora<sup>517</sup>.

Prosigue el Tribunal Supremo aseverando que “la redacción originaria del inciso segundo del artículo 87.6 LC es confusa, y no permite extraer una conclusión unívoca, y aun cuando es cierto que, desde el punto de vista de la interpretación gramatical podría deducirse una solución más favorable a la tesis literalista, sin embargo la propia falta de claridad conduce a la necesidad de acudir a otros elementos interpretativos, y, al respecto, de la interpretación sistemática y teleológica resulta como criterio más razonable el que se mantiene en el recurso, consistente en limitar el alcance de la existencia de la relación que "degrada" la calificación del crédito a solo cuando este lo ostenta el fiador, y no cuando lo hace valer el acreedor [afianzado] frente al deudor concursado. No tiene sentido que la condición del crédito del acreedor principal dependa de que el crédito esté o no afianzado,

---

<sup>517</sup> La sentencia prosigue enumerando los argumentos aportados por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria respecto a la interpretación correctora del segundo inciso del artículo 87.6 LC: “Desde el punto de vista de la interpretación gramatical no cabe extraer una conclusión definitiva porque los sintagmas ‘estos créditos’, ‘en todo caso’ y ‘clasificación por la que resulte menos gravosa para el concurso’ no son unívocos, y al respecto se pone de relieve que no cabe excluir que la referencia legal a ‘estos créditos’ sea solo a los que en que el acreedor ha sido sustituido por el fiador, «pues la norma acaba de aludir al supuesto de que el fiador, mediante el pago haya sustituido al titular del crédito (operando la subrogación legal, ex artículo 1839 CC )», en tanto que la locución adverbial ‘en todo caso’ queda matizada por el alcance que se haya atribuido al sintagma ‘estos créditos’. Desde la perspectiva de la interpretación sistemática se alude, razonando las alegaciones, que la norma controvertida se incluye en la sección dedicada a la comunicación y reconocimiento de créditos, sin vocación calificadora del crédito del acreedor principal, por lo que no nos hallamos ante precepto aislado ubicado en sede de calificación de créditos concursales; y, por otro lado, la extensión de la subordinación al acreedor principal no encuentra reflejo en la Sección 3ª, dedicada a la clasificación de los créditos, que no recoge el supuesto relativo al acreedor con garantía de tercero especialmente relacionado con el concursado, «pese a que en el apartado 3 del artículo 93 se contiene una norma de extensión a los cesionarios o adjudicatarios, y no así al acreedor afianzado». Y, también desde el punto de vista sistemático, se señala que es más adecuada la interpretación alternativa a la ‘literalista’ porque es más coherente con el carácter excepcional que la Ley Concursal atribuye a los créditos subordinados, como señala su propia exposición de motivos. Desde la perspectiva de la interpretación teleológica, con arreglo a la cual ha de atenderse fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas, la tesis que mejor se ajusta a la misma es la que defiende la opinión mayoritaria, porque la ratio del precepto es la de evitar que el fiador, cuando se trata de persona especialmente relacionada con el deudor - situación en la que por el legislador se presume cierta connivencia, fraude o engaño-, pueda eludir la clasificación de su crédito como subordinado, al invocar la subrogación en el derecho del acreedor, por efecto del artículo 1839 CC, complementado con el artículo 1212 CC . Pero resulta excesivo y carente de justificación, desbordando la finalidad de la norma, extender las consecuencias al acreedor principal, que no tiene relación contemplada por el legislador, y se le impone una ‘penalización’ injustificada por el mero hecho de haber dotado a su crédito de una garantía habitualmente observada en el tráfico, especialmente en el crédito empresarial, a lo que se añade una perturbación en el ‘mercado del crédito’ y aumento de sus costes de financiación. Por último, en la visualización histórico-legislativa, se alude a que el proceso parlamentario no arroja claridad sobre la cuestión, porque el rechazo de las enmiendas formuladas al último inciso de precepto no implica que su mantenimiento tuviera por finalidad significar la voluntad del legislador de admitir la interpretación contraria a la que sostiene en el recurso”.

haciendo de peor condición al que tiene la garantía respecto del que no la tiene, cuando la relación especial que inficiona el crédito es ajena a dicho acreedor principal. Y no es preciso extenderse más sobre el tema porque el legislador ha optado por dar nueva redacción al precepto en el sentido de limitar el alcance de la norma controvertida al supuesto de que se produzca la subrogación por pago por el fiador, y aunque no cabe otorgar a la nueva norma un simple valor interpretativo o aclaratorio que permitiría darle carácter retroactivo, sin embargo es un elemento importante de valoración discursiva, que además permite unificar las situaciones anteriores pendientes con las nuevas que se produzcan a partir de la entrada en vigor del R.D.-Ley 3/2009, de 27 de marzo”.

En otro orden de cosas, y aunque consideramos innecesario, por obvio, la siguiente afirmación, en el supuesto en que la acreedora principal y la fiadora o avalista no resulten consideradas personas especialmente relacionadas con el concursado *ex* artículo 93 LC, no resulta de estricta aplicación este artículo 87.6 LC, debiendo ser calificado cada crédito según su naturaleza. En este sentido se muestran distintas sentencias referidas a la calificación del crédito que debe ostentar una Sociedad de garantía recíproca (SGR) sin vinculación alguna con el deudor, a excepción del contrato de afianzamiento formalizado entre ambas partes.

La sentencia 90/2012 de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1ª, de 30 de marzo (*Tol 2508899*)<sup>518</sup> califica según su naturaleza el crédito de la recurrente, una sociedad de garantía recíproca que afianzó a la concursada deudora de un préstamo que le otorgó una entidad financiera, a partir de un contrato de afianzamiento en el que se pactó garantía hipotecaria sobre una finca rústica. En la sentencia se argumenta que debe aplicarse la regla del artículo 87.6 de la Ley Concursal optando por la calificación menos gravosa para el concurso. La discusión es jurídica sobre los efectos de lo dispuesto en el artículo 87.6 LC, ya que según este (en la redacción que le dio el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo) “los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso

---

<sup>518</sup> En la misma línea, la sentencia 79/2014 de la Audiencia Provincial de Álava, de 25 de marzo (*Tol 4484714*).

de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador”. “Este precepto determina la calificación del crédito afianzado, pero no resuelve sobre la calificación del crédito independiente y autónomo del avalista o fiador, que surge por lo dispuesto en el artículo 1839 del Código Civil, por esto no hay inconveniente para que como en este caso el derecho de reintegro del fiador esté garantizado con hipoteca, a diferencia del crédito del acreedor afianzado, que no goza de esta garantía y tampoco inconveniente para que obtenga la calificación que corresponde teniendo en cuenta la garantía real convenida. Por otro lado la norma del artículo 87.6 tiene la finalidad de evitar que a través del afianzamiento de un crédito se puedan violar las normas sobre graduación de los créditos, a través del afianzamiento de personas próximas o interesadas, lo que no ocurre en este caso. Además no consta que la sociedad de garantía recíproca recurrente haya satisfecho cantidad alguna a la acreedora, por lo que no se da el caso previsto en el artículo 87.6, por ello hay que estimar la petición de la parte recurrente”.

El artículo 87.6 LC no especifica si su regla se aplica sólo a los casos de subrogación del fiador por el acreedor *ex* artículo 1839 Cc o también incluye las acciones de regreso *ex* artículo 1838 Cc. La jurisprudencia no adoptó una posición uniforme al respecto, aunque interpretaba en modo genérico el término “subrogación”, de modo que incluyera no sólo esta, sino también las acciones de regreso<sup>519</sup>. Como defiende la jurisprudencia desde antiguo, el pago atribuye al fiador dos acciones distintas: a) La acción de reembolso, regulada en el artículo 1838 CC, que surge de forma originaria, de modo que el derecho de crédito del fiador, que reclama su resarcimiento, nace en el momento que efectúa el pago para reclamar la totalidad de lo pagado y demás conceptos previstos en dicho precepto. b) La acción de subrogación, prevenida por artículo 1839 CC, que tiene carácter derivativo, y que implica colocarse en la posición del primitivo acreedor asumiendo su posición jurídica, de manera que, investido de las consecuencias que derivan de tal posición, actúa contra el

---

<sup>519</sup> En opinión de CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...cit.*, p. 238 se incluirían ambas acciones, la subrogatoria y la de reembolso, en cuanto considera que “según el artículo 87.6 LC, los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador”. CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 87 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...Vol. 1*, p. 1034 considera que “en definitiva, la Ley Concursal está penalizando al acreedor garantizado o al fiador en vía de regreso”.

deudor principal (artículo 1.212 CC)<sup>520</sup>. Así, el artículo 87.6 LC prevé implícitamente el pago posterior a la apertura del procedimiento concursal, pues en otro caso no tendría sentido hablar de sustitución de un acreedor por el fiador que paga, y, además, prevé dicho efecto, es decir, el de la acción de subrogación (con pago total, o sustitución en la parte abonada). No se contemplaría, por consiguiente, ni el pago anterior a la declaración de concurso, en que el garante quede único acreedor concursal, ni el crédito de reembolso, por lo que no resulta de aplicación, en este caso, de la regla de la calificación menos gravosa para el concurso.

La ya referida SAP de Salamanca o la sentencia del Juzgado Mercantil de Oviedo núm. 1, de 25 de mayo de 2011 son exponentes de esta interpretación extensiva del concepto “subrogación”. Esta última resolución afirma que “la acción de regreso (comprensiva tanto de la acción subrogatoria propiamente dicha como de la acción de reembolso cuando el fiador haya comunicado su crédito como contingente) con garantía real conserva su carácter privilegiado, ya tenga lugar por reembolso (artículo 1.838 del Código Civil) como por subrogación (artículo 1.839 del mismo Código Civil), pues mediante el reembolso se ejercita una acción propia y distinta de las que pertenecían al acreedor principal, por lo que no hay motivo para desvestirla de las garantías anejas, y en lo tocante a la subrogación, el hecho de que por la misma se transmitan al subrogado los derechos y acciones que tenía el acreedor principal por virtud del préstamo no implica que pierda las que por derecho propio le asistan por la garantía específica (en este caso, la hipoteca) sobre determinados bienes de la concursada, y ello porque, no existiendo vínculos de subordinación entre las partes del contrato de fianza, no hay razón para perjudicar a quien se ha preocupado de reforzar su derecho de regreso con una garantía real”.

### **VI.3 Fin de la dualidad interpretativa: el Real decreto ley 3/2009**

El Real decreto ley 3/2009, de 27 de marzo, modificó el inciso segundo del apartado 6 del artículo 87 de la LC estableciendo la siguiente redacción: "Siempre que se produzca la

---

<sup>520</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 100/1988, de 13 de febrero (*Tol 1732950*).

subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador".

Como es de ver, en la comparación de la nueva redacción con la anterior, se introduce la expresión "siempre que se produzca la subrogación por pago", la cual pasa a encabezar el inciso, y se suprime la expresión "en todo caso". La nueva redacción se inclina por la denominada tesis correctora, poniendo fin a una situación que podía conllevar importantes restricciones en el tráfico jurídico mercantil de los agentes económicos<sup>521</sup>.

Tras esta reforma del inciso segundo del artículo 87.6 LC, se contribuye si no a zanjar, sí a disminuir las dudas respecto al ámbito objetivo y temporal de aplicación de la norma. El artículo se refiere al crédito concursal que ha pasado a ser titularidad del garante una vez que realiza el pago después de la declaración de concurso y queda sustituido al antiguo acreedor. Esta norma impide que el garante se beneficie de una mejor calificación que la recibida por el acreedor principal. En sentido contrario, si la calificación del crédito de regreso del garante es más favorable que la del acreedor garantizado, el pago a dicho acreedor no permitirá al garante conservar esa calificación, sino asumir la menos gravosa para el concurso que correspondía al acreedor. Si el fiador garantiza la deuda de una persona especialmente relacionada con el concursado, y aunque dicho fiador no ostente esa especial vinculación con el deudor, sería igualmente subordinado, en cuanto a que dicha calificación es la "menos gravosa" para el concurso<sup>522</sup>.

---

<sup>521</sup> Reiteramos la práctica habitual en virtud de la cual los socios, empresas filiales o matrices, prestan su fianza ante los créditos y préstamos concedidos por entidades financieras, a fin de facilitar la concesión de estos al contar con una garantía adicional a la propia del deudor, sin que el acreedor financiero tenga intención alguna de participar en "pactos ocultos" o conductas fraudulentas. En el mismo sentido, resulta usual que un padre con un patrimonio ya consolidado pueda afianzar el préstamo solicitado por su hijo (con un patrimonio menor que el de su progenitor a los efectos de garantizar la devolución de la deuda).

<sup>522</sup> Contraria a esta interpretación se muestra la Audiencia Provincial de Jaén en su sentencia 178/2014, de 30 de abril (*Tol 4442310*) para quien "toda vez que aun sin desconocer el incremento de la fuerza que tanto en la doctrina como en los pronunciamientos de los Juzgados de lo Mercantil y AA.PP. ha venido obteniendo la denominada tesis correctora siendo claro exponente de ello tanto la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 25-5-2011 que cita la misma, o las también extractadas en el que se apoya el recurso, como la SAP de Salamanca de 28-12-12, SAP de Albacete, Secc. 1ª, de 30-3-12 o incluso la más reciente no citada SAP de Zamora de 30-12-13, en las que el supuesto común examinado es precisamente como ahora el reconocimiento del derecho de crédito de una Sociedad de Garantía Recíproca, que como fiadora solidaria o avalista, paga a Entidad Bancaria parte del préstamo concedido por esta a la deudora declarada en concurso y en la que también se había otorgado escritura de afianzamiento mercantil en operación de crédito garantizada con la constitución de hipoteca, como la aquí aportada de fecha 28- 7-06, como contragarantía de ese afianzamiento

En opinión de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª, en su sentencia 283/2014, de 20 de junio (*Tol 4470158*), “la modificación realizada (respecto a la redacción del inciso segundo del artículo 87.6 LC) supone una simple mejora técnica, en el sentido de clarificar

---

para procurarse así un mayor aseguramiento de recobro o repetición en los que se haya hecho efectiva aquel, habrá de convenirse que al margen los escasos pronunciamientos habidos sobre la cuestión concreta planteada, lo que no se puede negar es que las resoluciones citadas vienen a apoyarse cronológicamente las unas en las otras, de modo que basta la lectura de la última citada para comprobar cómo la misma viene a reproducir el texto de la SAP de Salamanca de 28-12-12, y es así que sí observamos la argumentación de esta última, la misma se apoya a su vez en resoluciones todas ellas anteriores a la reforma operada en el precepto objeto de interpretación a través de RDL 3/2.009, de 27 de marzo, como la SAP de Barcelona, Secc. 15ª de 29-6-06, SAP de Palencia de 2-10-07 o SAP de León de 18-6-09. Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo 939/2011, de 22 de diciembre (*Tol 2387872*), no viene a acoger la tesis correctora en el sentido que se pretende hacer ver en el escrito de apelación, pues lo que dicha sentencia resolvía atendiendo a la confusa redacción originaria del art. 87.6 LC, que no permitía extraer una conclusión unívoca, es que el criterio más razonable era el de limitar el alcance de la existencia de la relación que “degrada” la calificación del crédito solo cuando este lo ostenta el fiador, y no cuando lo hace valer el acreedor [afianzado] frente al deudor concursado como mantenía la denominada tesis literalista, al no tener sentido que la condición del crédito del acreedor principal dependa de que el crédito esté o no afianzado, haciendo de peor condición al que tiene la garantía respecto del que no la tiene, cuando la relación especial que inficiona el crédito es ajena a dicho acreedor principal. Es más, resolvía así inclinando la balanza hacia la denominada tesis correctora, a esos solos efectos, esto es, al entender referido el precepto sólo respecto del fiador y no respecto del acreedor de crédito afianzado, pues aun cuando admitía que desde el punto de vista de la interpretación gramatical podría deducirse una solución más favorable a la tesis literalista, sin embargo la falta de claridad destacada, entendía conducía a la necesidad de acudir a otros elementos interpretativos, concretamente al elemento teleológico y sistemático, pero sobre todo porque ante la nueva redacción del precepto tras la reforma de 2.009 (...) a partir de la entrada en vigor del R.D.-Ley 3/2009, de 27 de marzo”, anunciando ya los nuevos problemas de interpretación que como el presente, la nueva redacción no muy afortunada ni totalmente esclarecedora iba a provocar. (...) el art. 87.6 en esa nueva redacción establece que “Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador”, de modo que ni en la nueva redacción de dicho precepto, ni en la posterior reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, por la que se introduce un nuevo apartado 8 de aquel, así como el art. 97.4.3 º, al regular los supuestos de modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores para el supuesto de que se diera el pago por avalista, fiador o deudor solidario, hace especificación alguna al remitirse al art. 87.6, que lo hace sin más, cuando si realmente hubiera sido la voluntad del legislador restringir la posibilidad de postergación del crédito sólo a las personas que mantuviesen una especial relación personal con el deudor concursado enumeradas en el artículo 93 LC, así lo hubiese dispuesto haciendo tal salvedad y es así que pese a las dos reformas operadas que acabamos de citar, no la hizo, luego no se puede seguir manteniendo que por ser esa la voluntad del legislador, la de evitar el fraude en perjuicio de la masa, sólo se debería optar por la calificación menos gravosa para el concurso para este reducido grupo de acreedores, pues como se razona con acierto en la instancia, la redacción del segundo inciso del precepto es meridianamente clara sin necesidad de acudir a otros elementos hermenéuticos, en el sentido de que siempre que produzca la subrogación por pago del fiador al acreedor -sin distinción alguna añadida-, en la calificación de este nuevo crédito se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador, de forma que también se puede colegir que el legislador finalmente ha optado por la protección de la masa en todo caso y del principio de la *par condicio creditorum* que preside el procedimiento concursal, evitando esa mayor gravosidad en supuestos como el presente en los que se viene a pretender el reconocimiento del crédito del fiador en fase de liquidación como especialmente privilegiado cuando ni siquiera había sido reconocido como contingente y el del acreedor había sido incluido como ordinario”.

la anterior redacción del procedimiento, aclarando que la clasificación menos gravosa para el concurso a la que alude, se refiere a los supuestos de subrogación por pago. Sea como sea, este precepto determina la calificación del crédito afianzado, pero no resuelve sobre la calificación del crédito independiente y autónomo del avalista o fiador. En el supuesto de un crédito afianzado por una persona especialmente relacionada con el concursado, lo que resulta gravoso para el concurso, es que el fiador especialmente relacionado con el concursado, que paga y que, por consiguiente, obtiene un crédito de reembolso contra el deudor concursado, pudiera eludir injustificadamente la calificación que a este crédito corresponde por la relación de subtítular frente al concursado mediante la subrogación en los derechos de un acreedor privilegiado”.

Por su parte, la susodicha SJM de Oviedo, de 25 de mayo de 2011 (núm. rec. 273/2009, *Tol* 2265487) reconoce que “superada ya, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2009, la disputa entre las que se vinieron en denominar interpretación literalista (*sic*) y correctora del art. 87.6 LC, no con ello se acaban las dudas exegéticas que plantea tan desafortunado precepto<sup>523</sup>.

---

<sup>523</sup> Pues –recuerda, trayendo cita literal de PERDICES HUETO (Fianza y concurso. Los derechos de garantía en la Ley Concursal, págs. 81 y ss)- “la redacción literal de esta norma no es tan feliz, ni mucho menos, como a primera vista pudiera parecer (...) la misma peca en su literalidad tanto por defecto como por exceso. Así, de un lado, deja fuera supuestos que siguiendo la lógica del legislador debería comprender, como los del acreedor principal subordinado afianzado por un garante común o privilegiado (...) Pero, por otro lado, comprende supuestos que no tiene sentido que acoja, como los referidos a los supuestos donde acreedor principal y fiador ostentan créditos de distinta clase pero ninguno de ellos subordinado, y donde la letra de la ley parece conducir inexplicablemente a una calificación a la baja del crédito privilegiado”.

Luego, prosigue la sentencia refiriéndose a que “tras esta exposición inicial aborda expresamente el caso litigioso, esto es, que el fiador ordinario goce como contragarantía frente al deudor de un derecho real mientras el acreedor principal es simplemente ordinario, para concluir que la postergación del art. 87.6 “sólo tiene sentido en aquellos casos en que se trata de asegurar un efecto querido por la ley e indisponible para las partes: sancionar a un sujeto por su especial relación con el deudor, impidiéndole ocupar en el concurso una posición distinta a la que por su estigma personal y subjetivo le corresponde “. A tal conclusión llega por una triple vía, a saber: (i) una interpretación textual (aunque en nota al pie ya aventura que pueda ser criticable hacer argumentaciones gramaticales en un texto del cual se censura precisamente su redacción literal), pues esa cualidad subjetiva que anida en la *mens legislatoris* como razón última de la postergación se deduce de la propia redacción del precepto, que hace referencia a la calificación que corresponda a acreedor principal y fiador, no a los créditos por ellos titulados; (ii) una interpretación sistemática, ya que en los casos de subordinación por razones objetivas la regla del art. 87.6 no funciona; así sucedería en el caso de comunicación tardía del crédito, en que a su juicio carece de sentido que el crédito del acreedor principal se recalifique como subordinado si el fiador comunica extemporáneamente su derecho de reembolso. Por último, se invoca una “razón técnica”, que viene a corroborar lo que califica el propio autor de “intuición precedente en el sentido de que el art. 87.6 no sea aplicable a las relaciones entre créditos ordinarios y privilegiados”, y que estriba en que mientras en este caso la onerosidad deriva de una cualidad intrínseca del crédito, contemplada libremente en el momento de su configuración, cuando de un crédito subjetivamente

Por último, y ante la cuestión de cómo comunicará el fiador, una vez satisfecha la deuda afianzada, a la administración concursal su crédito, debemos acudir al artículo 97.3.4º LC, “puesto que el texto definitivo de la lista de acreedores podrá modificarse —cuando después de presentados los textos definitivos, se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista, o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía. La Ley concursal deja la puerta abierta a la recalificación de los créditos cuando se cumplan determinados requisitos, uno de ellos el abono de las cantidades avaladas cuando se cumpla la contingencia”<sup>524</sup>.

Concluyendo, podemos colegir que, en la actualidad, tanto la finalidad como la aplicación de la norma apenas ha sufrido modificación o variación alguna respecto a la interpretación correctora que la gran parte de los órganos judiciales realizaba respecto al artículo 87.6 LC, pero desde 2009 con la seguridad y certeza que aporta el precepto.

Sin embargo, podemos plantearnos la pregunta de si estos créditos subordinados sólo afectan a derechos reales o también a avales o garantías personales, dejando por tanto sin efecto las garantías personales otorgadas por terceros. Según este artículo parece que quedarán extinguidas todas las garantías, a diferencia del Anteproyecto de 1995 que en su artículo 128 hacía referencia exclusivamente a las garantías reales.

Parece que este precepto no tendría demasiada lógica si atendemos a que se intenta reforzar la posición de los acreedores ordinarios intentando que el patrimonio del deudor no se vea disminuido; sin embargo, este no se verá reducido por el aval personal o garantías reales prestadas por un tercero, pues esta garantía es prestada por un tercero a la masa. Igualmente no afectaría la ejecución de la garantía personal, pues el fiador quedaría en la misma situación del acreedor originario siendo igualmente calificado como subordinado. Por tanto,

---

subordinado se trata la razón de tal postergación deriva de unas cualidades personales indisponibles para su titular, no eludibles en el momento de crear y configurar el crédito”.

<sup>524</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, 79/2014, de 25 de marzo de 2014 (*Tol 4484714*).

“la regla de la subordinación no sólo alcanza a la financiación directa que proporciona una persona relacionada con el deudor, sino también a la financiación que esta le presta indirectamente, a través del afianzamiento de una operación de crédito”<sup>525</sup>.

Para la jurisprudencia<sup>526</sup> en este sentido, además de recalcar las “personas especialmente relacionadas con el concursado”, resulta por ello claro que el acreedor reúne la condición de persona especialmente relacionada con el deudor concursado y que por ello el crédito que tiene frente a él, como avalista de un crédito del que es deudor principal la sociedad tiene la consideración de crédito subordinado del artículo 92.5 LC.

Es decir, que en el supuesto de que un familiar pretenda ayudar o asistir financieramente a un familiar directo –pues es por todos conocidos que en momentos de falta de liquidez o situaciones económicas financieras complicadas las entidades financieras no suelen conceder todo el importe necesario para solventar una situación económica delicada- verá cómo su crédito, en caso de que el deudor se declare en concurso de acreedores, quedará postergado legalmente a otro tipo de créditos, y ello con independencia de que dicha financiación supusiera o no el perjuicio al resto de acreedores.

Teniendo en cuenta la única excepción a la subordinación de personas especialmente relacionadas con el concursado, materializada en los créditos salariales siempre y cuando el concursado se trate de persona natural, puede considerarse exceptuables de esta subordinación los créditos por responsabilidad civil extracontractuales (artículo 91.5º LC), que sin embargo, el legislador no ha exceptuado de la subordinación de este epígrafe en el caso de que sea de personas especialmente relacionadas con el deudor. Siguiendo a este autor, quizá el legislador en su afán de subordinar todos los créditos vinculados a las personas o situaciones establecidas en el artículo 93 LC, no reparó en que la responsabilidad civil extracontractual, por definición, se trata de créditos ajenos a la voluntad del acreedor, defendiendo este autor su exclusión (no existen en este caso

---

<sup>525</sup> MANZANARES SECADES, A, y VILLORIA RIVERA, I.: “Algunos apuntes sobre los créditos subordinados en la nueva Ley Concursal”, *Diario La Ley*, núm. 5997, 15 abril 2004, p. 1830.

<sup>526</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 213/2009, de 19 de junio (*Tol 1604228*).

voluntad del concursado de contratar con persona vinculada) por “exigencia lógica y sistemática, y es respetuoso con la voluntad legislativa de privilegiar los créditos de aquellos que han sufrido daños personales o materiales como consecuencia de la conducta del acreedor”.

La lista de personas es taxativa y no cabe incluir a una persona o familiar no contemplado en esa relación y con el que, sin embargo, existiera una gran relación de amistad que incluso pudiera hacer pensar que fuera un *insider*. El artículo 93 LC hace referencia a una lista cerrada, con la problemática que ello conlleva ya que a pesar de las ventajas inherentes a la delimitación aleatoria de cierto núcleo de personas, crea, sin embargo, una rigidez difícilmente salvable, con las consecuencias perniciosas que ello conlleva. Y teniendo en cuenta que el resultado obtenido a partir de la inclusión de los referidos familiares en el párrafo primero del artículo 93 LC y a diferencia del anterior texto prelegislativo de 1995, supone la determinación legal de un círculo familiar extenso y desmesurado.

## **SECCIÓN 2ª. Concursado persona jurídica**

Según se desprende del artículo 93.2 LC se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

*“1. Los socios y, cuando estos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera.*

*2. Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en*

*la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición<sup>527</sup>.*

*3. Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que estos reúnan las mismas condiciones que en el número 1 de este apartado”.*

## **I. GENERALIDADES**

En este círculo de personas vinculadas especialmente al concursado persona jurídica se dan cita tanto personas naturales como jurídicas a partir de la presunción de que dichas personas sean, en su condición de acreedores internos, tenedores de información privilegiada, es decir, *insiders*, además de poder influir en la formación de la voluntad de la concursada. Como se ha reiterado en numerosas ocasiones, dicha presunción se establece de forma automática y sin necesidad de probar que efectivamente posean dicha información privilegiada y asimétrica que actuaría en perjuicio de los acreedores externos o resto de acreedores del concursado<sup>528</sup>.

---

<sup>527</sup> Este párrafo ha sido introducido a partir del Real decreto ley 1/2015, de 27 de febrero, que modifica la redacción dada a este segundo párrafo del artículo 93.2.2º LC por la Ley 17/2014 que era el siguiente: “(...) Salvo prueba en contrario no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis o la Disposición Adicional Cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad.”

<sup>528</sup> La lista cerrada de personas especialmente relacionadas con el deudor ex artículo 93 LC, plantea alguna desventaja, como la no inclusión dentro de sus supuestos de las *leveraged buyout*. Estas operaciones tienen su origen cuando la insolvencia se produce a partir de una compra apalancada. Por tanto, y a partir de la compra de una mercantil o sociedad no sólo se produce el cambio de socios de la compañía, sino también en su porcentaje de tenencia de capital social. El problema que se produce es en caso de que dicha mercantil declare concurso de acreedores, donde los anteriores acreedores quedarán en una situación muy diferente a la que quedaría el adquirente de dicha sociedad apalancada, pues estas compras se realizan tras examinar y a analizar estados contables y financieros, pudiendo estudiar el riesgo existente y adoptar así las garantías necesarias, y aplicar tipos de interés más elevado. Sin embargo, y probado el perjuicio (hecho este de elevada dificultad ante estas operaciones) podrán asistir a las acciones de reintegración.

Como resulta a primera vista de los tres presupuestos enumerados anteriormente que conforman el segundo párrafo del artículo 93 LC, destaca la heterogénea configuración de los mismos, resultando la justificación de algunos de ellos un tanto cuestionable. Sin embargo, y a pesar de diferencias y discrepancias acerca de la conveniencia de la inclusión de cada uno de los supuestos, consideramos, como uno de los puntos positivos de dicha relación tasada de supuestos del artículo 93 LC (o quizá el único) que puede resultar más práctico y seguro jurídicamente un hecho objetivo que la introducción de normas que requieran un correcto ejercicio de la discrecionalidad judicial a la hora de determinar quién ostenta la calificación de persona con especial vinculación con el concursado y por ende, verá sus créditos subordinados (como una de las consecuencias que la Ley Concursal anudada a dicha calificación)<sup>529</sup>. Con independencia de esta certeza jurídica, lo cierto es que como hemos defendido en otras ocasiones, un listado de las características del artículo 93 LC y las consecuencias que el mismo conlleva, puede llevar, en determinadas ocasiones a situaciones injustas ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción *iuris et de iure* que contiene dicho precepto.

En este mismo sentido, la jurisprudencia manifiesta que “a diferencia de lo que sucede con otros casos de subordinación de los créditos contra el deudor concursado, el previsto en el ordinal segundo del apartado 2 del artículo 93, en relación con el ordinal quinto del artículo 92, no depende del pacto a que pudieran haber llegado los interesados ni de cuál hubiera sido el objeto de la deuda o el comportamiento del acreedor, sino, exclusivamente, de que este resulte ser una de las personas especialmente relacionada con la deudora a que la norma primeramente citada se refiere”<sup>530</sup>.

A pesar de encontrarnos ante situaciones de diversa naturaleza jurídica, el legislador considera que estos tres supuestos enumerados en el segundo párrafo del artículo 93 LC mantendrían la consideración de *insiders* respecto al concursado, existiendo una situación

---

<sup>529</sup> A favor de la certeza jurídica aportada por el artículo 93 LC se muestra GARRIDO, J. M.: “Comentario al artículo 93.”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1671. En contra, ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVARDE, R., ALCOVER GARAU, G., y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 397.

<sup>530</sup> Sentencia Tribunal Supremo 664/2011, de 10 de octubre (*Tol* 2260687).

de desequilibrio entre estos acreedores internos (*insiders*) y el resto de acreedores de la concursada.

No obstante lo anterior, la doctrina no mantiene un criterio uniforme que justifique o fundamente la subordinación de este tipo de créditos<sup>531</sup>. Y es que parte de la doctrina justifica esta subordinación en el carácter sancionador<sup>532</sup> de la posición privilegiada de determinados acreedores próximos al deudor, así como a la infracapitalización de la sociedad<sup>533</sup>; mientras, para otro sector doctrinal, será el sólo supuesto de la proximidad al deudor la causa de la subordinación de estos créditos<sup>534</sup>.

La experiencia del derecho comparado, así como la influencia en nuestra normativa concursal de la Ley de Insolvencia alemana de 1994 ha llevado a que en nuestra Ley Concursal quede sancionada, para un sector doctrinal, la infracapitalización de la sociedad deudora, con la extensión asimismo, de dicha sanción a grupos de personas naturales o jurídicas que poco o, quizá nada, tienen de *insiders*<sup>535</sup>. Sin embargo, en la Ley Concursal no se advierte referencia a la infracapitalización, probablemente para evitar la litigiosidad en el procedimiento concursal derivada de la investigación judicial sobre la adecuada o no adecuada capitalización de la sociedad concursada, así como descender a los motivos por

---

<sup>531</sup> En este sentido, SABASTIÁN QUETGLAS, R.: “La subordinación de los créditos de las personas jurídicas”, *Anuario de derecho concursal*, núm. 15, 2008, p. 95 indica que en la Exposición de motivos de la LC a pesar de establecerse la introducción de una nueva categoría –los créditos subordinados– en la que se incluyen a aquellos que pertenezcan a personas especialmente relacionadas con el deudor que se comprendan en el artículo 93 LC, nada dice sobre el fundamento de esta subordinación.

<sup>532</sup> SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3914 y VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados...” cit., p. 169.

<sup>533</sup> GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 92 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1666.

<sup>534</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3893.

<sup>535</sup> Es decir, sin necesidad de probar el perjuicio para el resto de acreedores. Si que es cierto que la prueba de dicho perjuicio en numerosas ocasiones podría resultar un tanto compleja y provocando así que dicha litigiosidad dilata excesivamente el procedimiento concursal. Así, en el derecho norteamericano, y en virtud de la *Equitable Subordination*, serán los Tribunales (*Bankruptcy Courts*) quienes puedan determinar la subordinación de determinados acreedores siempre que existan causas fundamentadas para ello. Esta normativa tiene su origen en la doctrina *Deep Rock Doctrine* o caso *Taylor c. Standard Gas & Electric Co*, y se fundamenta en que pueden existir determinadas personas acreedores que pueden actuar como *insiders*, actuando el sistema jurídico como correctivo a dicho comportamiento. Así, esta doctrina quedó reconocida positivamente en el *Bankruptcy Reform Act* de 1978, *chapter 11 USC*.

los que el socio o persona especialmente relacionada con dicha persona jurídica concedió el crédito<sup>536</sup>.

A pesar de la influencia recibida por la Ley alemana de insolvencia de 1994, nuestra Ley Concursal sin embargo dista bastante de la misma. Así, mientras en el artículo 39 de dicha norma alemana queda recogida una lista de créditos subordinados más reducida que la propia de nuestra legislación concursal, se sigue en la misma un criterio mayormente objetivo, de modo que tanto los administradores, socios, etc. podrán ser titulares de un crédito no subordinado en cuanto que dicho crédito, cuando fuera otorgado, o tuviera una función diferente a la de sustituir a una aportación al capital social. Como observamos, cuestión muy diferente a nuestra legislación<sup>537</sup>.

No obstante, y a pesar de las diferentes influencias que nuestra legislación concursal mantiene del derecho comparado, destacando la equivalencia de los *insiders* con las persona especialmente relacionadas con el deudor (en el sentido de conocedoras de su situación financiera), esta resulta ser una peculiaridad diferenciadora con respecto a dicha normativa extranjera. A diferencia de una concreta equivalencia entre un *insider* y una personas realmente vinculada y conocedora de la situación del concursado que sea determinada judicialmente, la Ley Concursal establece un número cerrado de *insiders* sin necesidad de demostrar que efectivamente lo son, intentando no dejar así discrecionalidad alguna a la hora de determinar la vinculación o no como persona especialmente relacionada con el deudor. Por ello, la subordinación será automática, siendo indistinto que se actúe de buena o mala fe<sup>538</sup>. Y es que a pesar de haber adoptado como inspiración el modelo americano, finalmente este no ha sido seguido en el artículo 93.2 LC y difícilmente puede ser equiparado la equidad pretendida por dicho modelo norteamericano con el referido artículo. La justificación del modelo del artículo 93 LC, que carece de antecedentes en nuestro derecho podría ser el superar las dificultades que plantea la unificación de criterios

---

<sup>536</sup> En este sentido, SEBASTIÁN QUETGLAS, R.: “La subordinación...” cit., p. 97.

<sup>537</sup> En la Ley de Insolvencia alemana de 1994 igualmente aparecen personas especialmente relacionadas con el deudor, pero la subordinación regulada en su artículo 39.1.5 sólo opera en situación de infracapitalización o supuestos asimilados.

<sup>538</sup> En este sentido, ÁVILA DE LA TORRE, A, CURTO POLO, M: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3544

en torno a la determinación de los factores que deben ser estimados para decretar la subordinación de los créditos de los *insiders* y de los *non-insiders*<sup>539</sup>.

De este modo, y gracias al automatismo que implica la norma, el juez no tendrá que indagar en citaciones y conductas que pueden resultar complejas de analizar y que podrían, además ralentizar en exceso el procedimiento concursal. Sin embargo, no debemos ignorar las situaciones injustas a las que dicho automatismo puede conllevar. Y es que no toda financiación interna tiene por qué ser perjudicial. Véase como ejemplo aquella persona jurídica que no puede acceder al crédito bancario o de otros acreedores, a excepción de la de sus propios socios y de carácter tan vital que puede determinar la continuidad o no de la misma.

A pesar de las diversas modificaciones operadas en este precepto, en modo alguno han eliminado o desvirtuado la esencia y fundamento del mismo desde su promulgación en el 2003, sino que han venido a introducir distintos parches a las dificultades interpretativas que en la práctica trajo la subordinación operada en virtud del artículo 92.5º LC respecto a las personas especialmente relacionadas con el concursado detalladas en el artículo 93.2 LC, máxime si tenemos en cuenta que la mayor parte de los concurso de acreedores declarados en nuestro país eran y son de personas jurídicas, lo que ha puesto de manifiesto en más ocasiones la complejidad de la aplicación de determinados supuestos.

No podemos olvidar el impacto de la norma concursal respecto a la concesión de crédito a determinadas personas jurídicas, ya que a partir del artículo 93.2 LC y llegado la declaración de concurso de acreedores, podrían ver los acreedores que ostentaran la calificación de persona especialmente relacionada sus créditos subordinados, lo que conllevaba una inseguridad jurídica que en muchas ocasiones hizo peligrar y frustrar acuerdos de refinanciación o reestructuración abocando, en consecuencia, a la declaración de concurso de acreedores. La Ley concursal, en su evolución normativa, ha intentado proteger este tipo de acuerdos como instituciones preconcursales en aras a facilitar y

---

<sup>539</sup> ÁVILA DE LA TORRE, A, CURTO POLO, M: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3547

fomentar el la conservación de la empresa con dificultades económicas y la solicitud de concurso de acreedores como último remedio ante la insolvencia de estas.

Si bien la Ley Concursal intentó fomentar estos acuerdos de refinanciación ‘blindando’ los mismos y haciéndolos resistentes e irrevocables ante las acciones de reintegración, siempre que se cumplieran determinados presupuestos enumerados por la norma en el artículo 71 bis LC y en la disposición adicional cuarta, lo cierto es que la espada de Damocles de la subordinación *ex* artículo 92.5º LC era en muchas ocasiones una losa que impedía el buen fin de estos acuerdos o los hacía más gravosos para el deudor.

El legislador concursal enumera tres supuestos dentro de este artículo 93.2 LC en relación a las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica. Sorprende la decisión del término ‘persona jurídica’ en cuanto este concepto es aplicable a aquellas “realidades sociales a las que el estado reconoce o atribuye individualidad propia distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y deberes y dotadas de una capacidad d obrar en el tráfico jurídico a través de sus órganos o representantes”<sup>540</sup>, si bien es verdad que en determinadas ocasiones dicha expresión sea empleada como equivalente al concepto de empresa o de sociedad.

Si bien entendemos plausible la decisión del legislador de subordinar los créditos de aquellas personas que por ostentar determinada posición o relación respecto al concursado pudieran haberse valido o aprovechado de ella, lo difícil será realmente determinar qué situaciones efectivamente pueden ser subordinadas al amparo de dicho fundamento.

En un exceso de celo el legislador ha considerado personas especialmente relacionadas con el concursado un ámbito o círculo, en ocasiones, excesivamente amplio cuya determinación

---

<sup>540</sup> BELTRÁN, E., ORDUÑA, F. J. (Dtores.): *Curso de derecho privado*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 121.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 137/2011, de 15 de marzo de 2011 manifiesta que “la referencia a la persona jurídica, excluye la aplicación del sistema a los entes no dotados de personalidad. El carácter restrictivo con el que debe interpretarse la figura de los créditos subordinados, que vienen a configurarse como verdaderos antiprivilegios, dados los negativos efectos con que son considerados en la LC, aquilatan esta interpretación, sin necesidad de entrar en las significativas diferencias jurídicas entre una UTE y los supuestos de socios a que se refiere el artículo 93.2.1º LC”.

como persona con especial vinculación *ex* artículo 93 LC nada tiene que ver con el pretendido fundamento de este artículo, máxime si además tenemos en cuenta las diferencias entre este tipo de sanción automática y la prevista para las acciones rescisorias en las que además de fijar un límite temporal de dos años, se regula que serán susceptibles de subordinación *ex* artículo 71.3.1º LC los actos onerosos realizados a favor de alguna de las personas consideradas especialmente relacionadas con el concursado, eso sí, siempre que los mismos hayan resultado perjudiciales para la masa activa, extremo o condición esta inexistente a efectos de la subordinación *ex* artículo 92.5º LC.

## **II. Artículo 93.2.1º LC: LOS SOCIOS RESPONSABLES PERSONAL E ILIMITADAMENTE Y LOS SOCIOS QUE OSTENTEN UNA PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA DEL CAPITAL SOCIAL.**

En este primer supuesto del artículo 93.2 LC se distinguen dos tipologías diferentes de socios que verán sus créditos subordinados si concurren en ellos el tipo regulado en la norma. Por un lado, se encuentran los socios que responden ilimitadamente de las deudas sociales, mientras que por el otro, aquellos que sean titulares, directa o indirectamente, de una determinada participación en el capital social de la concursada.

### **II.1 Los socios con responsabilidad personal ilimitada**

#### **A) LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES COLECTIVAS Y COMANDITARIAS**

Se incluyen en este supuesto los socios de las sociedades colectivas<sup>541</sup>, los socios colectivos de las sociedades comanditarias simples y por acciones, así como el socio

---

<sup>541</sup> Artículo 127 Ccom.: “Todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de esta y por persona autorizada para usarla”.

Artículo 148 Ccom: “1. Todos los socios colectivos, sean o no gestores de la Compañía en comandita, quedarán obligados personal y solidariamente a las resultas de las operaciones de esta, en los propios términos y con igual extensión que los de la colectiva, según dispone el artículo 127. 2. Tendrán, además, los mismos derechos y obligaciones que respecto a los socios de la Compañía colectiva quedan prescritos en la sección anterior 3. La responsabilidad de los socios comanditarios por las obligaciones y pérdidas de la Compañía quedará limitada a los fondos que pusieren o se obligaren a poner en la comandita, excepto en el caso previsto en el artículo 147 (...)”.

comanditario<sup>542</sup> que de acuerdo al artículo 147.2 Ccom decida incluir su nombre en la razón social<sup>543</sup>.

En la sociedad colectiva los socios responden ilimitadamente por las deudas sociales, tal y como regula el Código de Comercio de forma imperativa, sin que en ningún caso y frente a terceros, pueda esta ser limitada en el contrato de sociedad. Esta responsabilidad en cuanto ilimitada que no queda circunscrita exclusivamente a la aportación de cada socio, y por tanto, puede hacerse efectiva sobre todos los bienes presentes y futuros del socio, *ex* artículo 1911 Cc<sup>544</sup>, es subsidiaria y provisional respecto de la sociedad (en cuanto la responsabilidad corresponde exclusivamente a esta) y solidaria entre los socios, pudiendo el socio que ha satisfecho la deuda regresar frente a sus consocios *pro quota*<sup>545</sup>.

Los socios colectivos de la sociedad comanditaria simple, están sujetos al mismo régimen de responsabilidad de los socios de las sociedades colectivas anteriormente referido, mientras que los socios comanditarios tendrán limitada su responsabilidad a los fondos que pusieren o se obligaran a poner en comandita (a excepción del supuesto del artículo 147 Ccom).

Tanto la sociedad colectiva como la comanditaria simple son denominadas personalistas, en función de la responsabilidad que adquieren sus socios colectivos, mientras que la comanditaria por acciones se regula en la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto su consideración como sociedad anónima especial de la que se distingue, entre otros aspectos,

---

<sup>542</sup> CORDERO LOBATO, E: “Comentarios al artículo 93 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1106 incluye como supuesto del artículo 93.2.1º LC a los socios comanditarios del artículo 148 Ccom.

<sup>543</sup> Destaca PAZ-ARES, C.: “La sociedad colectiva y la sociedad comanditaria”, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dtores.): *Lecciones de derecho Mercantil*, Volumen I, 11ª edición, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 408 que la *ratio* de esta regla es la misma que la del artículo 126.III Ccom para la colectiva, esto es, que aquellos que no perteneciendo a la compañía colectiva incluyan su nombre en la razón social quedarán sujetos a responsabilidad solidaria.

<sup>544</sup> Esta responsabilidad ilimitada recaería entre todos los socios, incluido el socio industrial, que no podría invocar a su favor los artículos 138 y 141 del Ccom, al no regular ninguno de ellos la responsabilidad. En estos casos, y salvo que se haya dispuesto otra cosa, la cuota a satisfacer por cada uno de los socios será igualitaria, viéndose esta acrecentada en la misma proporción en caso de la insolvencia de uno de los socios.

<sup>545</sup> *Vid.* los artículos 1145 y 1844 Cc.

en el peculiar estatuto jurídico al que quedan sometidos sus administradores, sometidos a un régimen de responsabilidad más severo que el resto de accionistas<sup>546</sup>.

## B) EL RESTO DE SUPUESTOS INCLUIDOS EN EL ARTÍCULO 93.2.1º LC

B1) LA SOCIEDAD IRREGULAR.- En este primer supuesto del artículo 93.2 LC quedan incluidos igualmente los socios de las sociedades irregulares, en cuanto se les aplican las normas de la sociedad colectiva, o en su caso, las de la sociedad civil, una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, y siempre que la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones<sup>547</sup>.

La sociedad irregular<sup>548</sup>, entendida como aquella en la que los socios no han completado el proceso fundacional en el tiempo y forma que la Ley ha estipulado, debe regirse en lo no

---

<sup>546</sup> IGLESIAS PRADA, J. L y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “Las sociedades de capital. Aspectos básicos”, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.: *Lecciones...* Vol. I cit., p. 415 consideran que la exigencia legal del artículo 1.4 LSC respecto a la necesidad de que alguno de los socios de la comanditaria por acciones responda como un socio colectivo “no obedece a su incardinación en la categoría de las sociedades personalistas”, sino que se relaciona directamente con el régimen de administración de dicha sociedad, en cuanto aquellos socios que acceden al órgano de administración y atendiendo exclusivamente a dicho nombramiento y cargo se les atribuye la condición de socios colectivos, asumiendo, en consecuencia una responsabilidad personal e ilimitada respecto de las deudas sociales. En el mismo sentido, VAQUERIZO, A.: “Comentario al artículo 1 LSC”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario de la ley de Sociedades de capital*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 191-193 quien igualmente define la sociedad comanditaria por acciones como una sociedad anónima en la que los administradores responden personalmente de las deudas sociales. Dicha responsabilidad subsiste en cuanto el socio permanezca en el órgano de administración (artículo 252.3 LSC). Para este autor, esta responsabilidad mantiene una función de mantenimiento de control *ad intra* con el fundamento de “asegurar la conservación y el mantenimiento de la gestión social en un reducido grupo de control sin renunciar a la entrada de nuevos socios capitalistas que financien el desarrollo económico de la empresa social”, a diferencia de los socios colectivos en la sociedad colectiva y comanditaria simple, en la que el régimen de responsabilidad personal se enmarca en una técnica de protección de los acreedores “que encuentra fundamento en la ausencia de una normativa específica sobre el capital que garantice un control efectivo sobre las distribuciones patrimoniales efectuadas por la sociedad a favor de los socios”.

Más escuetos se muestran SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de derecho mercantil*, Vol. I, 33º ed. (6ª ed. en Aranzadi), Aranzadi, Navarra, 2010, p. 678 quienes aseveran que los socios colectivos han de ser necesariamente administradores de la sociedad.

<sup>547</sup> Artículo 39.2 LSC: “En caso de posterior inscripción de la sociedad no será de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo anterior”.

<sup>548</sup> SÁEZ, M. I.: “Comentario al artículo 39”, en ROJO, A, BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 453 entiende la sociedad irregular como una sociedad no inscrita, pero que “en el terreno de los entes corporativos en materia genérica se reparte en dos bloques normativos: los artículos 36, 37 y 38 LSC referidos a la sociedad en formación, y los artículos 39 y 40 LSC a la irregular”. Para esta autora la sociedad en formación es, en rigor, una sociedad irregular.

previsto en los pactos establecidos por las partes por las normas de la sociedad colectiva, siendo aplicable este régimen tanto para las sociedades de personas como para las de capital *ex* artículos 120 Ccom y 39.1 LSC respectivamente<sup>549</sup>, teniendo en cuenta que la falta de

---

En opinión de PAZ-AREZ, C.: “Mercantilidad e irregularidad de las sociedades”, en URÍA, A., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* Tomo I, Civitas, Madrid 1999, p. 513, y en sentido propio, “la irregularidad no es un problema de forma, sino de publicidad. La sociedad mercantil que no se haya otorgado en documento público no es irregular por faltarle la forma, sino por faltarle la inscripción”.

<sup>549</sup> *Vid.* el comentario del artículo 39 LSC de SÁEZ, M. I., en ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 456 en relación a los tres presupuestos necesarios para considerar a una sociedad en formación: 1) la sociedad debe haberse constituido válidamente, 2) demostrar fehacientemente la falta de voluntad de los socios para inscribir la sociedad y 3) que esta no se haya disuelto y continúe realizando operaciones sociales. Si concurren estos presupuestos, los socios responderán de manera ilimitada, subsidiaria y solidaria -si la sociedad tiene objeto mercantil *ex* artículo 127 Ccom-, o de modo ilimitado y mancomunado, si su objeto es civil *ex* artículo 1698 Cc.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Sociedades de Capital, el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre otras, la 1280/2006, de 19 de diciembre (*Tol 1025098*) aseveraba que “la sociedad irregular con actividad mercantil ha de regirse por las normas de la sociedad colectiva respecto de terceros y por sus pactos entre los socios (sentencias de 21 de abril de 1987, 20 de febrero de 1988, 16 de marzo de 1989, etc.), así como que el carácter irregular de la sociedad no puede ser invocado por los socios para impedir el cumplimiento de las obligaciones contraídas (sentencias de 17 de septiembre de 1984, 13 de marzo de 1989)”.

Igualmente, y a efectos de observar la evolución en el tratamiento de la personalidad jurídica de este tipo de sociedades, citamos la sentencia del Tribunal Supremo 740/2010, de 24 de noviembre de 2010 (*Tol 2056658*) que realiza una valoración respecto a la personalidad jurídica de las sociedades ‘no formalizadas’: “nuestro sistema, reconoce a los particulares potestad para la creación de sociedades civiles que gozan de personalidad jurídica como efecto de la eficacia organizativa de la voluntad contractual de los socios de constituir una sociedad. Para que la sociedad pueda oponerse frente a terceros, además, debe exteriorizar su existencia aunque no se expliciten los pactos sociales, lo que acontece en supuestos como el presente en el que los socios contratan en nombre de la sociedad, de tal forma que el tercero es conocedor de que la relación obligatoria se entabla con el ente personificado (...). Hoy en día, el artículo 33 de la Ley de Sociedades de Capital dispone: ‘Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido’. Ello no supone la imposibilidad de que se suscriban contratos en nombre de futuras sociedades de responsabilidad limitada después de haberse otorgado escritura de constitución aun no inscrita, proyectándose sus efectos, según los casos, a la sociedad en fase de constitución, a los socios, a los administradores, a quienes contrataron en nombre de esta, y, en ocasiones, tanto a la sociedad como a socios y gestores, de conformidad con lo previsto en los artículos 15 y 16 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada por la remisión contenida en el artículo 11.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy artículos 36 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital). Ahora bien, aunque como sostiene la sentencia 957/2001 de 19 octubre, la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo, y en tanto no se cumpla la Sociedad carece de personalidad a determinados efectos, la personalidad jurídica, como instrumento eficaz para la organización de las empresas y creación de un centro de imputación de relaciones jurídicas útil en el tráfico jurídico, no queda limitada a los supuestos en los que se ha otorgado escritura pública –momento a partir del cual entra en juego la previsión contenida en el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas, como se deduce de la interpretación sistemática de este precepto en relación con el artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y hoy del artículo 33 en relación con el 24 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital -, de tal forma que del contrato, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad. En este sentido apuntan diversas sentencias de esta Sala y así:

1) La de 1 de octubre de 1986, con cita de la de 21 de junio de 1983 afirma la existencia de sociedad mercantil “desde el momento en que los contratantes se obligaron a poner bienes en común con intención de obtener lucro”, aun cuando irregular “La condición de irregular, determinada por la ausencia de la escritura pública y su inscripción registral, no desnaturaliza tal carácter mercantil (...).

inscripción de la sociedad no lleva anudada su nulidad, pero sí su transformación forzosa *ministerio legis* en los tipos generales.

Huelga decir que esta responsabilidad que asumen los gestores no es sustitutiva de la correspondiente a la sociedad, sino adicional respecto de la que asume la propia sociedad y sus socios.

B2) LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.- En una situación similar se encuentra el socio o accionista único cuando transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad de este carácter unipersonal, dicha circunstancia no se hubiere inscrito en el Registro

---

2) La de 20 de febrero de 1988 sostiene que: "ya esta Sala en Sentencia de 21 de junio de 1983 admitió la existencia de sociedad irregular mercantil concertada en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las colectivas, con aplicación a la normativa específica del Código de Comercio".

3) La 1004/1992 de 13 de noviembre admite la existencia de un ente social válidamente constituido por la prestación del consentimiento probada por inferencia;

4) La 611/1996, de 17 de julio admite la constitución prescindiendo de formalidades escritas "pues puede existir por simple acuerdo verbal entre los interesados ( Sentencia de 8 julio 1993 ), siempre que concorra el elemento esencial definidor que es el "animus societatis".

5) La 1177/2006 de 20 de noviembre, reproduce la de 11 octubre 2002 y afirma que "En cuanto a la existencia de la sociedad mercantil irregular es de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 8 de julio de 1993, que cita las de 3 de abril, 11 de junio y 6 de noviembre de 1991 según la cual "desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil".

6) La 743/2009 de 13 de noviembre reconoce modalidades elementales o primarias de sociedad incluso carentes de forma específica e irregulares.

También la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 14 de febrero de 2001, rectificando anteriores criterios, sostiene que "de ciertos preceptos legales de reciente promulgación resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica -o, al menos, de cierta personalidad-, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, conforme al artículo 38, párrafo primero del Código Civil (cfr. artículos 15 y 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, a los que remiten los artículos 152 del Código de Comercio y 11.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico; igualmente, resultaba ya del tenor del artículo 116, párrafo segundo, del Código de Comercio , resulta ahora de los artículos 1 y 22.1 de la mencionada Ley de Agrupaciones de Interés Económico , que no condicionan la atribución a estas de personalidad jurídica a su inscripción registral. La inscripción en el Registro Mercantil sólo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran «su» especial personalidad jurídica [artículos 7.1, párrafo primero, i. f. de la Ley de Sociedades Anónimas y 11.1 i. f. de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada] que añade la limitación de responsabilidad de los socios; y para excluir la responsabilidad solidaria de los administradores [junto a la de la propia sociedad], conforme al artículo 120 del Código de Comercio [cfr., también el artículo 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico : «Los administradores responderán solidariamente con la Agrupación por los actos y contratos que hubieran celebrado en nombre de ella antes de su inscripción»]). Partiendo del reconocimiento de cierto grado de personalidad de las sociedades mercantiles no formalizadas en escritura pública, cuando los socios o los gestores contratan con terceros exteriorizando su existencia, quedan vinculados con la misma quienes con ella contratan conociendo que entablan las relaciones con la sociedad en fase de adquisición de personalidad, de tal forma que, una vez formalizada e inscrita, esta puede exigir de los terceros el cumplimiento de lo pactado".

Mercantil. En este caso, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad, y por tanto, quedaría incardinado en este mismo supuesto de persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica *ex* artículo 93.2.1º LC. A diferencia del régimen anterior a la Ley Concursal, la declaración de concurso de acreedores de la persona jurídica, no implicará por extensión la del socio, aunque dicha unipersonalidad no hubiera sido registralmente declarada.

Una vez inscrita la unipersonalidad, el socio único ya no responderá de las deudas contraídas con posterioridad a esta inscripción<sup>550</sup>, por lo que quedaría excluido de subordinación concursal en cuanto socio que responde personalmente de las deudas sociales (no obstante lo anterior, el socio único -titular de un porcentaje superior al determinado por la norma concursal en este artículo 93.2.1º LC- podría ver sus créditos igualmente subordinados por este hecho). En cualquier caso, el socio unipersonal no responderá de las obligaciones sociales nacidas antes de la concentración de todas las participaciones o acciones en manos de una sola persona, es decir, antes de la unipersonalidad, aunque sí lo hará respecto de aquellas nacidas antes de la inscripción de la sociedad unipersonal<sup>551</sup>.

La situación descrita con anterioridad resulta plenamente válida para los supuestos en los que el socio único sea el mismo, no sólo durante el período de los seis meses referido por la norma, sino también continúe con posterioridad a este; sin embargo, no parece tan clara en aquellos casos en que en el transcurso de esos seis meses se hubieren producido uno o varios cambios sucesivos de socio (único). En este caso, será responsable personalmente de las deudas sociales el socio único que ostente dicha condición en el momento en que expire el plazo en el que legalmente dicha unipersonalidad debería haber quedado inscrita. Si el cambio de socio se hubiera producido una vez transcurrido dicho plazo, responderían de las deudas de forma solidaria el nuevo socio y el anterior, siendo responsable el anterior socio

---

<sup>550</sup> Artículo 14 LSC.

<sup>551</sup> En cualquier caso, la vinculación del socio unipersonal por la responsabilidad que recae sobre él, a partir de los seis meses de la no inscripción de la unipersonalidad de la sociedad en el Registro Mercantil, se prolongará durante todo el plazo de prescripción de sus obligaciones.

durante el período en el que fue socio y el actual desde que adquirió la totalidad de las participaciones<sup>552</sup>.

No concluyen aquí las especificidades de la sociedad unipersonal respecto al concurso de acreedores, ya que la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 16, regula que declarado el concurso de acreedores, bien del socio, bien de la sociedad, no serán oponibles a la masa de acreedores aquellos contratos que no hayan sido transcritos al libro registro y no se encuentren referenciados en la memoria anual o en memoria depositada con arreglo a la Ley<sup>553</sup>.

El incumplimiento de estas normas de contratación será sancionado con la inoponibilidad a la masa del acto o negocio jurídico que se trate, si bien en todo caso, los negocios y contratos formalizados deberán cumplir con las leyes aplicables a los mismos<sup>554</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar del cumplimiento de los requisitos legales para que la contratación entre este socio y la sociedad unipersonal pueda resultar oponible, ello no será

---

<sup>552</sup> DÍAZ MORENO, A.: “Comentarios al artículo 14 LSC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., pp. 274-275.

En la línea de la responsabilidad de estos socios, la Ley Concursal ofrece un mecanismo garantista en su artículo 48.2 ter LC al manifestar que “el juez, de oficio, o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos del socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a al declaración de concurso, en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pudiendo, a solicitud del interesado, acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito”.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Comentario al artículo 48 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., pp. 441-442 recuerda, a partir de este artículo, el cambio de régimen jurídico con relación al anterior sistema *ex* artículo 923 Ccom. de conformidad con el cual la declaración de concurso de la sociedad colectiva o comanditaria determinada el concurso de los socios ilimitadamente responsables de las deudas sociales. A partir de la Ley Concursal se evita esta extensión automática del concurso a las personas que, si bien son responsables ilimitadamente de las deudas sociales, podían ser solventes. Como advierte la autora, este cambio de sistema era necesario, pues el régimen anterior era de difícil justificación en cuanto que las sociedades colectivas y comanditarias tienen personalidad jurídica propia y la responsabilidad ilimitada de los socios colectivos es de carácter subsidiario.

<sup>553</sup> En opinión de GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B.: “La subordinación...”, VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3702 las formalidades enumeradas en el artículo 16 LSC son cumulativas.

Fuera de este ámbito, la Ley no prevé otras consecuencias específicas respecto a este incumplimiento

<sup>554</sup> Como indica DÍAZ MORENO, A.: “Comentarios al artículo 16 LSC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., pp. 290-291 la inoponibilidad defendida en el artículo 16 LSC implica que determinado contrato o contratos pueden ser tenidos como no existentes, pero no implica la imposibilidad de invocar el contrato, ya que “siguiendo el sentido tuitivo de la técnica de la inoponibilidad” se permite a los tercero, pero no se les impone considerar el acto como no realizado o falta de efectos, debiendo estarse en todo caso al tiempo en que se perfeccionaron los contratos y no al momento de la declaración del concurso.

impedimento para que dichos créditos queden postergados legalmente en virtud del artículo 93.2.1º LC<sup>555</sup>.

Entendemos, a partir de esta medida, que el legislador ha pretendido dotar de publicidad las contrataciones que dicha sociedad mantiene con el socio único a los efectos de proteger a los terceros de posibles perjuicios que pudieran surgir al aflorar, de manera espontánea, negocios jurídicos que dicho socio hubiera podido formalizar con la sociedad<sup>556</sup>.

B3) RESTO DE SUPUESTOS.- Igualmente bajo este epígrafe, y a pesar de que la sociedad colectiva y la comanditaria simple son el paradigma de aquellas en las que los socios pueden responder de modo personal de las deudas, en el primer supuesto del artículo 93.2 LC quedarían incluidos también los socios de las sociedades civiles<sup>557</sup>, y los socios de las agrupaciones de interés económico, puesto que estos responden personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquella<sup>558</sup>. Asimismo, y a pesar del tenor literal del precepto que tan sólo alude a los socios, entendemos que pudiera incluirse cualquier persona jurídica de base asociativa, ya que estas pueden responder personal e ilimitadamente de las deudas sociales<sup>559</sup>.

---

<sup>555</sup> No se incluye en el ámbito de regulación del antiguo artículo 128 LSRL, actual artículo 16 LSC, la posición acreedora del socio único frente a la sociedad unipersonal por los derechos consecuencia de las relaciones societarias internas (dividendos, etc), pues el mencionado artículo sólo hace referencia a la contratación entre el socio único y la sociedad unipersonal.

Para GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3705, la regulación del socio único en relación con la sociedad unipersonal ha sufrido un *duro revés* con respecto a la legislación anterior, en cuanto que la LSRL introdujo la sociedad unipersonal con “justificable normalidad” utilizando, tan sólo, determinadas medidas para evitar posibles maquinaciones del socio único, mientras que con la Ley Concursal y de manera automática, ve cómo quedan subordinados sus créditos. En opinión de esta autora si en el régimen anterior “se pecaba por defecto, ahora puede que se haya hecho por exceso”.

<sup>556</sup> En relación con esta previsión, en el último párrafo del artículo 16 LSC se fija un plazo de dos años, desde la fecha en la que el socio hubiera celebrado la contratación con la sociedad para que el primero responda frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de esta como consecuencia de dicha contratación.

<sup>557</sup> De esta opinión se muestran, entre otros, CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 93 LC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit. p. 1106 y PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Los créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...* cit., p. 698.

<sup>558</sup> Artículo 5 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de interés económico.

CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 93 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1106 incluye en este artículo 93.2.1º LC como socios personalmente responsables de las deudas sociales a las fundaciones *ex* artículo 24.3 Ley 50/2002, de 26 de diciembre y a los

## II.2 Titularidad de una participación significativa del capital social de la concursada

### A) PLANTEAMIENTO PRELIMINAR.

Como se ha indicado anteriormente, el artículo 93.2.1º LC recoge dos supuestos diferentes de subordinación de los créditos de determinados socios de la concursada persona jurídica.

En este segundo caso, la Ley impone la subordinación de los créditos de aquellos socios que mantengan una determinada participación en el capital social de la concursada, sin que la norma distinga entre los distintos tipos de valores o acciones a los que el precepto pudiera referirse. Ante el silencio legal existente, entendemos, a estos efectos, que quedarán incluidos dentro de la expresión ‘capital social’ los valores de cualquier clase de los que resulte emisor la sociedad concursada, incluidas las acciones sin derecho a voto o los títulos atípicos<sup>560</sup>.

La falta de concreción y especificación de la norma respecto a la categoría de acciones o participaciones referidas en este supuesto puede llevar a situaciones quizá no pretendidas por la Ley Concursal, puesto que si el fundamento de la subordinación de este tipo de créditos es la posible influencia ejercida por sus titulares respecto a la formación de la voluntad social, a partir de su condición de *insider*, dicho fundamento podría quedar vacío

---

asociados de asociaciones no inscritas que hubieran contratado con terceros manifestando actuar en nombre de la asociación *ex* artículo 10.4 L.O. 1/2002, de 22 de marzo. La inclusión de este último supuesto también lo contempla VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...*cit., p. 1342 y SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...*Tomo IV cit., p. 3904, incluye en este supuesto de socios con responsabilidad limitada al cooperativista excluido de la cooperativa, siguiendo el artículo 15.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas que estipula que “el socio que cause baja en la cooperativa responderá personalmente por las deudas sociales, previa exclusión del haber social, durante cinco años desde la pérdida de su condición de socio, por las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja, hasta el importe reembolsado de sus aportaciones al capital social”.

<sup>560</sup> CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...*cit., p. 58 y GARRIDO, J. M.: “Comentario al artículo 93”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...*Tomo I cit., p. 1677. En el mismo sentido se manifiesta VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...*cit., pp. 1342-1343 que ante la falta de especificación de la norma considera incluido en el cómputo de este supuesto las acciones, obligaciones admitidas a negociación, opciones de compra, *warrants*, deuda, etc. Respecto a las acciones no admitidas a negociación, igualmente se incluirían las ordinarias, preferentes, sin voto o rescatables.

de contenido, por ejemplo, en relación con los acreedores sin derecho a voto<sup>561</sup>. Sin embargo, y puesto que nada dice la norma al respecto, debemos entender incluidos en este supuesto de subordinación la titularidad de cualquier tipo de participación en el capital social.

Por otro lado, y a diferencia de los textos prelegislativos previos, la vigente Ley Concursal, suprime los requisitos que para estos socios eran inicialmente previstos y en virtud de los cuales se requería, no sólo la participación en el capital social de la concursada en un determinado porcentaje, sino también la necesidad de que dicho socio mantuviera un poder efectivo sobre la persona jurídica concursada en los términos del artículo 42 Ccom., de modo que la subordinación concursal para este tipo de socios requería la presencia de ambos presupuestos. Finalmente, el presupuesto relativo al poder efectivo *ex* artículo 42 Ccom no fue incorporado en la redacción definitiva de la Ley Concursal, suponiendo en consecuencia, la ampliación del círculo de personas especialmente relacionadas con el deudor cuyos créditos serían subordinados únicamente por razón de ostentar el porcentaje de capital social fijado por la norma concursal.

Del mismo modo que sucedía en el artículo 93.1 LC, en relación al concursado persona natural, el automatismo de la subordinación *ex* artículo 92.5º LC no permite examinar y analizar cada caso concreto para determinar si, efectivamente, el titular de la participación en el capital social de la concursada posee información sensible y privilegiada sobre la misma que pudiera utilizar en su propio beneficio o hubiera podido influir en la voluntad social. El legislador presupone, sin prueba en contrario, que estos socios, en cuanto *insiders*, protagonizan conductas fraudulentas o perjudiciales para el resto de la masa pasiva y por ese motivo califica sus créditos como subordinados.

---

<sup>561</sup> La imprecisión de este precepto era mayor en la primigenia redacción del artículo, puesto que el aspecto temporal en el que dicha norma podía ser aplicada no quedaba del todo clara. La doctrina interpretó de forma mayoritaria que dicha condición de socio debía ser mantenida en el momento de la declaración de concurso de acreedores de la deudora o en los dos años anteriores a esta, puesto que no parecía que dicho intervalo temporal fuera aplicado para los cesionarios, según se desprende del artículo 93.3 LC y no lo fuera para los transmitentes de aquellos créditos. *Vid.* GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1678.

## B) LA PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA.

La condición de socio queda unida de forma indisoluble a la titularidad de la acción en la sociedad anónima y de la participación en la sociedad limitada, atribuyendo a su titular una determinada posición jurídica como socio que mantiene un contenido patrimonial y personal susceptible de ser objeto de negocios jurídicos diversos<sup>562</sup>, y atribuyendo al socio los derechos reconocidos en la Ley y en los estatutos *ex* artículo 93 LSC.

La Ley concursal fija un determinado porcentaje de participación en el capital social de la concursada, un umbral de participación, a partir del cual los créditos que titulen dichos socios quedarán subordinados en virtud del artículo 93.2.1º LC<sup>563</sup>.

Como se ha advertido con anterioridad, la norma tan sólo hace referencia al porcentaje de capital social que titulan los socios, sin especificar el tipo o clase de acciones o participaciones que estos deben ostentar a tal efecto. Como consecuencia de lo anterior, pudiera alcanzarse la participación significativa requerida por la Ley Concursal a partir de la titularidad de acciones sin derecho de voto, en cuanto el socio es titular de la participación determinada por la norma, pero sin que, en principio, la subordinación de este supuesto pueda quedar justificada a partir de la posible influencia que estos ejerzan en la voluntad social.

La exigencia de esta participación social se fija en un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un diez por ciento, si no los tuviera.

Los socios, por su condición, poseen un derecho de información cuyo origen reside en el natural interés del accionista por conocer la marcha de la sociedad. Este derecho de información, regulado en el artículo 93 LSC, actúa como un instrumento de control de la gestión social que posee un carácter auxiliar respecto a otros derechos y es atribuido, en

---

<sup>562</sup> IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRRÍA, J.: "Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones", MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.: *Lecciones...* Vol I cit., p. 452.

<sup>563</sup> La Ley Concursal no distingue el origen por el que el socio ostenta dicha participación significativa.

principio, a todos los socios, sin limitación alguna<sup>564</sup>. Sin embargo y a pesar de que esto es así, lo cierto es que la participación significativa exigida por la Ley Concursal como umbral mínimo a partir del cual los socios que ostenten la misma serán sancionados con la subordinación de sus créditos, no implica ni conlleva un mayor derecho de información de la sociedad que el que pudieran tener otros accionistas individuales con menor participación en la misma, siendo además poco probable que dicha participación significativa pudiera influir en la voluntad social.

No deja de ser sorprendente el umbral mínimo fijado por el legislador concursal en relación a los efectos inherentes a su titularidad. De forma automática, sus créditos son subordinados sin que parezca existir una justificación razonada para la adopción de dicha decisión, a partir del porcentaje exigido por la norma. Una vez suprimido el requisito de control efectivo que junto al de la participación se encontraba presente en los textos prelegislativos, quedan finalmente subordinados los créditos de aquellos socios que titulen la participación fijada en la Ley Concursal y que dudamos posean poder de decisión y gestión en la sociedad por razón de dicha participación. Además, como ya se ha indicado anteriormente, la participación significativa fijada por el legislador concursal no implica un mayor nivel de información para su titular que cualquier otro accionista individual que posea una menor participación, máxime cuando además, la Ley Concursal determina un porcentaje fijo de participación e indiferente a cada tipo social, obviando de este modo las particularidades de cada tipo social<sup>565</sup>.

La primera crítica que se nos antoja respecto a la elección, por parte del legislador, de la participación significativa del artículo 93.2.1º LC es la relativa al *quantum* respecto al capital social requerido para que los créditos de dichos socios resulten subordinados por ese mero hecho.

---

<sup>564</sup> CAMPUZANO, A. B.: “Comentarios al artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo IV cit., p. 797.

<sup>565</sup> ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación de la masa...” cit., GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal...*cit., p. 404.

Las críticas de la doctrina a la determinación legal de la cuota de participación en el capital social de la sociedad concursada son numerosas, y con origen, principalmente en la fijación de un porcentaje de capital social, en principio aleatorio, contando además con que dicho porcentaje no supone o no equivale a contar con capacidad de decisión ni, incluso, a ejercer una especial influencia sobre la sociedad<sup>566</sup>.

Si bien no compartimos la fijación de un determinado porcentaje que lleve anudado, de forma automática, la subordinación de los créditos de su titular, la determinación del porcentaje reflejado en la norma no es baladí en cuanto la misma no es desconocida en nuestra tradición mercantilista. La participación del diez por ciento era la requerida por el derogado artículo 86 TRLSA<sup>567</sup>, aprobado por el Real decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, e incorporado en la actualidad en el artículo 155 de la LSC a los efectos de notificar las participaciones que una sociedad, por sí misma o por medio de una sociedad filial, pudiera poseer de otra sociedad<sup>568</sup>, debiendo repetirse dicha notificación para cada una de las sucesivas adquisiciones que superen el cinco por ciento del capital.

---

<sup>566</sup> GUASCH MARTORELL, R.: “El régimen concursal de los préstamos de los socios”, *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3720. Además, tal y como considera FLORES DOÑA, S.: *Participaciones significativas en sociedades anónimas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 25 el hecho de que un socio mantenga más poder de influencia o control que otro debe relativizarse en cuanto que la adecuación del porcentaje significativo a la realidad económica empresarial dependerá igualmente de otras variables, no sólo de la determinación de dicha participación significativa.

<sup>567</sup> FLORES DOÑA, S.: *Participaciones significativas...* cit., pp. 22-26 repasa los antecedentes legislativos de la elección, por parte del legislador, de la participación mínima del diez por ciento en la derogada Ley de Sociedades Anónimas. Para ello acude al Anteproyecto de LSA de mayo de 1979 en el que ya se introducía en la norma el deber de notificar a la sociedad las participaciones que superasen el diez por ciento en su capital. La finalidad era la de impedir el abuso del poder económico, tal y como se desprendía de su Exposición de Motivos. Posteriormente, el Anteproyecto de LSA de 1986 suprimió esta disciplina, siendo posteriormente incorporada en su artículo 86: "Notificación.- 1. La sociedad que, por sí misma o por medio de una sociedad filial, llegue a poseer más del diez por ciento del capital de otra sociedad deberá notificárselo de inmediato, quedando mientras tanto suspendidos los derechos correspondientes a sus participaciones.- Dicha notificación habrá de repetirse para cada una de las sucesivas adquisiciones que superen el cinco por ciento del capital.- 2. Las notificaciones previstas en el apartado anterior se recogerán en las memorias de ambas sociedades". Advierte esta autora que la obligación de declarar las participaciones significativas a la sociedad resuelve positivamente algunos de los problemas planteados por el silencio de la LSA de 1951 al respecto. Así, los miembros del órgano administrativo de las sociedades anónimas podrán conocer prontamente la distribución de las acciones, que superen el porcentaje del diez por ciento de la cifra del capital social, con independencia del carácter unilateral o recíproco de la participación. A partir de dicha proporción el titular de una participación significativa podría predominar sobre los demás accionistas y, por esta razón, influir o imponer su voluntad en las decisiones de la Junta General de accionistas.

<sup>568</sup> Esta cifra le parece conforme a AVILA, A.: “Comentario del artículo 151 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., pp. 1156-1157 en cuanto al margen de las cuestiones relativas al control, que a su juicio escapan a la previsión, “permiten la inversión cruzada sin alterar la estabilidad del capital”.

El legislador concursal requiere la titularidad de un mayor porcentaje respecto a este tipo de sociedades cuyos valores no se encuentran sujetos a negociación en mercados secundarios, al entender que en las sociedades cuyos valores son admitidos a negociación el capital social se encuentra más fragmentado y dividido entre diferentes accionistas pudiendo inferir un mayor control social con un menor número de acciones.

De forma paralela a la fijación de un porcentaje en la legislación de las sociedades anónimas, actualmente derogada y recogida en la Ley de Sociedades de Capital e igualmente, en relación a la necesaria transparencia en los mercados<sup>569</sup>, el artículo 53 de la Ley 24/1988<sup>570</sup>, desarrollado inicialmente por la Circular CNMV 6/1989, de 15 de diciembre y sustituida por el Real decreto 377/1991<sup>571</sup>, de 15 de marzo, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones por estas de acciones propias, acoge como participación significativa, tras la aprobación de la Directiva 88/627/CEE, de 12 de diciembre, el cinco por ciento, rebajando de este modo la exigencia del diez por ciento que imponía dicha Directiva<sup>572</sup>.

---

<sup>569</sup> Destaca FLORES DOÑA, S.: *Participaciones significativas...cit.*, pp. 63-65 que el fundamento de la elección del diez por ciento en la LSA reside en la “doble función informativa que la notificación desempeña en el marco de las posibles posiciones de control existentes en el seno de las sociedades anónimas y con independencia del carácter unilateral y recíproco de la participación”; por su parte, la exigencia del cinco por ciento mantiene el mismo fundamento, cual es, dar a conocer las posiciones susceptibles de control en el seno de las sociedades anónimas cotizadas.

<sup>570</sup> Artículo 53 LMV de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores -cuya redacción actualmente no se encuentra vigente-: "Quien, por sí o por persona interpuesta, adquiera o transmita acciones de una sociedad admitidas a negociación en alguna Bolsa de Valores y, como resultado de dichas operaciones, el porcentaje de capital suscrito que quede en su poder alcance o exceda los porcentajes del total de capital suscrito que se establezcan, deberá informar, en las condiciones que se señalen, a la sociedad afectada, a las Bolsas en que sus acciones se negocien y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del porcentaje del capital suscrito que quede en su poder tras aquellas operaciones. Dichas entidades estarán obligadas a hacer pública dicha información en la forma en que se establezca y con las salvedades previstas en el artículo 91”.

<sup>571</sup> La Exposición de Motivos de este Real decreto considera que el artículo 53 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en línea con la evolución del Derecho comunitario en la materia, consagró la obligación de comunicar a las autoridades supervisoras y a la propia emisora, que deben hacer pública esta información, la adquisición o transmisión de participaciones significativas en Sociedades cotizadas en Bolsa, dejando a la potestad reglamentaria la fijación de los porcentajes correspondientes. Adicionalmente, dicho precepto estableció el deber de los administradores de tales Sociedades de comunicar todas las adquisiciones o transmisiones de acciones de las mismas que efectuarán con independencia de su cuantía.

<sup>572</sup> En opinión de FLORES DOÑA, S.: *Participaciones significativas...cit.*, pp. 25-33 este porcentaje es prudente si tenemos en cuenta que dicha cifra es un promedio entre las cifras vigentes. Considera además que el legislador ha sido prudente en la elección del diez por ciento, como participación significativa, en el caso de las sociedades anónimas –artículo 86 TRLSA- y del cinco por ciento para las cotizadas en el Real decreto

En un ejercicio de sinceridad, no escondemos que hubiera resultado igualmente cuestionable y criticable cualquier porcentaje que el legislador hubiera fijado como umbral mínimo<sup>573</sup>, puesto que el hecho de subordinar sin más consideración los créditos titularidad del socio que ostente dicha participación significativa hunde sus raíces en la tan cuestionada subordinación operada por el artículo 92.5º LC respecto a los créditos de aquellas personas consideradas especialmente relacionadas con el concursado.

Si bien la Ley Concursal establece un umbral mínimo de participación en el capital social de la concursada, nada más específica respecto a dicha titularidad en el artículo 93.2.1º LC. No se determina si dicha titularidad ha de ser plena, o por el contrario, sería suficiente con la titularidad de los derechos de voto correspondientes a las acciones. Ante este vacío legal, la doctrina mercantilista autorizada considera que la participación significativa puede establecerse bien a partir de la condición de socio o bien al margen ser la sociedad, en virtud de legitimación legal o estatutaria para el ejercicio de los derechos de voto correspondientes a dichas acciones, posibilitando, de este modo, la disociación entre la titularidad de la acción y sus derechos de voto<sup>574</sup>. Consiguientemente, resultaría este criterio aplicable al ámbito concursal en cuanto el ejercicio de los derechos de voto conlleva otra serie de derechos inherentes a los mismos que posibilitan, entre otros extremos, que su titular posea un derecho de información previo a ejercitar su derecho de voto, además de la influencia, que dependiendo de su participación pudiera ejercer en la formación de la voluntad social. En consecuencia, aquel que ostente una participación significativa en el capital social en cualquiera de las fórmulas referidas anteriormente será calificado como persona especialmente relacionada con el concursado *ex* artículo 93.2.1º LC.

---

377/1991 que modifica el artículo 53 LMV. Asimismo, cataloga de acierto legislativo la elección de un porcentaje pequeño, pues “cuanto menor sea el porcentaje elegido en relación a esta participación significativa, mayor será el acierto legislativo” ya que la aplicación del régimen de información y publicidad de las participaciones significativas se desencadenará con anterioridad a otras disposiciones relacionadas con el fenómeno de las agrupaciones de empresas.

<sup>573</sup> Crítico se muestra con la decisión de fijar un porcentaje aleatorio GUASCH MARTORELL, R.: “El régimen...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3721 quien considera que esa decisión puede contribuir a incrementar los incentivos de los socios financiadores para tratar de eludir la aplicación de la norma, pudiendo formalizar pactos extrasocietarios para financiar la sociedad aquellos socios que no ostentan la participación indicada.

<sup>574</sup> FLORES DOÑA, S.: *Participaciones significativas...* cit., pp. 35-37.

La Ley Concursal tampoco recoge el tratamiento jurídico que, a efectos de subordinación, tendría un supuesto de cotitularidad de las participaciones o de las acciones en el porcentaje previsto. Ante este silencio normativo, acudimos al Derecho Mercantil a fin de colmar la laguna legal de este supuesto descrito, que aún no siendo frecuente, no será, para nada, improbable. El artículo 126 de la LSC, aunque no resuelve el problema de este supuesto concreto concursal, sí nos ofrece unas pautas para interpretar el mismo de acuerdo a la consideración jurídica de la cotitularidad societaria. Este precepto prevé la responsabilidad solidaria de los cotitulares a favor de la sociedad por las deudas nacidas de las obligaciones que deriven de la condición de socio<sup>575</sup>, por lo que coincidiendo dicha cotitularidad con la copropiedad de las acciones o participaciones y a partir de que la titularidad de estas pertenece proindiviso a varias personas que responden solidariamente de las obligaciones que como socios puedan existir, entendemos que dichos cotitulares, en cuanto titulares de una participación significativa proindiviso que son, deberán ser considerados *insiders ex* artículo 93.2.1º LC puesto que concurren en ellos los presupuestos recogidos en el referido artículo, siendo en consecuencia sus créditos subordinados por dicho motivo<sup>576</sup>.

Todo lo anterior nos lleva a colegir que el efecto conseguido por el legislador a partir de esta automaticidad de la subordinación crediticia *ex* artículo 92.5º LC en relación con el artículo 93.2.1º es la certeza jurídica de qué personas verán sus créditos subordinados *ministerio legis*, en cuanto la norma se limita a subordinar los supuestos descritos en la misma automáticamente, reduciendo la litigiosidad que pudiera derivarse de tener que interpretar la autoridad judicial cada caso analizado<sup>577</sup>, pero sin que los umbrales mínimos fijados por la Ley Concursal resulten suficientes para justificar la subordinación de dichos créditos a partir de las motivaciones anteriormente expuestas.

---

<sup>575</sup> Este artículo 126 LSC igualmente prevé y extiende el régimen descrito a los supuestos de cotitularidad que no supongan copropiedad: “la misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones”.

<sup>576</sup> Así, PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Los créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtores.): *El Derecho...* cit., p. 699.

<sup>577</sup> Para ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVERDE, R., ALCOVER GARAU, G. y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 397.

C) LA REDACCIÓN DEL PRECEPTO A PARTIR DEL REAL DECRETO LEY 11/2014, DE 5 DE SEPTIEMBRE.

Hasta la entrada en vigor de este Real decreto ley, la Ley Concursal hacía referencia exclusivamente a la necesaria titularidad de un determinado porcentaje del capital social para ser considerado persona especialmente relacionada en virtud del artículo 93.2.1º LC, pero sin incluir mayores consideraciones al respecto.

Del tenor literal del dicho precepto se entendía que, ante la falta de indicación expresa de la norma, la alusión a la titularidad de dicha participación lo era de forma directa<sup>578</sup>, puesto que una interpretación contraria del mismo ampliaría de manera desmesurada el círculo de personas especialmente relacionadas con la concursada en cuanto, tal y como se ha indicado en otras ocasiones, la subordinación supone una excepción negativa al principio de *par condicio creditorum* que debe regir el procedimiento concursal, y que debe interpretarse de manera restrictiva, en cuanto que la consecuencia de dicha calificación es la subordinación de sus créditos.

Sin embargo, esta interpretación restrictiva no resultaba del todo satisfactoria, pues dejaba sin subordinar aquellas participaciones indirectas en virtud de las cuales una sociedad propietaria del total del accionariado de otra interviene en las decisiones de una sociedad tercera participada en un determinado porcentaje por la sociedad interpuesta.

Si bien la doctrina mayoritariamente se mostró partidaria de una titularidad directa<sup>579</sup>, la jurisprudencia, atendiendo al supuesto concreto enjuiciado, defendió, no sin fisuras, la

---

<sup>578</sup> Define FLORES DOÑA, S.: *Participaciones significativas...*cit., pp. 95-96 que se producirá la participación directa “si la operación de adquisición o transmisión se ha concluido por el propio interesado en la titularidad de las acciones o en los derechos de voto correspondientes a ellas”, mientras que si la operación se ha concluido por otra persona distinta del interesado en ella, pero que se encuentra vinculado con él por alguna de las relaciones previstas legalmente, y por ello el legislador atribuye la operación al interesado y no al sujeto que la ha realizado directamente” estaríamos ante una participación indirecta.

<sup>579</sup> En la doctrina mercantilista CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...*cit., p. 58 y VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...*cit., p. 1343, entre otros, defendían que la cifra de capital social sólo se refería a la que ostentara directamente el acreedor en la sociedad concursada.

subordinación de los créditos del socio indirecto, siempre que este ostentara una participación significativa en el capital social de la sociedad interpuesta que, a su vez, fuera socia de la concursada que y ello le permitiera ejercer un poder efectivo o una influencia decisiva sobre esta última<sup>580</sup>.

Siguiendo este razonamiento jurídico, la Audiencia Provincial de Toledo en su sentencia 107/2008, de 14 de marzo (*Tol 1394782*) subordina los créditos de una caja de ahorros que a su vez participaba indirectamente en el capital de la concursada por entender que aquella superaba los porcentajes que establece el artículo 93.2.1º LC sin que, además este precepto admita prueba en contrario en la consideración de las personas que menciona, considerando por consiguiente a la tenedora de la participación indirecta persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica, resultando sus créditos, por aplicación del artículo 92.5º LC, subordinados.

Del mismo modo, la Audiencia de Castellón, en sus sentencias de 1 y 9 de febrero de 2012<sup>581</sup> confirmó sin paliativos las sentencias de instancia para subordinar *ex* artículo 93.2.1º LC los créditos de una sociedad participe de otra, a su vez socia de la concursada,

---

<sup>580</sup> Existe numerosa jurisprudencia menor que recoge esta cuestión (sobre todo en relación a entidades crédito que, a partir de una sociedad interpuesta controlan otra sociedad). Entre otras, la sentencia del Juzgado Mercantil número 2 de Málaga de 8 de noviembre de 2010 (núm. rec. 338/2009, *Tol 3239754*) manifiesta que “el sentido de los artículos 92.5 y 93.2.1 LC no es otro que el de subordinar los créditos de las personas especialmente relacionadas con la concursada, impidiendo que estas sean tratadas igual que el resto de acreedores. Es evidente que aquellos que participaban de la actividad de la concursada y se beneficiaban de ella, han de verse afectados también, en su justa medida, por las consecuencias de su situación de insolvencia. Esto supone que no puedan ser tratados igual que el resto de los acreedores. La actora, a través de la sociedad de su exclusiva propiedad X, controlaba de hecho el cincuenta por ciento de las participaciones sociales de Y, siendo por tanto, no solo un verdadero socio en una proporción muy superior a la exigida por el artículo 93.2.1, sino un socio con un poder de decisión determinante en la actuación de Y. El simple hecho de ser socio indirecto de la concursada a través de X no puede eximirle de las consecuencias de la aplicación del artículo 93.2.1 LC. Hacerlo, sería ir en contra del espíritu de la norma y de lo pretendido por el artículo 92.5. En consecuencia, debe entenderse que la actora es persona especialmente relacionada con la concursada al amparo del artículo 93.2.1 de la LC. Esta sola circunstancia bastaba para mantener la calificación realizada por la administración concursal, subordinando todos los créditos de la actora. Pero además, también habría que subordinar los créditos de la actora al amparo del artículo 93.2.3 de la LC, al ser Y una sociedad del mismo Grupo.

Igualmente, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 434/2008, de 28 de noviembre (*Tol 1467425*), 297/2010, de 5 de octubre (*Tol 1986782*), así como la de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, 71/2013, de 21 de febrero (*Tol 3762897*) nos pueden servir para materializar estas diferentes posiciones jurisprudenciales en relación a la materia referida.

<sup>581</sup> Números 53/2012 (*Tol 2533014*) y 66/2012 (*Tol 2532736*), respectivamente.

considerándola especialmente vinculada con ella por ostentar, al menos un interés directo o indirecto superior al porcentaje establecido en la norma<sup>582</sup>. El Juzgado Mercantil número 2 de Málaga de 8 de noviembre de 2010 (núm. rec. 338/2009, *Tol 3239754*), en relación con una entidad financiera que a través de una sociedad de su exclusiva propiedad controlaba de hecho el cincuenta por ciento de las participaciones de la concursada, admite que la entidad financiera era “no solo un verdadero socio en una proporción muy superior a la exigida por el artículo 93.2.1º LC, sino un socio con un poder de decisión determinante en la actuación de la concursada”. El simple hecho de ser socio indirecto de la concursada a través de la sociedad de su exclusiva propiedad no puede eximir, en este caso, a dicha entidad, de las consecuencias de la aplicación del artículo 93.2.1º LC. Hacerlo, sería ir en contra del espíritu de la norma y de lo pretendido por el artículo 92.5º LC. En consecuencia, el Juzgado calificó a la titular de la participación indirecta referida como persona especialmente relacionada con la concursada al amparo del artículo 93.2.1º de la LC.

A pesar de que este fue el criterio mayoritario respecto a las participaciones indirectas, no fue el único, puesto que otros órganos judiciales interpretaron de manera restrictiva el primer supuesto del artículo 93.2 de la Ley Concursal lo que indujo a la subordinación exclusivamente de la titularidad directa de la participación significativa fijada por la norma. Entre estas resoluciones judiciales citamos la de la Audiencia Provincial de Las Palmas, 470/2012, de 21 de noviembre (*Tol 2733062*) que justifica la no subordinación de las participaciones indirectas en la concursada en cuanto que el régimen de subordinación –de aplicación al artículo 93.2.1º LC- constituye un sistema de discriminación negativa que por su propia naturaleza que debe interpretarse de manera restrictiva, sin que pueda ser objeto de interpretación expansiva ni extrapolación analógica.

La nueva redacción del artículo 93.2.1º LC aportada por el Real decreto ley 11/2014, de 5 de septiembre, supera la dualidad interpretativa existente hasta esa fecha y acoge el criterio jurisprudencial mayoritario a fin de evitar que quien ostentara determinada participación

---

<sup>582</sup> En este mismo sentido *vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, 71/2013, de 21 de febrero (*Tol 3762897*) en la que respecto a la imposición de costas el tribunal admite que “la desestimación del recurso de apelación implicaría, en principio, la imposición de las costas de la alzada a la recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC. No obstante, considera la sala que debe apreciarse al caso la existencia de dudas de derecho”, por cuanto que la doctrina jurisprudencial en la materia no era del todo pacífica.

significativa indirecta en el capital de la concursada pudiera, por su condición de *insider*, aprovecharse de su posición en detrimento del resto de acreedores concursales. La redacción actual de este artículo considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica quienes en el momento de nacimiento del crédito “sean titulares directa o indirectamente de, al menos un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera”.

### **II.3 La extensión de la calificación a quienes ya ostentan la calificación de persona especialmente relacionada *ex* artículo 93.1 LC respecto al socio persona natural que reúna los presupuestos del artículo 93.2.1º LC**

El Real decreto ley 11/2014, de 5 de septiembre, extiende la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a quienes ostenten una relación de proximidad o de parentesco de las enunciadas en el artículo 93.1 LC respecto al socio persona natural. Esta ampliación de la calificación de persona especialmente relacionada intenta evitar que aquellas personas que por razón de parentesco, puedan influir en las decisiones que el socio persona natural pueda adoptar no se beneficien precisamente de dicha posición de cercanía ‘indirecta’ de la concursada para obtener un mejor trata en sus créditos que el resto de acreedores externos de la concursada.

La Exposición de Motivos del Real decreto ley justifica la medida en cuanto a la necesaria ampliación del quórum de la junta de acreedores, atribuyendo derecho de voto a algunos acreedores que hasta ahora no lo tenían; se trata del supuesto de quienes hubiesen adquirido sus créditos con posterioridad a la declaración del concurso (con excepción de los especialmente relacionados con el deudor) ya que hasta ese momento sólo se les reconocía ese derecho de voto cuando la adquisición se hubiera realizado a título universal o cuando se tratara de entidades financieras sujetas a supervisión. En ese momento y para fomentar la existencia de un mercado de dichos créditos se atribuye el derecho de voto a dichos nuevos

adquirentes, pero ampliando, en consecuencia, el listado de personas especialmente vinculadas con el deudor del artículo 93 LC<sup>583</sup>.

Entendemos que, a pesar de la amplitud que, tras la publicación de este Real decreto ley, adquiere el elenco de personas especialmente relacionadas *ex* artículo 93.2.1º LC, la medida resulta loable<sup>584</sup>. No lo es tanto, sin embargo, el ‘olvido’ u omisión de la norma de aplicar el mismo criterio y calificación a las personas vinculadas al administrador, de hecho o de derecho, a los liquidadores o a los apoderados generales de la empresa, en cuanto entendemos que la justificación de la influencia, o incluso de la información asimétrica, se daría también en el supuesto del artículo 93.2.2º LC<sup>585</sup> parte de la norma de ampliar la condición de personas especialmente relacionadas a quienes mantengan la cercanía detallada en el artículo 93.1 LC.

#### **II.4 El elemento temporal**

La redacción originaria de la Ley Concursal no fijaba el momento en el que debían concurrir los requisitos que determinan la calificación de persona especialmente relacionada con el concursado *ex* artículo 93.2.1º LC. No fue esta una cuestión pacífica y dio lugar a diferentes criterios doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

Para un sector doctrinal el momento relevante al que debía atenderse en orden a verificar la condición de socio *ex* artículo 93.2.1º LC era el período de los dos años anteriores a la

---

<sup>583</sup> Como indica la Exposición de Motivos del Real decreto ley 11/2014 (III), los acreedores de créditos que hubieran adquirido estos con posterioridad a la declaración de concurso no contaban con derecho de voto al existir la prevención respecto a estos acreedores de que su adquisición podía esconder algún tipo de fraude, “pero el fraude no puede estar en adquirir algo a un precio menor que aquel por el que se pretenda vender o realizar, puesto que esto es, al fin y al cabo lo propio de la actividad económica de mercado”, por lo que dicha prevención se elimina a partir de este Real decreto ley, ampliando en consecuencia el listado de personas especialmente relacionadas con el concursado del artículo 93 LC.

<sup>584</sup> Se trata de aplicar el mismo criterio que ha llevado al legislador a ampliar y extender la subordinación en el caso del deudor persona física.

<sup>585</sup> FERRÉ FALCÓN, J.: “Los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34, 2015, p. 29 aboga por la analogía como complemento de la medida adoptada en el artículo 93.2.1º LC respecto al supuesto del artículo 93.2.2º LC “si se quiere evitar que se utilice la figura del administrador societario como vía eludir el régimen de las personas especialmente relacionadas con el concurso”. *Vid.* pp. 27-29 del artículo para comparar la regulación de esta materia en la Ley Concursal con la regulación de la misma en la Ley de Insolvencias alemana.

declaración del concurso, argumentando que si ese período era válido respecto a los cesionarios o adjudicatarios de créditos del artículo 93.3 LC, de igual modo los socios podían verse afectados por dicho período de tiempo, al que además, el propio artículo 93 LC hacía referencia.<sup>586</sup> Otro sector doctrinal consideró que a efectos de evitar situaciones fraudulentas debía atenderse a que dicha participación de capital social o condición de socio con responsabilidad personal se diera en el momento de la declaración del concurso<sup>587</sup>, puesto que además el precepto se encontraba redactado utilizando el tiempo verbal presente, haciendo así, clara alusión a la declaración del concurso como el momento crítico en el que debían concurrir las circunstancias anteriormente referidas. A mayor abundamiento, esta opinión doctrinal consideraba además, que si la ley Concursal hubiera querido determinar una referencia temporal diferente lo hubiera hecho, tal y como realiza en el artículo 93.3. LC

Por último, el sector doctrinal más numeroso y cuya opinión fue finalmente trasladada al artículo referido era la que defendía que el momento clave para determinar si estábamos ante créditos que debieran ser subordinados era el del momento de nacimiento del crédito, el momento en el que se contrae el crédito con la sociedad<sup>588</sup>. Esta opinión resultaba la más acorde al sentido e interpretación de la norma concursal, ya que es en ese momento cuando el socio que se considera especialmente relacionado con el concursado puede disponer, por esa condición, de una información privilegiada y de la posibilidad de influir en las decisiones del deudor.

---

<sup>586</sup> De esta opinión GARRIDO, J. M.: “Comentario artículo 93”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., pp. 1677-1678.

<sup>587</sup> Así, ÁVILA, A. y CURTO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3556, y MERCADAL, F.: “Comentario al artículo 93 LC”, SALA, A., MERCADAL, F., ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.): *La Nueva Ley...* cit., p. 458 para quien la norma no realiza referencia temporal alguna para los supuestos primero y tercero del artículo 93.2 LC porque no lo ha considerado necesario, ya que de lo contrario, el legislador lo hubiera manifestado.

<sup>588</sup> Defensores de esta opinión eran LEDESMA ALONSO, C.: “Delimitación de la masa...” cit., GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 404, CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía...* cit., p. 59, CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al artículo 93 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...* Vol. 1 cit., p. 1107 y FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 430-431, entre otros.

En el mismo sentido, y ante el silencio normativo, la jurisprudencia se mostró igualmente vacilante en sus resoluciones. Si bien en determinadas ocasiones fijó como momento decisivo para atender a los presupuestos contenidos en el artículo 93.2.1º LC el momento de declaración de concurso, siguiendo una interpretación restrictiva de la subordinación, y atendiendo, además, al tenor literal de la norma, redactado en tiempo presente, y sin posibilidad de aplicación de dicha condición al período de los dos años anteriores a la declaración del concurso en virtud de la defensa de una interpretación restrictiva de dicho artículo<sup>589</sup>, en otras resoluciones judiciales fijó como referencia temporal relevante a los efectos del 93.2.1º LC el momento de la concesión o del nacimiento del crédito<sup>590</sup>.

La primera modificación de la Ley Concursal, operada en virtud del Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, fijó definitivamente como momento relevante a los efectos de la subordinación de las personas especialmente relacionadas con el concursado *ex* artículo 93.2.1º LC el momento del nacimiento del derecho de crédito. Con esta opción legislativa, acertada en nuestra opinión, se atiende al momento en el que el socio por su condición de persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica puede disponer, por esa condición, de una información privilegiada y de la posibilidad de influir en las decisiones del deudor<sup>591</sup>, permitiendo, además, no penalizar a aquellos acreedores que hayan podido capitalizar sus créditos en acuerdos de refinanciación anteriores al concurso.

---

<sup>589</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 434/2008, de 28 de noviembre (*Tol 1467425*) niega, de manera expresa, la posible extensión a situaciones pretéritas de dicha condición, pues de haberlo querido así el legislador, lo hubiera indicado al igual que sucede en el artículo 93.2.2º LC. Por todo ello, considera como momento relevante para la subordinación crediticia *ex* artículo 93.2.1º LC el momento de la declaración del concurso, a salvo eso sí del tratamiento de actuaciones o situaciones fraudulentas llevadas a cabo con la única motivación de eludir la calificación de persona especialmente relacionada con el concursado ante la posibilidad o la inminencia del concurso de acreedores. En esos supuestos, y no por aplicación extensiva o analógica de dicho artículo, sino por aplicación de la doctrina general de fraude de ley (artículo 6.4 Cc) que deberá ser probado, se producirá, en su caso, la directa aplicación de la norma que trató de eludirse.

<sup>590</sup> Así, la sentencia del Juzgado Mercantil de Bilbao 595/2007, de 19 de diciembre de 2007 (*Tol 1234160*).

<sup>591</sup> *Vid.* sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 297/2010, de 5 de octubre (*Tol 1986782*).

ÁVILA, A.: “Personas especialmente relacionadas”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A.: *Enciclopedia...* Tomo II cit., pp. 2220-2221 advierte de que no van a ser todos los créditos de la persona especialmente relacionada con el concursado *ex* artículo 93.2.1º LC los que se subordinen, sino tan sólo aquellos que hubieran surgido cuando su titular fuera propietario de, al menos, la participación significativa referida en la Ley Concursal. “El resto de los créditos de ese titular no se verán postergados y tendrán la calificación que les corresponda, ya que no cabe pensar en una extensión de la misma”. Critica la medida alcanzada en cuanto “no sólo no se logra superar la posibilidad de maniobras fraudulentas por parte de los

## II.5 Fundamento

Como se ha enunciado en numerosas ocasiones, el fundamento de la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado es la sospecha del legislador de que estas personas, aprovechando su situación de proximidad con el concursado puedan actuar sirviéndose de esa condición, de manera fraudulenta o perjudicial para el resto de acreedores externos del concurso, bien a partir de la información asimétrica que estos posean, bien a partir de la capacidad de influir en el concursado, por lo que de manera automática, y sin otra justificación que la de su consideración de *insiders*, el legislador decide la subordinación de los créditos de estas personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos del artículo 92.5º LC.

Distinguiendo, sin embargo, los dos tipos de personas especialmente relacionadas que identifica el 93.2.1º LC, la justificación de cada uno de ellos resulta, en principio, diferente debido a la distinta posición social que ostentan. En primer lugar, la norma sanciona con la subordinación los créditos de aquellos socios personalmente responsables de las deudas sociales. El fundamento de la postergación en este caso concreto reside en la gestión y participación activa de estos socios en el funcionamiento de la sociedad, resultando adecuado a este respecto que no cobren primero quienes han de responder con todos sus bienes en el caso de que el patrimonio social resultara insuficiente para hacer frente a los créditos contraídas con terceros<sup>592</sup>. La Ley Concursal deroga el régimen anterior regulado en el artículo 923 del Código de comercio, en virtud del cual la quiebra de la sociedad se extendía al socio. A partir del 2003 esto no será así, pero no sería ajustado a Derecho que estos cobraran antes que el resto de socios que no tenían conocimiento alguno del estado de la sociedad y que por supuesto, no habían gestionado.

Esta justificación, aplicable a este tipo de socios, no fundamenta la subordinación de los créditos de aquellos socios que titulan la participación significativa del capital social de la

---

socios, sino que además, se discrimina innecesariamente a otros titulares personas especialmente relacionadas, y se introduce un elemento de incertidumbre en torno al tratamiento que hayan de merecer los titulares de créditos de distinta calificación”.

<sup>592</sup> ÁVILA, A. y CURTO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3553 quienes además consideran que estos socios “no salen tan mal parados” en relación con el anterior artículo 923 Ccom.

concurada fijada a estos efectos por la Ley Concursal. Es cierto que un socio, por el mero hecho de serlo posee un mayor derecho de información social que un acreedor externo, pues esta facultad es un derecho individual del accionista que es inderogable e instrumental para el ejercicio de otros derechos, entre ellos, el derecho de voto<sup>593</sup>, y se materializa a partir de la posibilidad de obtener determinada información y documentos en la Junta general.

No obstante lo anterior, debemos de tener en cuenta que este derecho de información que ostenta todo socio, permanece inmutable y es idéntico tanto para el socio que ostenta la participación significativa fijada por la Ley Concursal como para un accionista con un menor porcentaje de participación en el capital social. Por otra parte, no resulta del todo sostenible el hecho de que un socio con la participación requerida por la norma concursal pueda influir en la voluntad social, ya que verdaderamente el umbral mínimo fijado resulta un tanto exiguo para tales fines<sup>594</sup>.

Si bien es cierto que estos argumentos no son los suficientemente rotundos por sí solos para justificar la subordinación de los créditos de estos socios, es cierto que aunque sea a partir del derecho de información que dicho socio posee, y sólo por el hecho de serlo, es calificado como *insider* en contraposición a los acreedores externos que contarán con una menor información de la sociedad<sup>595</sup>.

---

<sup>593</sup> CAMPUZANO, A. B.: “Comentario al artículo 93 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 797 advierte de este derecho de información como instrumento de control de la gestión social y defensa de los intereses del socio que existe en todas las formas óciales aunque variando respecto su intensidad y amplitud.

<sup>594</sup> Crítico a este respecto se muestra IGLESIAS, J. L. y VAQUERIZO, A.: “Sobre la subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., pp. 3738-3739 quienes critican el capital exigido como insuficiente para fundamentar la postergación en los casos en los que el acreedor se encuentre activamente involucrado en la dirección de la sociedad y con un cierto peso específico en el seno de sus órganos de decisión. En esta misma línea SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3904 considera que el porcentaje exigido por la Ley Concursal no es suficiente para acreditar un conocimiento específico de la sociedad y GUASCH MARTORELL, R.: “El régimen concursal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3721.

<sup>595</sup> Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 434/2008, de 28 de noviembre (*Tol 1467425*): “Esta técnica de subordinación automática persigue y produce de hecho la protección de los acreedores externos en detrimento de los internos, a los que se penaliza sin indagar en más consideraciones sobre la causa y origen de su crédito (que no tiene por qué responder en todo caso a un ánimo defraudatorio o de perjuicio a los intereses de los acreedores, ni a una conducta social o jurídicamente reprochable), dando

Existen quienes han querido ver en la subordinación de los créditos de los socios la sombra de la infracapitalización<sup>596</sup> como mecanismo al que acude el ordenamiento jurídico para sancionar a quienes no han capitalizado adecuadamente la sociedad y no sólo han consentido que el capital social no fuera suficiente en relación al objeto social para el cual fue constituida, sino que han intentado cubrir ese déficit a partir de préstamos otorgados por ellos mismos evitando el riesgo empresarial que las aportaciones sociales conllevan, a la vez que asumiendo determinadas ventajas, por razón de su concesión, que no obtendrían de otro modo a partir de aportaciones sociales. De esta manera el socio prestamista desplaza el riesgo empresarial a los acreedores obteniendo, a su vez, la ventajas propias del préstamo, cuales son la retribución de los intereses pactados por el capital prestado, incentivos fiscales si estos existiesen, y lo que es más importante, el socio resultaría, a los ojos de la sociedad, como un acreedor prestamista más al que una vez llegado el vencimiento del préstamo debería satisfacer la deuda acordada. A mayor abundamiento, el socio, debido a la posición que ostenta en el accionariado de la deudora podría además beneficiarse de un mejor trato que el resto de los acreedores y acordar incluso la incorporación de garantías que mejoraran y reforzaran su posición acreedora, pudiendo incluso ‘exigir’ la amortización anticipada del préstamo ante la previsión de una posible insolvencia de la sociedad prestataria. Recordamos que el acreedor, en cuanto socio, conocería mejor que nadie la situación económico financiera y podía ejercer una situación de abuso que la Ley Concursal intentaría sancionar.

El otorgamiento de préstamos sustitutivos del capital social implica que la sociedad podrá continuar con el desarrollo y consecución de su fin social, pero no de la manera prevista. Su capital social, cuya finalidad principal es de garantía a los acreedores, se ha visto de tal manera mermado que difícilmente podrá satisfacer las deudas contraídas con terceros, y

---

respuesta al mismo tiempo al fenómeno de la infracapitalización nominal para el caso de que la sociedad llegue al concurso. Tal medida contribuye, ciertamente, a la simplificación, eliminando la litigiosidad en el seno del concurso, aunque sea a costa de intereses que no han de ser en todos los casos repudiables”.

<sup>596</sup> Como enseña PAZ-ARES, J. C.: “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1983, pp. 1587 y ss., la doctrina de la infracapitalización (que al igual que en España, no está incorporada a nuestra legislación) persigue ampliar la responsabilidad de los socios en los casos en que la dotación de capital que hayan hecho resulte insuficiente, o más exactamente, cuando exista una desproporción significativa entre el capital arriesgado por los socios y el objeto social y nivel de riesgo de la empresa social.

ello con la apariencia externa de normalidad económico-financiera<sup>597</sup>. Estamos, por tanto, ante un problema con dos aristas: el incumplimiento por parte de los socios de capitalizar adecuadamente la sociedad, y la falsa apariencia de “normalidad económica” de la sociedad que conllevará a que acreedores externos contraten con ella en el bien entendido de sus obligaciones serán atendidas.

Con esta actuación, el socio prestamista se convierte simultáneamente en socio y acreedor, y en consecuencia las aportaciones económicas realizadas por un mismo socio financiador quedan sometidas a distintos niveles de riesgo ante el riesgo de insolvencia; mientras que el riesgo máximo en la inversión realizada la asumen los socios, un menor riesgo lo adquieren los acreedores. El socio, a partir de los préstamos sustitutivos de capital pretende asumir un menor riesgo que el que le correspondería por su condición de socio, provocando problemas de tutela de los acreedores externos que no pueden ver sus expectativas de cobro mermadas o incluso cercenadas porque el socio no ha capitalizado la sociedad como debería. En la infracapitalización nominal se presupone que la sociedad dispone de los recursos financieros necesarios para satisfacer las exigencias financieras que la actividad empresarial genera, pero dichos recursos no han sido aportado como aportaciones sociales, sino vía crediticia sin que puedan integrarse en los fondos propios de la sociedad.

La dualidad acreedor-socio en la misma persona resulta sospechosa para el legislador y no duda en subordinar los créditos que ostenten dicha condición. Sin embargo, la Ley Concursal en ningún momento justifica la subordinación en este motivo, aunque ello no obsta a que gran parte de la doctrina e incluso de la jurisprudencia hayan visto en la subordinación de los socios una sanción al incumplimiento por parte del socio de capitalizar adecuadamente la sociedad y llevar a la misma a la insolvencia. De ahí que el

---

<sup>597</sup> La doctrina distingue entre la infracapitalización material y nominal. La infracapitalización material aparece en los supuestos donde la sociedad no dispone de los recursos propios adecuados para cubrir satisfactoriamente las necesidades financieras que requiere la actividad o actividades empresariales que se desarrollan o que se pretenden desarrollar, sin que tampoco, de existir, deban estimarse como suficientes los recursos patrimoniales aportados por los socios mediante préstamos u otras operaciones de análogo significado económico. Por contra, se habla de infracapitalización nominal cuando las necesidades de financiación de una sociedad que cuenta con unos recursos propios inadecuados para realizar su actividad social, son cubiertas por los socios mediante aportaciones realizadas en concepto de capital de crédito. *Vid.* por todos, GUASCH MARTORELL, R.: “La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 234, 1999, pp. 1489-1514.

trato que se otorgue a dichos préstamos sea el de la subordinación, pues si dichos socios hubieran realizado las aportaciones necesarias a la sociedad, estas en cuanto capital social responderían de todas las deudas hasta la total liquidación de la misma.

La jurisprudencia también ha visto en la infracapitalización un fundamento para la subordinación de estos créditos, pero entendemos que no el único, en cuanto el legislador en un primer momento y hasta el 2011, decidió subordinar todos los créditos de los socios con independencia de su origen o naturaleza jurídica<sup>598</sup>. La justificación de la infracapitalización quedaba, por tanto diluida.

En este sentido se han manifestado numerosas resoluciones judiciales, entre ellas la del Tribunal Supremo 487/2013, de 10 de julio de 2013 (*Tol 3888194*) que ante las características concretas de la operación enjuiciada califica al préstamo como sustitutivo del capital social, reconociéndole una función económica de sustitución de la dotación de capital social encubriendo una situación de infracapitalización en que el capital social es tan exiguo que no sirve para acometer con normalidad la actividad social, ni siquiera para dotar a la sociedad de un patrimonio suficiente que le permita obtener financiación externa por parte de terceros. Ante este supuesto, el Alto Tribunal considera que “no es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores” y admitiendo como una de las justificaciones de la subordinación de los créditos de los socios que ostentan la participación significativa *ex* artículo 93.2.1º LC “si bien la Ley Concursal ha optado por calificar como crédito subordinado el resultante de cualquier operación entre la sociedad y las personas

---

<sup>598</sup> Sentencia del Juzgado Mercantil de Bilbao, número 1, 319/2006, de 14 de julio (*Tol 1052091*), SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3902 y SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3925.

especialmente relacionadas, con independencia de que reúna las características de un préstamo societario o encubra supuestos de infracapitalización<sup>599</sup>”.

Como corolario de los argumentos esgrimidos anteriormente, consideramos el fundamento de la subordinación del artículo 93.2.1º LC como un conjunto de suposiciones y hechos que llevan al legislador a considerar a los socios que cumplan las especificaciones del artículo referido como *insiders* anudando a esta consideración la calificación de persona especialmente relacionada con el concursado<sup>600</sup>, puesto que a pesar de lo indicado, el legislador decide subordinar los supuestos referidos prescindiendo de si dichos socios tendrían cierta influencia en la sociedad o cierto control sobre la misma. Fundamenta esta subordinación en su condición de *insiders*<sup>601</sup> frente a los acreedores externos.<sup>602</sup>

---

<sup>599</sup> En un sentido similar la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 137/2011, de 15 de marzo (Tol 2105315): “Una vez más no puede afirmarse con claridad cuál sea el presupuesto común a los diferentes tipos de vinculación. La opinión más extendida considera que se fundamenta en la sospecha de que el sujeto relacionado con el deudor cuenta con información privilegiada sobre su estado financiero o incluso de haber sido responsable de la situación en que el deudor se encuentra. También en una suerte de sanción contra quien debía de haber financiado adecuadamente al deudor. Así parece ser si se atiende a la cualidad de los sujetos afectados por la subordinación. Este carácter sancionador permite postular una interpretación restrictiva, de suerte que no puedan incluirse sujetos no incluidos, aunque tampoco excluirse supuestos que sí lo están. No faltan autores, por el contrario, que consideran que la subordinación tiene finalidad indemnizatoria, ante la infracapitalización de la sociedad. En todo caso, la Exposición de Motivos no aclara la finalidad de la norma”.

<sup>600</sup> SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: “La subordinación de los créditos de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho Concursal*, número 15, 2008, p. 87 considera que la Ley Concursal sanciona la posición dual de acreedor y socio así como la información privilegiada, aunque discute si esa solución es válida y si la sanción está justificada. Para PAZ ARES, J. C.: “Sobre la infracapitalización...” cit., p. 1597 la sanción por la que debe responder aquellos fondos prestados por el socio para sustituir la dotación de capital sería la de reputar dichos fondos como capital a efectos de su devolución evitando que los socios prestamistas cobren como cualquier otro acreedor externo. El socio debe considerarse sujeto al riesgo empresarial.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12, 2010, p. 112 propone un fundamento novedoso y diferente respecto a la subordinación *ex* artículo 93.2.1º LC pues supone un interés empresarial relevante en los socios aludidos en dicho precepto en cuanto los umbrales referidos en la norma concursal implican una determinada participación en los beneficios de la sociedad. En su opinión, el umbral expresa una medida de participación en los beneficios generados por la actividad empresarial que el legislador ha considerado suficiente para imputar a los socios los riesgos asociados a la financiación de sociedades con capital de crédito mediante el agravamiento de su riesgo de insolvencia como acreedor resultado de la postergación”. Esta justificación considera que pervive incluso a pesar de la excepción del artículo 92.5º LC a los créditos salariales, ya que dicha excepción sólo opera para la subordinación de créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado persona física, pero no jurídica, teniendo en cuenta además que el precepto 92.5º LC contiene normas tanto para las personas físicas como jurídicas, por lo que no entiende que dicha excepción suponga un obstáculo para el fundamento que en relación al artículo 93.2.1º LC aporta. De esta misma opinión se muestra PÉREZ MILLÁN, D.: “La subordinación de créditos y los pactos de socios”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 18, 2013, pp. 148-150.

<sup>601</sup> LEDESMA ALONSO, C.: “Delimitación de la masa...” cit., GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal...cit.*, p. 404, y IGLESIAS, J. L.,

En cualquier caso, lo cierto es que a partir de la subordinación automática y tasada que posibilita este precepto, al igual que se ha indicado en otras ocasiones, destaca como punto positivo uno (quizá el único), cual es la certeza y seguridad jurídica que este artículo permite, no requiriendo de interpretación judicial para cada caso concreto, interpretación esta que en determinados supuestos será compleja<sup>603</sup>.

## II.6 El elemento objetivo

La Ley Concursal, en su redacción originaria, no dispuso de excepción alguna respecto al ámbito de actuación de este primer supuesto del artículo 93.2 LC. Como consecuencia de ello quedaban subordinados todos los créditos que ostentaran los socios personalmente responsables de las deudas sociales, así como lo que tuvieran una participación del cinco o del diez por ciento en la misma, en los términos vistos anteriormente. Era esta causa la que no permitía la justificación de la subordinación *ex* artículo 93.2.1º LC amparada exclusivamente en la infracapitalización, sino que el fundamento de la misma respondía a un conjunto de supuestos vistos anteriormente.

Las consecuencias de la subordinación de la totalidad de créditos que ostentaran los socios frente a la concursada persona jurídica, sin atender, ni siquiera, al origen de los mismos, supuso la postergación de créditos laborales, de suministro, etc., cuya justificación y oportunidad eran bastantes cuestionables.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, acota este ámbito de actuación de la Ley Concursal y excluye de la subordinación, a partir de la modificación del artículo 92.5º LC, a aquellos

---

VAQUERIZO, A.: “Sobre la subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3738 y SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3925 quien fundamenta esta subordinación a partir de la información que tengan estas personas o de aquella que puedan tener.

<sup>602</sup> GUASCH MARTORELL, R.: “El régimen concursal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3720 defiende como fundamento de esta subordinación la protección a los acreedores externos.

<sup>603</sup> En esta misma línea PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E.: *El Derecho...* cit. p. 699, destaca las ventajas de la certeza de la hipótesis normativa. En contra de esta justificación ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., en G. VILLAVERDE, R., ALCOVER GARAU, G. y PULGAR, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p 397.

créditos que no provengan de préstamos o actos con finalidad análoga, al quedar eximidos de la subordinación que opera el artículo 92.5º LC “los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad en los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican”. Es a partir de este momento cuando se refuerza el fundamento de la infracapitalización como causa de la subordinación de este supuesto, ya que la Ley Concursal subordinaría los créditos con condición de préstamo o actos con análoga finalidad, reforzando, por tanto, la sanción de los préstamos de los socios que tienen tal naturaleza y que, por tanto, pudieran haber servido como aportaciones sociales encubiertas, infracapitalizando la sociedad y abocándola a la insolvencia y al concurso de acreedores<sup>604</sup>.

No obstante lo anterior, y a pesar de haber pretendido, con esta modificación una medida de calado, los términos en que la misma fue llevada a cabo a partir del empleo de términos de difícil concreción jurídica, puede dificultar la finalidad pretendida por la misma<sup>605</sup>. A mayor abundamiento, la redacción final de la expresión “o actos de análoga finalidad” fue introducida en la versión final de la Ley, puesto que en su anteproyecto la alusión era realizada al término “equivalentes”.<sup>606</sup>

Si embargo, la técnica de la subordinación automática *ex* artículo 92.5º LC, en relación con el artículo 93.2.1º LC, sin atender a mayores criterios que el crédito sea calificado de préstamo o acto de análoga finalidad entendemos que no permite diferenciar entre los préstamos efectivamente sustitutivos de aportaciones de capital que deberían haber sido realizadas por el socio, de aquellos préstamos que son concedidos por los socios ante la

---

<sup>604</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Guía legislativa de la Ley Concursal: texto comparado y comentado según al reforma de la ley 38/2011*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011 p. 340 acepta sin vacilaciones que la sanción del artículo 93.2.1º LC a partir de la reforma de la Ley 38/2011 es la infracapitalización.

<sup>605</sup> En este sentido se muestra VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Guía legislativa...cit.*, p. 341. Sin embargo considera dudoso que esta precisión sirva para algo, pues el socio debería demostrar que su crédito, para no ser clasificado como subordinado, deriva de un acto distinto a un préstamo o acto de análoga finalidad, concepto este “altamente impreciso”. De la misma opinión, GIMÉNEZ RAMÓN, R.: “Créditos subordinados”, MARTÍN MOLINA, P. B, (Dtor.): *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 300.

<sup>606</sup> La sentencia del Juzgado Mercantil de San Sebastián 393/2012, de 24 de septiembre de (*Tol 3249310*) afirma que esta sustitución supone ampliar el ámbito de exclusión, en tanto en cuanto una operación no puede estimarse que es crediticia pero si realizarse con dicho fin, caso de concertar un aval o pignoración por tercero a dichos efectos”.

imposibilidad de financiación de su empresa a partir de prestamistas externos, bien por los precios, bien por la negativa a su concesión, decidiendo estos apostar por la empresa y hacer frente a las necesidades financieras de la empresa con sus ahorros. Estamos pensando en aquellas empresas que tiene complicado el acceso al crédito por su dimensión, productividad y que necesitan financiar su día a día, su circulante y el cobro de sus clientes como financiación a corto plazo.

En nuestra opinión, esos préstamos o líneas de financiación de circulante concedidos normalmente por socios de empresas de reducido que deciden continuar con su actividad y ‘esperar tiempos mejores’ antes que echar el cierre no poseen la misma naturaleza que los préstamos sustitutivos de capital, pero la Ley Concursal trata de la misma manera a ambos si se cumple el tipo recogido en el artículo 93.2.1º LC en cuanto no analiza el origen concreto del créditos, sino que se limita a tratar sus consecuencias, con independencia de que la sociedad se encuentre o no adecuadamente capitalizada.

Por todo ello, consideramos, como lo hacíamos anteriormente, que la Ley continúa mirando (y tratando) con recelos las operaciones realizadas por personas vinculadas al deudor al entender que estas se encuentran en mejores condiciones para conocer con anterioridad al resto, su situación y poder prepararse ante dicha situación, atisbando en la práctica un posible fraude o perjuicio para el resto de acreedores, a pesar de que en muchas ocasiones no se den las consecuencias que el legislador prevé para estas personas<sup>607</sup>, aunque en un intento por racionalizar la sanción de dichos créditos haya excluidos aquellos créditos que no ostenten la naturaleza de préstamos o actos con análoga finalidad. Otra cosa es que la redacción final del precepto permita la correcta aplicación de este o de la finalidad con la que fue previsto.

---

<sup>607</sup> En este sentido, *vid.* la sentencia del Juzgado mercantil de San Sebastián, 393/2012, de 24 de septiembre de 2012 (*Tol 3249310*).

### III. EL ARTÍCULO 93.2.2º LC: LOS ADMINISTRADORES, ADMINISTRADORES DE HECHO, LIQUIDADORES Y APODERADOS CON PODERES GENERALES DE LA EMPRESA

#### III.1 Los administradores

El segundo supuesto del artículo 93.2 LC considera como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a quienes tienen a su cargo la gestión y administración de la concursada persona jurídica<sup>608</sup> a partir de una formulación genérica y amplia que incluye a quienes formen parte del órgano de administración de la persona jurídica concursada, cualquiera que sea su tipo, y tanto si lo son de derecho o de hecho<sup>609</sup>.

A diferencia del primer supuesto del artículo 93.2 LC, este segundo goza de una mayor extensión objetiva, pues la norma no distingue en relación al origen o naturaleza del crédito que ostenten estos gestores<sup>610</sup>, quedando, sus créditos, en todo caso, subordinados.

---

<sup>608</sup> ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 93 LC”, p. 934, y CORDERO LOBATO, E: “Comentario al artículo 93”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...cit.*, p. 1107 con una argumentación similar, AVILA, A y CURTO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA: *Estudios sobre la Ley Concursal...Tomo IV cit.*, p. 3557 para quienes debe extenderse el rigor de la sanción a quienes desarrollan la misma función de administración que los administradores.

<sup>609</sup> La Ley Concursal alude a los administradores de hecho y de derecho en otros artículos de la norma. Así, en los artículos 164.1 y 172.2.1º LC en materia de calificación del concurso y régimen de responsabilidad concursal para los administradores, así como también en el artículo 48 ter LC relativo al régimen cautelar del embargo.

<sup>610</sup> En este punto es reseñable la mención a la problemática de la retribución de los administradores y su posible subordinación. Si bien debe tenerse en cuenta que la retribución de estos, en su caso, debe fijarse en los estatutos, en opinión de PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtos.): *El Derecho...cit.*, pp. 702-703 estas no deberían quedar subordinadas, aunque es cierto que en determinadas ocasiones pudiera confundirse la función del administrador con las de alta dirección que pueda ejercer el administrador, si bien estas últimas no serían tenidas en cuenta y como tal subordinado su crédito en cuenta a la relación orgánica del administrador. Así, el contrato de alta dirección será crédito contra la masa, a excepción de que en ellas se solapen las funciones de administrador, en cuyo caso verán sus créditos subordinados, con independencia de que se trate de una persona jurídica o física designada por esta. En este sentido, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo 411/2013, de 25 de junio (*Tol 3845919*): “La primera cuestión que suscita el recurso de casación, en relación con la interpretación y la aplicación del art. 130 TRLSA al presente caso, es la compatibilidad entre la relación societaria y otra, ya sea laboral o mercantil, del administrador con la sociedad. En el presente supuesto, partimos de que los tribunales de la jurisdicción laboral desestimaron las pretensiones del Sr. Gregorio, fundadas en el contrato de alta dirección, al negar su compatibilidad con la relación que el demandante tenía con la sociedad como miembro del consejo de administración y consejero delegado. La jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo viene

## A) NOMBRAMIENTO Y CESE DE LOS ADMINISTRADORES: SU INFLUENCIA EN LA SUBORDINACIÓN CONCURSAL

El nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de su aceptación *ex* artículo 214.3 LSC, siendo esta aceptación necesaria en todo caso en cuanto declaración unilateral formulada por el llamado a ser administrador y a partir de la cual este consiente la asunción del cargo para el que ha sido nombrado<sup>611</sup>. Aceptado el nombramiento, deberá ser inscrito como un acto obligatorio, teniendo en cuenta que cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se hallen inscritas en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros, ya que el poder de representación referido es inderogable *ope legis*<sup>612</sup>.

Como se ha apuntado anteriormente, y si bien la inscripción del nombramiento no afecta a la validez y eficacia de las actuaciones jurídicas que el administrador realice en nombre de la sociedad, sí convierte al nombramiento en exacto y válido una vez inscrito. La no inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil conllevará al resarcimiento, por

---

entendiendo que <<en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral >> [ SSTS (4ª) de 26 de diciembre de 2.007 (recurso 1652/2006 ), 9 de diciembre de 2.009 (recurso 1156/2009 ), 24 de mayo de 2011 (recurso 1427/2011 ) y 20 de noviembre de 2012 (recurso 3408/2011 )]”.

Una postura similar adopta el Alto Tribunal en su sentencia 668/2006, de 16 de junio (*Tol 961842*): “En relación al artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas la Sentencia de 9 de Mayo de 2001 manifiesta que la exigencia de previsión estatutaria se refiere a la retribución de los administradores por el desempeño de tal cargo, y no la que pueda fijarse por otro concepto como la retribución laboral y servicios de alta gerencia. Así, el contrato de alta dirección será crédito contra la masa, a excepción de que en ellas se solapen las funciones de administrador, en cuyo caso verán sus créditos subordinados, con independencia de que se trate de una persona jurídica o física designada por esta”.

<sup>611</sup> En cualquier caso, el contenido de la declaración de voluntad incluirá necesariamente la manifestación del aceptante que tendrá los requisitos de capacidad necesarios sin incurrir en ninguna de las prohibiciones legales que la Ley determina en el artículo 213 LSC para ser administrador.

<sup>612</sup> *Vid.* artículos 234.1 LSC y 124.2 RRM. A este respecto, el artículo 234 LSC prevé el objeto social como límite del poder de representación. *Vid.* por todos el comentario al artículo 234 LSC que realiza ESTEBAN VELASCO, G., ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., pp. 1683-1688.

parte de la sociedad y de las personas obligadas a practicar la inscripción, de los daños que por dicha causa se hubieran provocado a terceros<sup>613</sup>.

Por su parte, el cese de los administradores, que podrá ser motivado por diversas causas, deberá ser igualmente inscrito en el Registro Mercantil en aras a dotar al mismo de publicidad frente a terceros, aunque de manera similar al nombramiento, sus efectos se producirán a partir de la comunicación del cese al administrador<sup>614</sup>.

Las consideraciones señaladas anteriormente respecto al nombramiento y cese de los administradores, tiene su importancia en la Ley Concursal en cuanto al momento al que deberá atenderse para considerar a los administradores como personas especialmente relacionadas *ex* artículo 93 LC. En coherencia con el planteamiento realizado, entendemos que el nombramiento del administrador es efectivo con independencia de su inscripción registral y como tal puede desempeñar y realizar desde ese momento los actos que le son inherentes a su cargo. Será desde ese momento desde el que, ante un eventual concurso de acreedores, pueda ser considerado persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica y, como tal, sus créditos serán subordinados en virtud del artículo 92.5 LC. Puesto que el motivo por el que la Ley Concursal decide subordinar los créditos de dichas personas es el de la proximidad con el concursado, entendemos que será la aceptación del nombramiento el *dies a quo* a tener en cuenta como inicio para el cómputo del plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso, determinado en el artículo 93.2.2º LC<sup>615</sup>.

---

<sup>613</sup> GALLEGO, E.: “Comentario al artículo 215 LSC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., pp. 1538-1539.

Si es nombrado administrador una persona jurídica, el Registro Mercantil en su artículo 143.1 exige para su inscripción, la identidad de la persona física que haya sido elegida como su representante, así como su aceptación.

<sup>614</sup> GALLEGO, E.: “Comentario al artículo 223 LSC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1588 advierte de que los terceros no pueden verse afectados por la falta de inscripción del cese, aunque sí pueden invocar esta en lo que les sea favorable. En cualquier caso, los administradores cesados cuyo cargo se encuentre inscrito en el Registro Mercantil responden frente a terceros con sujeción al régimen de responsabilidad previsto en la Ley de Sociedades de Capital, salvo que acrediten la existencia de otros administradores cuyo cargo haya sido aceptado.

<sup>615</sup> En este mismo sentido se muestran FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 470 y SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Civitas, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 229.

En simetría con lo expuesto respecto al nombramiento de los administradores, y en cuanto los terceros no pueden verse perjudicados por la no inscripción del cese de administrador en el Registro Mercantil, lo cierto es que el poder de influencia o mayor información que los administradores poseen por razón de su cargo, deviene inexistente a partir de dicho cese, con independencia de la inscripción del mismo en el Registro Mercantil<sup>616</sup>, por lo que en nuestra opinión, habría que estarse, igualmente a ese momento como *dies a quo* a los efectos de la consideración de persona especialmente relacionada *ex* artículo 93.2.2º LC, entendiendo entonces, que será el cese del administrador la fecha a partir de la cual se realizaría el cómputo de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Por último, respecto a la figura del ‘administrador suplente’ regulado en el artículo 216 LSC, en cuanto este no ostenta ni ejerce la función de administrador hasta el cese por cualquier causa de uno o varios administradores, no podrá ser calificado como persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica hasta que ostente efectivamente la condición de administrador, quedando su situación, entonces, supeditada al cumplimiento de la condición suspensiva de cese del titular<sup>617</sup>.

## B) EL ELEMENTO TEMPORAL

El segundo supuesto del artículo 93.2 LC sí prevé el momento al que debe atenderse para la determinación o no de la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica del artículo 93.2.2º LC.

En este caso, resultará indistinto para la norma el momento del nacimiento del crédito<sup>618</sup>, puesto que según determina la misma, se atenderá a quien ostente la condición de

---

<sup>616</sup> La inscripción del cese del administrador social no es constitutiva. Entre otros, QUIJANO, J.: “Comentario al artículo 236 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1694, al igual que tampoco lo es su nombramiento, SÁNCHEZ CALERO, F, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F.: *Instituciones...* Vol. I cit., p. 493. En el mismo sentido, GARRIDO ESPÁ, L.: “Aceptación e inscripción de administradores”, GIMENO-BAYÓN COBOS, R, GARRIDO ESPÁ, L. (Dtores.): *Órganos de la sociedad de capital*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 689.

<sup>617</sup> De esta opinión, GUASCH MARTORELL, R.: “El régimen concursal de los créditos de los socios”, VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3723.

<sup>618</sup> Considera GUASCH MARTORELL, R.: “El régimen...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3723 que nuestro modelo prima la condición de administrador, liquidador o apoderado general en lugar de tener en cuenta la situación financiera de la sociedad prestataria en el momento

administrador de hecho, de derecho, de liquidador o de apoderado general de la empresa de la concursada, así como quienes lo hayan sido durante los dos años anteriores a la declaración de dicho concurso<sup>619</sup>. Esta medida pretende calificar como persona especialmente relacionada no sólo a quien ostente el cargo de administrador en el momento de la declaración del concurso, sino extender retroactivamente dicha condición a quien igualmente lo hubiera sido durante el denominado período sospechoso. Con esta medida se evita que el administrador, como conecedor en primicia de la insolvencia de la sociedad o del futuro concurso de acreedores de la misma pueda renunciar o dimitir de su cargo para eludir de ese modo la calificación que la Ley Concursal le otorgaría y las consecuencias de la misma.

### C) FUNDAMENTO

La Ley Concursal califica a los administradores como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica en cuanto estos son quienes tienen atribuidas las facultades de gestión y de representación de la sociedad. Estas facultades inherentes al cargo social son las que les permiten ejercer su influencia sobre la concursada, así como contar con un mayor nivel de información del que pudieran contar otros acreedores de la

---

de la concesión del crédito. Dicho momento se hubiera tenido en cuenta a partir de la elección de la fecha de concesión del préstamo. En el mismo sentido, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 461.

<sup>619</sup> Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2014 (739/2014) que manifiesta que “la norma impone la subordinación de los créditos a quienes hubieran ostentado las indicadas condiciones fácticas y jurídicas dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque la hubieran perdido en el momento de la declaración de concurso. Por tanto, no cabe la interpretación extensiva del nacimiento del crédito a este supuesto contemplado en la norma”.

SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: *El concurso...* cit., pp. 232-237 considera deseable que cuando las personas referidas no ostentaran el cargo en el momento de la declaración de concurso fueran sus supuestos enjuiciados caso por caso por la autoridad judicial para evitar situaciones injustas ante el plazo desmesurado de dos años previstos por la norma, si bien considera que en caso contrario, podrían vaciarse de contenido las reglas de la calificación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado. De similar opinión se muestra SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3905 quien considera injusto la extensión del tiempo del referido artículo en cuanto que esos administradores puede que no sean socios de la concursada, por lo que entiende que no se les debería imputar la incapitalización de la sociedad.

Para SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* cit., p. 3927 ante la ausencia de incumplimiento de los deberes que corresponden a los administradores por el desempeño de su cargo, podía fundamentarse la subordinación de los créditos de estos en “no haber tomado las medidas necesarias para evitar situaciones de insolvencia”.

sociedad, siendo seguramente los administradores quienes mantienen un mayor conocimiento de la situación económica de la sociedad<sup>620</sup>.

Los administradores, debido a su posición, acceden a información privilegiada en función de su cargo, ya que, en todo momento, deben y necesitan contar con la información precisa y necesaria que les permita conocer exactamente la situación de la sociedad para poder adoptar las mejores decisiones estratégicas y de cumplimiento del objeto social de las mismas contando para ello con toda la información que resulte necesaria para formarse un criterio razonable, previo a la toma de decisiones y a la formación de la voluntad social.

La Ley de Sociedades de Capital ratifica, en su artículo 225.2, el deber de que los administradores se informen diligentemente de la marcha de la sociedad<sup>621</sup>, por lo que a la capacidad que este grupo de personas mantiene para influir sobre las actuaciones de la empresa, se añade la necesaria información que deben poseer sobre el estado de la misma, pudiendo, en consecuencia, llevar a cabo actuaciones a su favor, y en perjuicio del resto de acreedores.

Esta misma *ratio* es defendida por la jurisprudencia al considerar que en el ejercicio de las actividades de gestión de la persona jurídica declarada en concurso, los administradores tienen acceso inmediato a una información completa sobre la situación de la mercantil, de

---

<sup>620</sup> En opinión de SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3905, este supuesto es, dentro de la relación de personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, quizá el caso más justificable de subordinación de sus créditos, pues quizá sean quienes más conocimiento tienen de la situación económica de la sociedad. Sin embargo, ya en el supuesto de que estos administradores no sean socios de la sociedad concursada, estos no tendrían ninguna responsabilidad sobre la infracapitalización de la sociedad, por lo que o bien esta *ratio* se desvanece como criterio justificador elegido por el legislador, o bien como se ha mencionado a lo largo del trabajo, adoptando como punto de partida la justificación del infracapitalización, y a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, en el español dicha justificación se ha extendido a toda aquella persona realmente relacionada, debido a su cargo o puesto con la sociedad concursada. Esta subordinación es de total oportunidad.

<sup>621</sup> RIVAS, V.: Comentario al artículo 225 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1619 considera que el derecho de información del administrador no significa sólo la posibilidad de inspeccionar y solicitar documentos y archivos de la sociedad, sino que también puede requerir asesoramiento interno respecto a materias específicas que sean de asuntos relativos a su responsabilidad e incluso encargar informes expertos a cargo de la sociedad.

la que pueden aprovecharse para asegurar su posición en el futuro procedimiento concursal<sup>622</sup>.

La subordinación de los créditos de los administradores por razones de proximidad y vinculación de estos con el deudor se fundamenta en la desconfianza que para el legislador despierta las conductas de aquellos, precisamente por condición de *insider*, que conlleva un mayor conocimiento e información acerca de la verdadera situación patrimonial del deudor con antelación a su exposición a los terceros o extraños al círculo de proximidad<sup>623</sup>.

Esa proximidad resulta valorada negativamente en un doble sentido: de una parte, porque coloca al acreedor en una posición ventajosa en relación con el resto de los acreedores; y por otra, porque esa especial cercanía y conocimiento impregna a dicho crédito de un cierto grado de sospecha con respecto a los que no tienen esa proximidad en el tráfico mercantil. La tutela que el tráfico comercial debe proporcionar a todo acreedor de buena fe “no parece que sea extensible, al menos en el mismo plano de intensidad, a quienes conocían o estaban en condiciones de conocer perfectamente la situación patrimonial del deudor e incluso sus propósitos y expectativas<sup>624</sup>”.

---

<sup>622</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 664/2011, de 10 de octubre (*Tol 2260687*) considera que “a diferencia de lo que sucede con otros casos de subordinación de los créditos contra el deudor concursado, el previsto en el ordinal segundo del apartado 2 del artículo 93, en relación con el ordinal quinto del artículo 92, ambos de la Ley 22/2.003 -que fueron los aplicados para la calificación en las dos instancias -, no depende del pacto a que pudieran haber llegado los interesados ni de cuál hubiera sido el objeto de la deuda o el comportamiento del acreedor, sino, exclusivamente, de que este resulte ser una de las personas especialmente relacionada con la deudora a que la norma primeramente citada se refiere. Por ello, declarado que la ahora recurrente había sido administradora de X en el tiempo que establece el precepto, actuó correctamente el Tribunal de la instancia al calificar el crédito de aquella como subordinado, pues interpretó de conformidad con los cánones a que se refiere el artículo 3 del Código Civil la referida norma, que pospone a la satisfacción de los demás créditos el que tenga por titular a quien, por ser o haber sido administrador de la persona jurídica declarada en concurso, ejerció actividades de gestión de la misma y tuvo acceso inmediato a una información completa sobre su situación económica, de la que pudo aprovecharse para asegurar su posición en el futuro procedimiento concursal, con independencia de que lo hiciera”.

<sup>623</sup> De esta opinión se muestra VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...*cit., p. 1346; de un modo similar IGLESIAS PRADA, J. L., y VAQUERIZO ALONSO, A.: “Sobre la subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3739 para quienes la justificación de la subordinación de los administradores reside en su incrustación en el contrato social en cuanto que la relación del administrador con la sociedad no sólo trasciende en el plano de las relaciones jurídico obligaciones externas, sino que también hunde sus raíces en dicho contrato,

<sup>624</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3ª, 130/2013, de 30 de mayo (*Tol 4043429*). Continúa este tribunal en su justificación afirmando que “es más, como se ha apuntado doctrinalmente, en caso de asignar al crédito de la persona especialmente relacionada un rango concursal ordinario, podría

Hay quienes han querido ver en la subordinación de los créditos de los administradores *ex* artículo 93.2.2º LC la reacción del ordenamiento jurídico ante quienes han llevado a la sociedad a la insolvencia por su inadecuada gestión o incluso por no haber sabido atender adecuadamente sus necesidades financieras<sup>625</sup>. Sin embargo, no entendemos que este sea el fundamento de su consideración como personas especialmente relacionadas con el concursado, pues a pesar de que en determinadas ocasiones el órgano social o uno de sus miembros haya podido llevar a la sociedad a la insolvencia, no será así en todos los supuestos, ya que la insolvencia es una situación económica financiera es causado por más motivos que por la mala gestión que pudieran haber realizado los administradores (que no ocultamos que pueda también estar entre esos factores)<sup>626</sup>.

En nuestra opinión, la Ley Concursal ha calificado a los administradores como personas con especial relación con el concursado, como *insiders*, porque en este supuesto efectivamente lo son por su cargo en la sociedad<sup>627</sup>. A los administradores se les imputa un conocimiento y tener o haber tenido una posición de predominio en la sociedad, o si no la han tenido, igualmente se les presupone, así como haber tenido acceso a información privilegiada y sensible por razón de su cargo, y esto con independencia, no sólo de que hayan podido influir o ser responsables de la insolvencia, sino también de si se tiene o se

---

beneficiarse indirectamente al deudor en su propio patrimonio en concurrencia con sus acreedores, vulnerando así los principios informadores del Derecho concursal; es decir, que el deudor, de un modo indirecto, a través de los actos llevados a cabo por o con una de sus personas cercanas, podría acabar disfrutando de su patrimonio en la misma proporción que el resto de acreedores ordinarios”.

<sup>625</sup> SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...”cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., pp. 3926-3927. En opinión de SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: “La subordinación...” cit., p. 101 sus créditos son subordinados por la censura que merece la situación de insolvencia en la que se encuentra la sociedad concursada, aunque reconoce que esta razón no es convincente “si bien no parece haber otra que justifique la consideración de estas personas especialmente relacionadas, que dicho sea de paso, pueden no ser en absoluto responsables de la insolvencia de la sociedad que administran.

<sup>626</sup> Así, VEIGA CLOPO, A. B.: *La masa pasiva...* cit., p. 1346.

<sup>627</sup> En este mismo sentido se manifiestan IGLESIAS PRADA, J. L. Y VAQUERIZO ALONSO, A.: “Sobre la subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3739 al justificar la subordinación de los administradores por su “incrustación en el contrato social” y PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Los créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtores.): *El Derecho...* cit., p. 701.

carece de título, ya que en cualquier caso operan las conductas que el legislador ha pretendido sancionar<sup>628</sup>.

Sin embargo, como venimos criticando respecto a la subordinación automática operada por el artículo 92.5º LC consideramos que hubiera sido más adecuado valorar cada uno de los supuestos a partir del mecanismo de acciones rescisorias en perjuicio de acreedores que regula el artículo 71 LC<sup>629</sup>.

En un intento por no perjudicar al resto de acreedores del concurso debido a las prebendas que el cargo de administrador conlleva, el legislador concursal decide subordinar *ex* artículo 92.5º LC estos créditos y considerar a los administradores, de hecho y de derecho, como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.

Como sucede en todos los supuestos de subordinación del artículo 92.5º LC el pragmatismo de legislador se hace patente al regular en un listado cerrado las personas naturales o jurídicas que serán calificadas como personas especialmente relacionadas con el concursado, lo cual, con independencia de las críticas que esta fórmula jurídica conlleva, agiliza el procedimiento y reduce la litigiosidad. No obstante lo anterior, somos conscientes, como indica la doctrina mayoritaria, de que esta norma deberá aplicarse con una prudencia extrema, pues de lo contrario, esta extensión de la norma a los

---

<sup>628</sup> En este sentido, *vid.* la sentencia 85/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, de 7 de febrero (*Tol* 2160844) que respecto al fundamento de la subordinación de las personas especialmente relacionadas con el concursado “dice el artículo 92 LC que serán créditos subordinados los de quien fuera persona especialmente relacionada con el deudor. Y el artículo 93 define estas relaciones. Estos preceptos tienen su razón de ser en la desconfianza que para el legislador tiene la cercanía entre acreedor y concursado, porque a través de ella ha podido obtener mayor conocimiento e información acerca de la real situación patrimonial del deudor. De esa manera partiría con una situación de ventaja respecto al resto de acreedores, lo que *ope legis* contamina su crédito y lo relega a la condición de subordinado. Una de las características de la legislación inaugurada por la LC es que esta degradación crediticia se ha configurado en base a una presunción *iuris et de iure*. De tal manera que si se dan los presupuestos de relación del artículo 93, la calificación del crédito como subordinado opera de modo automático. La única defensa que le queda al acreedor es probar que no se da ese presupuesto. Pues la ley evita la necesidad de pronunciamientos internos sobre la buena o mala fe tanto del acreedor como de la concursada. Ha primado, pues, en el legislador el principio de seguridad jurídica y de economía procesal sobre una posible bondad o maldad del crédito”.

<sup>629</sup> SASTRE PAPIOL, S: “Los créditos ...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3926 defiende que la norma concursal debiera haber anudado la técnica de la subordinación de los créditos de los administradores a la infracción o incumplimiento de las obligaciones y deberes que la Ley impone a estos.

administradores de hecho, resultaría peligroso quedando extendido en su amplitud normativa hasta límites imposibles<sup>630</sup>.

#### D) EL ELEMENTO OBJETIVO

El artículo 93.2.2º LC, a diferencia del primer y tercer párrafo del artículo 93.2 LC, afecta a todos los créditos que ostenta el administrador, de hecho o de derecho (así como los liquidadores y apoderados generales de la empresa), sin distinción de su causa, origen o tipo, quedando subordinados en el seno del concurso por razón de su titularidad.

El legislador no considera dignos de protección los créditos de quien tiene información completa sobre la marcha de la sociedad por razón de su cargo. Por este motivo, quedan incluidos entre los créditos susceptibles de subordinación *ex* artículo 93.2.2º LC los créditos correspondientes, incluso, a la retribución de su cargo, en cuanto la Ley nada dispone en contrario. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley Concursal sí excepcionó y consideró dignos de protección los salarios del artículo 91.1º LC cuando el deudor fuera persona natural, distinción esta que no se encuentra presente en el artículo 93.2.2º LC y argumento este que ha sido utilizado igualmente por la jurisprudencia para subordinar los créditos laborales de los administradores.

El Juzgado Mercantil de Bilbao número 1, en su sentencia 406/2009, de 11 de junio (*Tol 1569235*), y ante un supuesto en el que la administración concursal había calificado el crédito laboral de un administrador social como privilegiado, subordina todos los créditos que ostenta el administrador argumentando que la Ley Concursal no ha hecho esa

---

<sup>630</sup> En este sentido, GARRIDO, J. M.: “La graduación...” cit., p. 242.

De hecho de no realizar una interpretación restrictiva pudieran considerarse como administradores de hecho aquellas entidades financieras que acuden al rescate económico de una sociedad.

De igual modo, y siguiendo a ÁVILA, A. y CURTO POLO, M: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3557, deberá quedar totalmente motivado el fallo en virtud del cual se subordina el crédito del sujeto en atención a su calificación como administrador de hecho, siguiendo así el mandato legal del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el constitucional del artículo 120.3º.

La inclusión de los administradores de hecho fue positivamente valorada por la doctrina, pues dicha consideración como personas con efectivo control en la administración y gestión de la empresa era recogido tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia. *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo 803/2001, de 30 de julio (*Tol 4974691*). Así, SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3928, en concordancia con la legislación societaria, así como con la continuidad de un término acuñado en el Código Penal.

distinción, en el bien entendido de que el legislador “no dejó la norma abierta, sino que excluye de la previsión general el caso del concursado persona física”, no siendo posible la exclusión de la regla general en el supuesto en el caso de la persona jurídica<sup>631</sup>.

En este mismo sentido se manifestó el Juzgado Mercantil número 1 de Alicante, en su sentencia 9/2007, de 3 de enero (*Tol 5266808*). Este juzgado subordinó los créditos laborales que el administrador mantenía con la sociedad, argumentando que dicha calificación no admite prueba en contrario para la consideración de persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica “por lo que no vale con decir que la sentencia del juzgado de los social desvirtúa esa presunta relación especial”. El crédito se subordina atendiendo a la condición de administrador y no en atención a su origen laboral, salvo el supuesto del artículo 91.1º LC.

En determinadas sociedades resulta muy común, por su reducido tamaño o por su consideración de sociedades cerradas que quien ostenta la condición de administrador pueda simultáneamente mantener una relación laboral por cuenta ajena ordinaria o especial de alta dirección. Sin embargo, una vez que la sociedad a la que representan y con la que mantienen, a su vez, una relación laboral sea declarada en concurso de acreedores, los administradores verán todos sus créditos subordinados por razón de su cargo, sin distinción alguna por el origen o causa de los mismos. La norma, para el supuesto del concursado persona jurídica no hace distinción, a diferencia de lo que sucede con el concursado persona física y subordina por igual todos los créditos que ostenten los administradores contra la sociedad<sup>632</sup>. Basta, pues, con que se detente la condición de administrador, con

---

<sup>631</sup> Los argumentos que esgrimía la administración concursal para calificar el crédito laboral del administrador como privilegiado se fundaban en que la LC no había pretendido subordinar cualquier clase de crédito, sino tan solo aquellos que derivan de las relaciones contractuales y los que pretenden evitar al infracapitalización, evitando de ese modo la ampliación de capital cuando esta fuera necesaria. Al no quedar incluido el crédito laboral entre los supuestos mencionados, le atribuyeron la calificación de privilegiado.

<sup>632</sup> A pesar de lo injusto que pudiera parecer la subordinación de los créditos salariales, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 475 no tiene duda de que ese ha sido el efecto buscado conscientemente por el legislador a partir de los trabajos prelegislativos.

independencia de que se trate de salarios, indemnizaciones por despido o préstamos con origen en relaciones contractuales<sup>633</sup>.

### III.2 El administrador de hecho

Mayores comentarios merece la figura del administrador de hecho, legalmente reconocido en las leyes societarias a partir de 2003, en virtud de la Ley 26/2003, de 17 de julio, de Transparencia, que modificó el artículo 133 de la LSA (actual 236 LSC) incluyendo, a partir de ese momento, al administrador de hecho como responsable personal frente a los accionistas y a los acreedores por el daño que pudiera causar por actos contrarios a la ley o los estatutos o en relación a conductas realizadas incumpliendo los deberes que la ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a esta la condición de administrador, resultando su responsabilidad asimilada definitivamente a los administradores de derecho<sup>634</sup>, pero sin que en ningún momento el legislador defina o delimite esta figura jurídica.

---

<sup>633</sup> A favor de esta total subordinación se muestran, entre otros, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...*cit., p. 475, y PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “El singular modelo español de la subordinación concursal de créditos de personas vinculadas al deudor”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014, p. 225.

En contra de la consideración de los salarios de tramitación y de la indemnización por despido como créditos subordinados se muestran las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, 551/2011, de 5 de octubre (*Tol 2265281*) y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 183/2010, de 25 de marzo (*Tol 5280495*).

<sup>634</sup> El artículo 236.1 LSC equipara la responsabilidad de estos administradores de hecho frente a los de derecho en relación con la responsabilidad del daño que estos puedan producir por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por el incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño el cargo frente a la sociedad, a los socios y a los acreedores sociales.

La sentencia del Tribunal Supremo 739/2014, de 29 de diciembre (*Tol 4654750*) cita la sentencia 721/2012, de 4 de diciembre (*Tol 3406269*) para hacer un breve repaso a la referencia normativa de esta figura jurídica: “Aunque hasta su redacción por el artículo 2.6 de la Ley 26/2003, de 17 de julio, el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas no contenía referencia expresa ni a la responsabilidad de los administradores por omisiones lesivas a la sociedad, ni a la de los administradores de hecho, la jurisprudencia admitía que la responsabilidad “por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo” comprendía la derivada de las omisiones y que afectaba tanto a los administradores formalmente designados y con cargo en vigor, como a los administradores de hecho (en este sentido, sentencia 828/2001, de 24 de septiembre) -hoy el artículo 236 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital dispone que “los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”- Ante el silencio de la norma sobre qué debe entenderse por administrador de hecho, esta Sala ha declarado que lo son “quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de estos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la

## A) LA CONFIGURACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE HECHO.

La figura del administrador de hecho ha sido construida a partir de las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado y de diversas construcciones jurisprudenciales hasta su reconocimiento normativo en el Código Penal, en virtud de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. La incorporación de dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico lo convirtió en sujeto responsable, al igual que los administradores de derecho, de los delitos societarios tipificados en los artículos 291 y siguientes de dicho Código, pero no sirvió para definir ni configurar las notas características de la administración de hecho<sup>635</sup>.

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de la figura del administrador de hecho, pues no es este el objeto de este trabajo, sí debemos destacar la importante evolución que ha sufrido la concepción del administrador de hecho en el ámbito del derecho privado.

Inicialmente, las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de finales de la década de los sesenta y de los setenta sostuvieron una interpretación restrictiva y formalista de esta figura jurídica, en la que se concebía al administrador de hecho como un administrador que, a pesar de tener su cargo caducado, se le permitía, en aras a primar la continuidad mercantil frente a otras consideraciones, actuar como tal administrador, aunque limitando, eso sí, la eficacia de dicho cargo a un plazo determinado que fuera suficiente para propiciar el nombramiento del correspondiente órgano social, y sin que la sociedad

---

actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”. Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general.

<sup>635</sup> Con posterioridad a la inclusión de esta figura en el Código penal, existieron otras referencias normativas a esta figura jurídica, que continuando con la misma sentencia tampoco sirvieron para definir la misma. Así, la modificación que del artículo 95 de la LMV introduce la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, si bien no menciona expresamente al administrador de hecho, sí se refiere a quienes ostenten de hecho o derecho cargos de administración o dirección de las personas físicas y entidades a las que resulta de aplicación los preceptos de la referida Ley y redacta dicho precepto en los siguientes términos: “Las personas físicas y entidades a las que resulte de aplicación los preceptos de la presente Ley, así como quienes ostenten de de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de estas últimas (...)”, y de manera menos expresa el artículo 89.3 de la derogada LSA.

pudiera quedar inoperativa por el solo hecho de que el o los administradores tuvieran caducado su nombramiento<sup>636</sup>.

Paulatinamente, con el transcurso del tiempo, la concepción del administrador de hecho fue ampliando sus límites, aunque sin perder la esencia de las resoluciones judiciales de años anteriores. Durante la década de los años ochenta, el Tribunal Supremo continuó refiriéndose al administrador de hecho como aquel administrador que una vez cesado en su cargo, y no habiendo mediado todavía su reelección, convocaba él mismo la oportuna junta general.<sup>637</sup> La doctrina fijada por el Alto Tribunal venía a consolidar, de este modo, la configuración del administrador de hecho como aquel que, por diversos motivos, no contaba con un nombramiento válido y vigente, pero que continuaba ejerciendo las funciones del cargo hasta la nueva elección o reelección del órgano social a fin de evitar la paralización de la sociedad y de su administración y representación por la mera caducidad de su nombramiento, admitiendo de ese modo que la finalización del plazo por el que los administradores fueron nombrados no conllevaba, *per se*, al cese automático y de *facto* de estos en sus funciones<sup>638</sup>.

---

<sup>636</sup> La resolución de la DGRN de 24 de junio de 1968 (Anuario de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1968), en cuanto acepta la ampliación de capital de una sociedad cuya junta general fue convocada por administradores con los cargos caducados por vencimiento del plazo de su nombramiento evita la paralización de persona jurídica por imposibilidad de actuación de sus órganos. En el mismo sentido, las resoluciones de fecha 24 de mayo de 1974, 12 de mayo de 1978 (*vid.* los Anuarios de la Dirección General de Registros y del Notariado del año 1968, 1974 y 1978), o de 15 de febrero de 1999 (publicada el 11 de marzo de 1999). En una dirección similar, más allá de las SSTs de 22 octubre 1974 y 3 marzo 1977 -limitadoras del alcance de la figura a los supuestos en los que el administrador con cargo caducado continuaba interviniendo en la gestión social- merece la pena recordar cómo la sentencia del Tribunal Supremo 198/1986, de 1 de abril (*Tol 1733418*) fija la doctrina de que en los supuestos en que se estimara que existía una continuidad en el ejercicio de sus funciones por los administradores, sin haber mediado reelección, cualquiera que fueren las consecuencias que de ello puedan derivarse, no se podía determinar tan sólo por ese hecho que el cese produjera automáticamente, al cumplirse aquel plazo, sino que debería llevarse a cabo la celebración de la oportuna junta general, convocada por los mismos para nombramiento de nuevos administradores, pues si se sentara otro criterio llevándolo a sus últimas consecuencias, la Sociedad quedaría sin representación legal.

<sup>637</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 198/1986, de 1 de abril (*Tol 1733418*).

<sup>638</sup> Así, las sentencias del Tribunal Supremo 486/1998, de 26 de mayo (*Tol 5120010*), 509/1999, de 7 junio (*Tol 5121047*), 803/2001, de 30 de julio (*Tol 4974691*) o 828/2001, de 24 de septiembre de 2001 (*Tol 4974638*), y las sentencias 409/2008, de 14 de mayo (*Tol 1331065*) y 895/2008, de 3 de octubre (*Tol 1386045*) manifiestan que la responsabilidad del administrador de hecho, consideración que cabe atribuir a quien, habiendo transcurrido el plazo para el ejercicio del cargo, permanece en sus funciones de administración y representación orgánica de la sociedad.

En la actualidad, la jurisprudencia y la doctrina autorizada han apostado por una concepción más amplia del administrador de hecho, de manera que frente a la interpretación formalista del nombramiento pueda incluirse igualmente y como elemento fundamental de su caracterización, la función de dirección o gestión que ejerza el mismo<sup>639</sup>.

---

<sup>639</sup> Entre otros, SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: *El concurso de acreedores...* cit., p. 230, QUIJANO, J.: “Comentarios al artículo 236 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1625, VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...* cit., p. 1348, CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al artículo 93”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...* Vol. I cit., p. 1107, GARRIDO, J. M.: “Comentario al artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1678, PERDICES HUETOS, A.: “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 18, 2002, p. 286, SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3905, SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3928. SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: “La subordinación...” cit., p. 102. En la misma dirección, ÁVILA, A. y CURTO, M.: “La subordinación...” cit., AAVV.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3557 apuestan por una noción amplia del concepto de administrador de hecho en cuanto sujeto que ejerce “las funciones propias del administrador, sin que el desempeño como tal obedezca a un nombramiento vigente y válido para ello”.

Sin que sirva de criterio válido, pues no es equiparable el ámbito del derecho penal y el societario, la Sala segunda del Tribunal Supremo ha realizado una importante trabajo en la construcción jurisprudencial de la materia Sirva como muestra la sentencia del Tribunal Supremo 59/2007, de la Sala segunda, de fecha 26 de enero (*Tol 1036584*) en la que el Alto Tribunal considera que “una concepción restringida incluiría en su entendimiento al concepto puramente mercantil del término, es decir, aquel que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo negocial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Es por ello que la doctrina ha optado por una interpretación que permita integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y negocial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de auturía mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas en el ordenamiento para la administración de la sociedad. Así, desde esta perspectiva será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador. Por lo tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección. Por su parte, la doctrina mercantilista ha superado la primitiva concepción de esta figura como aquella persona que ejercía el cargo de administrador una vez caducado su nombramiento, para considerar que integrarán esta categoría quienes ejercen las funciones de administrador bien a partir de un nombramiento formal, pero afectado de algún vicio, bien finalizado en cargo para el que fue designado o bien integrado en el órgano como miembro y actuando como tal aún sin nombramiento. Se admite y acepta también como tal a aquel que si bien no forma parte del órgano de administración, su influencia es y resulta relevante sobre las decisiones de la sociedad, en virtud de la posición que ostenta. Entendiendo, a mayor abundamiento, que esta influencia debiera resultar tan determinante y continuada que permitiera atribuir o imputar, en última instancia, las decisiones del órgano a quien la ejerce, en tanto que la capacidad para decidir se ha desplazado a él, lo que supone la prueba concluyente de una cuestión fáctica en el caso concreto”

Sin olvidar el presupuesto inicial que conforma al administrador de hecho, cual es la falta de nombramiento válido y vigente (pues de otra manera y se ser su nombramiento vigente, estaríamos ante un administrador de derecho y no de hecho), el elemento de la efectiva gestión y dirección -como si de un administrador válidamente nombrado se tratara- se convierte en el eje fundamental que va a caracterizar al administrador de hecho. La jurisprudencia amplía los límites de esta figura jurídica y considera administrador de hecho a quien, habiendo transcurrido el plazo para el ejercicio del cargo, permanece en sus funciones de administración y representación orgánica de la sociedad<sup>640</sup>.

En la actualidad, existe una consolidada construcción jurisprudencial de la figura, que requiere la concurrencia de determinados presupuestos para que efectivamente pueda reconocerse tal condición. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, citada por la 739/2014, de 29 de diciembre (*Tol 4654750*), ante el silencio normativo existente en la materia, declaró que son administradores de hecho quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades y ejerciendo de manera efectiva “las funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general”<sup>641</sup>.

---

<sup>640</sup> Sentencia 895/2008, de 3 de octubre (*Tol 1386045*) y sentencia del Tribunal Supremo 409/2008, de 14 de mayo (*Tol 1331065*).

<sup>641</sup> En este mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, 213/2015, de 23 de abril (*Tol 5008378*) exige de un lado, la realización de una actividad positiva, que ha de concretarse en una intervención efectiva en la labor de dirección, administración o gestión de una sociedad. Se requiere además que dicha intervención reúna una importancia relevante y significativa en los correspondientes negocios sociales. Por otro lado, se exige que esa intervención se realice con total autonomía o independencia de decisión, sustituyendo o colaborando con los administradores de derecho, lo que excluiría una actuación o intervención de subordinación con respecto a aquellos. Y finalmente se requiere que dicha intervención resulte constante y continuada en el tiempo y no meramente puntual u ocasional. En este mismo sentido se muestran las sentencias 261/2007, de 14 marzo (*Tol 1059041*), 55/2008, de 8 de febrero (*Tol 1370057*), 240/2009, de 14 de abril de 2009 (*Tol 1509932*), y 222/2004, de 22 de marzo (*Tol 365381*).

## B) LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL ACTUAL DEL ADMINISTRADOR DE HECHO

La existencia de una construcción jurisprudencial, unánimemente aceptada, ha servido para superar las anteriores concepciones restrictivas que existían en la materia e incluir en la misma, comportamientos y actuaciones reprobables que no podían quedar inocuos para el ordenamiento jurídico y debían ser sancionadas jurídicamente. Si bien es cierto que la construcción del administrador de hecho se ha desarrollado en el marco de la responsabilidad de estos frente a la sociedad, los socios y los acreedores, no es menos cierto que resulta igualmente válida y aplicable al ámbito concursal, en cuanto la Ley Concursal lo considera sujeto responsable *ex* artículos 164.1, 172.2.1º y 172 bis LC, y persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica por su condición de *insider*. Como comprobaremos a continuación, la configuración jurisprudencial existente anterior a la promulgación de la Ley Concursal resulta totalmente compatible y válida para el ámbito concursal, teniendo en cuenta además, que los juzgados competentes en los asuntos concursales han asumido como propia la doctrina jurisprudencial existente en la materia.

El Tribunal Supremo en su sentencia 222/2004, de 22 de marzo (*Tol 365381*), requería inexcusablemente para ser considerado administrador de hecho “la realización de actividad positiva de dirección, administración y gestión y que la misma se ejerza con total independencia o autonomía en cuanto a su decisión, esto es, sin subordinación alguna y con plena capacidad y total independencia para poder decidir dentro de sus límites de manera consciente la actuación de las alcores de dirección empresarial y con amplísimas facultades”.

No obstante lo anterior, y con ánimo de analizar más detalladamente los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para conformar al administrador concursal, acudimos a la sentencia 284/2007 del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 5 de diciembre (*Tol 1258379*), en cuanto asume los mismos en sede concursal, equiparando los presupuestos requeridos en el ámbito de la responsabilidad societaria con el derecho

concurral. Esta resolución judicial delimita los perfiles del administrador de hecho, a partir de la concurrencia de los siguientes presupuestos<sup>642</sup>:

“1. Negativos: el administrador de hecho es quien no ostenta la condición de derecho, esto es, aquel en quien no concurre una válida investidura de dicho cargo, bien porque nunca ha existido, bien porque habiéndolo hecho ha perdido su eficacia”.

Partiendo de una respuesta reduccionista podríamos sostener que son, únicamente, administradores aquellas personas que, con nombramiento inscrito, son designados como tales por la sociedad. No obstante, la realidad jurídica nos demuestra cómo, en numerosas ocasiones, se oculta, de forma fraudulenta o simulada, la condición real de administrador que ostenta un socio de la entidad, que de facto ejerce tan esencial función social llevando la gestión interna de dichas entidades<sup>643</sup>.

El desempeño efectivo de las funciones por parte del administrador de hecho incluye a quien, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, desempeña de manera efectiva dicha función mediante el control de hecho de la gestión social, bien ejerciendo sobre los administradores formales una influencia decisiva bien llegando a sustituirles, ya actuando de manera oculta o en la sombra ya mostrándose ante terceros con la apariencia jurídica de un administrador formal. Debiendo asimismo ser

---

<sup>642</sup> Otras sentencias, como la de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, 487/2013, de 17 de septiembre (*Tol 4318622*) o la de La Coruña 312/2011, de 6 de julio (*Tol 2224336*) enumeran y sistematizan del mismo modo y en los mismos términos los presupuestos necesarios para la consideración del administrador de hecho. En similares términos, la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su sentencia 624/2009, de 17 de diciembre (*Tol 1841853*) caracteriza la figura del administrador de hecho en los siguientes elementos: 1) una efectiva intervención en la dirección, administración y gestión de la sociedad; 2) que dicha actividad directiva y de gestión se ejerza con total independencia o autonomía de decisión; y 3) que el desempeño de las funciones propias del cargo de administrador lo sea de un modo permanente o constante. Sin embargo, hemos preferido citar la resolución judicial del Juzgado Mercantil de Palma de Mallorca en cuanto se realiza en sede concursal y distingue entre los presupuestos positivos y negativos necesarios.

<sup>643</sup> Como añade la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, 313/2009, de 26 de junio (*Tol 1603009*) y la previa de la propia sección 4ª, de 17 de enero de 2000, (*Tol 244139*): “Es cierto que como regla general bajo la apariencia de ciertos cargos directivos no tiene por qué ocultarse la actuación de un auténtico administrador, por lo que normalmente hay que partir de la base que la realidad y apariencia jurídica coinciden; sin embargo, atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes en cada caso a examen, no susceptibles de ser generalizadas, tampoco cabe negar la posibilidad de que se llegue a constatar que bajo la apariencia de otras funciones se está ejerciendo como auténtico y verdadero administrador, situación que generalmente habrá que desvelar a través de la prueba de presunciones, que constituye instrumento hábil de acreditamiento de hechos con trascendencia procesal, como resulta de lo normado en el artículo 1215 del Código civil”.

incluidos dentro del concepto de administrador de hecho los supuestos de aquellas personas que ocupan formalmente el cargo pero cuyo nombramiento está viciado de nulidad o de las que continúan ejerciéndolo una vez producido formalmente su cese o sobrevenida la caducidad del nombramiento<sup>644</sup>.

Se distingue, entonces, entre administrador aparente o notorio y administrador oculto. Si bien el primero de ellos es aquel que se presenta ante los terceros como administrador de una sociedad, sin serlo, y plantea el problema de la protección de los terceros que confían en dicha apariencia de que ese sujeto es el administrador, el segundo es quien toma materialmente las decisiones propias de los administradores con independencia de las relaciones con terceros y sin manifestarse directamente a estos: interviene a través de la participación de otro sujeto por el que actúa; aunque no cuenta con nombramiento de administrador, puede actuar, a partir de su especial relación con la sociedad (socios mayoritarios, etc.) como si realmente fuera tal administrador, a partir, en muchas ocasiones, de poderes para representar a la sociedad<sup>645</sup>.

En este sentido se muestra el Tribunal Supremo que ha manifestado que los administradores de hecho son quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados para ello, prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de estos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las

---

<sup>644</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, 624/2009, de 17 de diciembre (*Tol 1841853*).

<sup>645</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A.: “Administradores sociales y administradores de hecho”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Sánchez Andrés*, en [www.unizar.es/derecho\\_concursal/publicaciones/HomenajeSnchezAndres.pdf](http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/HomenajeSnchezAndres.pdf), p. 5 y Sentencia del JM Las Palmas de 18 de julio de 2011.

La sentencia del Juzgado mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, número 1, 136/2011, de 18 de julio (*Tol 2200778*) considera variada la fenomenología del administrador de hecho, “pero todos los supuestos presentan una nota común pues el sujeto actúa como administrador pese a carecer de un título formal y vigente que le permita tal proceder, tanto si se manifiesta como tal administrador de hecho frente a terceros (administrador notorio) como si pretende que esa cualidad de administrador de hecho quede al margen del conocimiento de los terceros (administrador oculto; la figura del *shadow director* es una variante expresamente tipificada en otros ordenamientos, cf. sec. 251 *Insolvency Act* 1986 y sec. 251 *Companies Act* 2006)” y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 261/2010, de 26 de noviembre (*Tol 2044819*).

formalidades mínimas que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. El administrador de hecho es el producto de la ausencia o del vicio de alguna de ellas<sup>646</sup>.

“2. Positivos: dentro de los mismos, a su vez, cabe distinguir:

a) La realización de una actividad positiva, que se traduce en una participación efectiva en la gestión y administración de una sociedad, implicando, en definitiva, la vulneración del deber del extraño de intervenir en la administración, inmiscuyéndose indebidamente en la gestión de la sociedad, lo que no impide que, una vez se ha producido dicha injerencia que permita la calificación del sujeto como administrador de hecho, no responda también como cualquier administrador por falta de diligencia debida legalmente impuesta”.

Este elemento positivo se manifiesta como determinante al traducirse en la participación efectiva en relación con las funciones propias que realiza y tienen encomendadas los administradores. “Señala, al respecto, la doctrina científica, que tal actividad positiva implica bien los actos de administración de la sociedad en sentido estricto - convocatoria de la Junta General, redacción de las cuentas anuales, etc.- bien los de gestión de los negocios sociales, o lo que es lo mismo, la dirección y desarrollo de la actividad empresarial que constituye el objeto de la sociedad, siendo este segundo supuesto el más frecuente en la realidad socio económica”. Este parámetro, el de la injerencia en los negocios sociales “es un parámetro calificado de relativo pues ha de revestir importancia para la sociedad, sin que pueda equiparse a la misma la mera función de control del socio, ni las meras opiniones, recomendaciones, etc, ni finalmente la intervención de determinados colaboradores en la gestión a los que no sea aplicable la doctrina sobre el administrador de hecho, como puede ser el caso de directores técnicos, administrativos, comerciales o financieros”<sup>647</sup>.

El Juzgado Mercantil de Las Palmas considera que “no parece que deba fundamentarse en exceso, que el cargo se ejerza efectivamente, no derivando sin más tal condición del hecho

---

<sup>646</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 261/2007, de 14 de marzo (*Tol 1059041*).

<sup>647</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, 288/2010, de 14 de octubre (*Tol 2028894*).

de ser el socio de control, o de contar con un apoderamiento<sup>648</sup> prestando una especial atención al supuesto del socio único o mayoritario ya que “sólo en aquellos supuestos en que, al margen de los cauces dispuestos para el ejercicio de sus derechos como socio, venga a incidir de forma relevante en la gestión social, adoptando decisiones administrativas de forma autónoma respecto de quien tenga un nombramiento vigente como tal administrador, podremos calificar su proceder como el propio de un administrador de hecho. En este sentido, debe advertirse que el desempeño de una dirección unitaria del grupo no es equiparable *per se* una ‘administración’ de la filial; pero también puede suceder que el ejercicio de la dirección unitaria del grupo, en ocasiones (especialmente en los grupos jerárquicos de carácter centralizado), se lleve a cabo de forma tan intrusita respecto de las filiales, que el órgano que ejerce la dirección unitaria (habitualmente, el órgano de administración de la matriz), además de llevar a cabo esa tarea, acabe suplantando por completo la voluntad de los administradores de la sociedad filial, ocupando de facto la posición jurídica que estos han asumido por derecho, actuando, entonces sí, como administradores de hecho de dicha sociedad. Conformes con esta precisión, luego contrarios a la atribución automática de responsabilidad a la sociedad matriz<sup>649</sup>”.

b) “Que tal actividad sea de dirección, administración o gestión, entendiéndose que la misma implica bien los actos de administración de la sociedad en sentido estricto (a modo de ejemplo la convocatoria de una junta general, la redacción de la cuentas anuales, etc.) bien los de gestión de los negocios sociales, o lo que es lo mismo, la dirección y desarrollo de la actividad empresarial que constituye el objeto de la sociedad. En todo caso, esa injerencia ha de revestir importancia para la sociedad”, en los términos que han sido analizados en el presupuesto anterior y teniendo en cuenta que la calificación de administrador de hecho no depende de la realización material de determinadas funciones, sino de la actuación en la condición de administrador.

---

<sup>648</sup> Con idénticos términos se expresaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 159/2008, de 5 de mayo (*Tol 1356754*) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª, 196/2009, de 7 de mayo (*Tol 1563216*).

<sup>649</sup> Sentencia 136/2011, del Juzgado Mercantil de Las Palmas de 18 de julio (*Tol 2200778*).

c) “Y cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, con exclusión de este concepto a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión”.

Esta calidad requerida implica disponer de “un poder amplísimo y dirigir realmente la sociedad”<sup>650</sup>, realizando una “efectiva función de gestión y de representación”<sup>651</sup>, en cuanto “un sujeto, con nombramiento o sin él, desempeña efectivamente labores relevantes en el ámbito de aquella”<sup>652</sup>, lo que permite eliminar del mismo a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión. Por ello, es precisa una presencia efectiva y real en el ámbito de la gestión social, un verdadero protagonismo del que se deduzca una autónoma facultad de decidir y, por ende, una independencia de la que carece quien ha de dar cuenta de su actuación a algún tercero, cual es el caso del simple apoderado<sup>653</sup>.

A su vez, este presupuesto requiere una presencia efectiva y real en el ámbito de la gestión social, un verdadero protagonismo del que se deduzca una autónoma facultad de decidir y, por ende, una independencia de la que carece quien ha de dar cuenta de su actuación a algún tercero, cual es el caso del simple apoderado, quedando excluidos aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión.

d) “Que la actividad se ejerza con total independencia o autonomía de decisión, implicando que quien no ostenta el cargo de administrador de una sociedad, impone sus propias decisiones en la conducción de los negocios sociales, ya sea de forma directa o a través de terceras personas de las que se vale; en consecuencia, debe tratarse de un auténtico poder autónomo de dirección y administración, sin que se produzcan subordinaciones a instrucciones de terceros, con total independencia, siguiendo la propia política al margen de la fijada por los administradores de derecho, a los que no se les permite definir otra distinta, de manera soberana”.

---

<sup>650</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 73/2012, de 26 de enero (*Tol 2443242*) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 57/2011, de 4 de marzo (*Tol 2101567*).

<sup>651</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 55/2008, de 8 de febrero de 2008 (*Tol 1370057*).

<sup>652</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 115/2005, de 9 de marzo (*Tol 5164588*).

<sup>653</sup> En este sentido, igualmente, *vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 115/2005, de 9 de marzo (*Tol 5164588*).

Quizá este sea el elemento más característico y diferenciador de la administración de hecho con otros representantes sociales, entre ellos, el apoderado general o factor, como veremos más adelante. Así, lo considera la sentencia 312/2011 de la Audiencia Provincial de La Coruña de 6 de julio de 2011 (*Tol 2224336*) para quien “el elemento esencial de la figura del administrador de hecho es el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social”<sup>654</sup>.

Igualmente, se exige la actuación independiente como un presupuesto más para la calificación de administrador de hecho en cuanto este debería ejercer “en realidad un poder de dirección y gestión similar al que ordinariamente incumbe a un administrador, de manera constante e independiente, sin subordinación real al administrador”<sup>655</sup>, siendo precisa una presencia efectiva y real en el ámbito de la gestión social, un verdadero protagonismo del que se deduzca una autónoma facultad de decidir y, por ende, una independencia de la que carece quien ha de dar cuenta de su actuación a algún tercero, cual es el caso del simple apoderado<sup>656</sup>, no siendo considerados como tal si actúan por mandato de administradores o gestores de estos.

---

<sup>654</sup> También se manifiestan del mismo modo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 159/2008, de 5 de mayo (*Tol 1356754*) y el Auto 254/2011 de 30 de septiembre de 2011 del Juzgado mercantil de Granada (*Tol 2248415*).

<sup>655</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 57/2011, de 4 de marzo (*Tol 2101567*) y sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 624/2009, de 17 de diciembre de 2009 (*Tol 1841853*).

<sup>656</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 115/2005, de 9 de marzo (*Tol 638012*). En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 14/2005, de 24 de enero (*Tol 632072*) para quien el elemento definitorio de esta figura será el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social (autonomía que no existe en los meros apoderados, sea cual sea el título que ostenten -Director, gerente...-), de tal modo que pueda razonablemente entenderse que está ejercitando en la práctica las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social, así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 384/2011, de 4 de octubre (*Tol 4616239*). Por su parte, la sentencia del Juzgado mercantil nº 1 de Madrid de 24 de julio de 2007 (rec. 43/2004, *Tol 1986909*) manifiesta que “para que quepa hablar de administrador de hecho es preciso acreditar que a quien se imputa dicho título controla de hecho la gestión social, sin que de manera automática pueda calificarse como administrador de hecho a la persona física designada al amparo del artículo 143 RRM por la persona jurídica designada administradora de derecho. Para ello sería preciso acreditar que la persona física

En cualquier caso, el administrador de hecho debe ejercer su actividad “mediante la imposición de sus propias decisiones en la conducción de los negocios sociales y sin subordinación a las instrucciones de tercero, sin que puedan ser considerados como administradores de hecho quienes participan en la dirección de la sociedad de forma subordinada, sin independencia, siguiendo la política fijada por los administradores de derecho, sin poder definirla ellos mismos de manera soberana, como en el caso, insistimos, de los directores administrativos, financieros, comerciales, etc., que ‘a priori’ no son ni administradores de derecho ni administradores de hecho (sin perjuicio de valorar, cuando proceda, que la existencia de una relación laboral no excluye la posibilidad de que los mismos puedan ostentar la condición de administrador fáctico, si se cumplen los presupuestos que se vienen señalando)”<sup>657</sup>.

Este elemento es el que, como ha manifestado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia, diferencia al administrador de hecho con el apoderado general de la sociedad. Este último, por amplias que resulten sus facultades, actúa, a diferencia del administrador de hecho, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, quedando subordinados a estos, y sin que mantengan un poder autónomo de dirección y administración.

En esta dirección, se muestran, entre otras, la sentencia 55/2008, de 8 de febrero de 2008 (*Tol 1370057*), que manifiesta que la condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados siempre que estos actúen regularmente “por mandato de los administradores o como gestores de estos”, pues “la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador”<sup>658</sup> sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición, aunque cabe sin embargo, la equiparación del

---

designada al amparo del artículo 143 RRM actuaba de manera autónoma e independiente de la entidad que le designó y que las decisiones en virtud de las cuales el concurso debe reputarse culpable hayan emanado de su propia voluntad autónoma”.

<sup>657</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, 288/2010, de 14 de octubre (*Tol 2028894*).

<sup>658</sup> Así, las sentencias del Tribunal Supremo 261/2007, de 14 de marzo de 2007 (*Tol 1059041*), 509/1999, de 7 de junio de 1999 (*Tol 5121047*) y 803/2001, de 30 de julio (*Tol 4974691*).

apoderado o factor mercantil al administrador de hecho<sup>659</sup> en los supuestos en que la prueba acredite tal condición en su actuación. Esto ocurre paradigmáticamente cuando se advierte “un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes”, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social<sup>660</sup>, admitiendo a tal fin la jurisprudencia que el apoderado general quede equiparado al administrador de hecho en aquellos supuestos en que sea acreditado que actuaba en tal condición<sup>661</sup>.

d) “Que su ejercicio sea de manera constante, ya que un acto esporádico de dirección, administración o gestión no permite conceptuar a quien lo realiza como administrador de hecho.”<sup>662</sup>

Este presupuesto requiere la habitualidad en el desempeño de dichas funciones, que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad<sup>663</sup>. En el mismo sentido se muestra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 73/2012, de 26 de enero (*Tol 2443242*) que no considera administrador de hecho a aquel socio o tercero que se

---

<sup>659</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 486/1998, de 26 de mayo (*Tol 5120010*) y 501/2007, de 7 de mayo (*Tol 1081760*).

<sup>660</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 314/2006, de 23 de marzo (*Tol 866950*).

<sup>661</sup> De la misma opinión se muestran las sentencias del Tribunal Supremo 486/1998, de 26 de mayo (*Tol 5120010*), 222/2004, de 22 de marzo (*Tol 365381*), 261/2007, de 14 de marzo (*Tol 1059041*), 501/2007, de 7 de mayo (*Tol 1081760*), 55/2008, de 8 de febrero (*Tol 1370057*), 206/2008, de 14 de marzo (*Tol 1353163*) y 79/2009, de 4 de febrero (*Tol 1459609*).

<sup>662</sup> En este punto, GARCÍA-CRUCES, J. A.: “Administradores...” cit., p. 10 no descarta considerar como hecho a quien haya hecho una actuación puntual y aislada. No lo ve descartable sobre todo en el ámbito concursal (164.1 LC). En contra se manifiesta ALCOVER GARAU, G.: “Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal”, en G. VILLAVARDE, R, ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal...* cit., p. 496 quien define al administrador de hecho poniendo el acento en el ejercicio continuado por este de las funciones propias del cargo de administrador a pesar de carecer de tal condición.

<sup>663</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, 312/2011, de 6 de julio (*Tol 1603009*).

inmiscuya esporádicamente en la gestión de los asuntos sociales<sup>664</sup>, siendo necesario que su intervención “resulte constante y continuada en el tiempo y no meramente puntual u ocasional”<sup>665</sup>.

### C) LA CALIFICACIÓN CONCURSAL DE ADMINISTRADOR DE HECHO

Una vez concurren los presupuestos enunciados anteriormente, la administración concursal calificará al administrador de hecho como persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica *ex* artículo 93.2.2º LC. En virtud de dicha calificación el acreedor-administrador de hecho sufrirá, entre otras consecuencias, la subordinación de los créditos que pudiera ostentar contra la concursada.

Siendo cierto lo anterior, no es menos cierto que otorgar a la administración concursal la potestad de calificar a determinadas personas, tanto físicas como jurídicas, como administradores de hecho, resulta un tanto arriesgado, pues dicha potestad conlleva, en principio, un menor rigor que la que pudiera realizar la autoridad judicial.

La Ley Concursal asume que será el juez del concurso quien en la sentencia que califique el concurso como culpable deberán, además, en el caso de los administradores de hecho motivar la atribución de esa condición (artículo 172.2.1º LC); sin embargo, el hecho de calificar como persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica al administrador de hecho obedece a un momento anterior, al de la calificación de los créditos concursales, labor esta encomendada a la administración concursal quien deberá extremar las precauciones a la hora de analizar las conductas y actuaciones susceptibles de ser identificadas como administración de hecho, y evitar una interpretación extensiva para no

---

<sup>664</sup> En igual sentido se manifiestan las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 14/2005, de 24 de enero de 2005 (*Tol 632072*) y 115/2005, de 9 de marzo (*Tol 638012*), así como la sentencia del Juzgado mercantil número 1 de Madrid de 24 de julio de 2007 (núm. rec. 43/2004, *Tol 1986909*).

<sup>665</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, 213/2015, de 23 de abril (*Tol 5008378*) y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 14/2005, de 24 de enero (*Tol 632072*), 159/2008, de 5 de mayo (*Tol 1356754*) y la sentencia 288/2010 de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 14 de octubre (*Tol 2028894*), así como la sentencia 196/2009 de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª, de 7 de mayo (*Tol 1563216*).

calificar de tal modo cualquier “hipótesis de influencia sobre las decisiones orgánicas”<sup>666</sup> debiendo justificar adecuadamente su decisión en el informe que acompaña la lista de acreedores a los efectos de que el afectado por dicha calificación pueda impugnar la misma<sup>667</sup>.

Como advierte la jurisprudencia, la apreciación de la condición de administrador de hecho no supone que se interprete extensivamente el alcance de la subordinación, puesto que se trata de un supuesto expresamente previsto en el artículo 93.2.2º LC para alcanzar la consideración de persona especialmente relacionada con el concursado y dar lugar a la clasificación del crédito como subordinado conforme a lo dispuesto en el artículo 92.5º LC.<sup>668</sup> Recuerda la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>669</sup> que la automaticidad con la que opera el artículo 92.5º LC obliga a una interpretación restrictiva del artículo 93 LC, ajustada a su tenor literal, no extensiva ni susceptible de extrapolación analógica. Quedarían a salvo de dichas cautelas y precauciones aquellas actuaciones o situaciones fraudulentas, llevadas a cabo con el ánimo de eludir la calificación de persona especialmente relacionada. Pero “tales supuestos patológicos deberán ser tratados no por aplicación analógica o extensiva del artículo 93 LC, sino por aplicación de la doctrina general del fraude de ley -ex artículo 6-4 Cc. Y una vez probado ese fraude, podría aplicarse directamente el supuesto correspondiente del artículo 93 LC”<sup>670</sup>.

#### D) EL REAL DECRETO LEY 4/2014 Y LAS ENTIDADES FINANCIERAS

Con la entrada en vigor de la Ley Concursal, las entidades financieras han podido comprobar cómo planeaba sobre ellas la sospecha de la administración de hecho y la consecuente subordinación de sus créditos por dicho motivo. En determinadas ocasiones,

---

<sup>666</sup> QUIJANO, J.: “Comentario del artículo 236 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo I* cit., p. 1695.

<sup>667</sup> ÁVILA, A. y CURTO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA: *Estudios sobre la Ley Concursal...Tomo IV* cit. p. 3557 advierten del diferente tratamiento que el legislador ofrece respecto a la calificación de administrador de hecho que en el supuesto del artículo 172.2.1º LC requerirá motivación expresa del juez tal consideración, mientras que nada se dice a ese respecto en el artículo 94.2 LC.

<sup>668</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 60/2013, de 25 de febrero (*Tol 3538343*).

<sup>669</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 434/2008, de 28 de noviembre de 2008 (*Tol 1467425*).

<sup>670</sup> *Vid.* por todos, las situaciones descritas como supuestos de administración de hecho por GARCÍA-CRUCES, J. A.: “Administradores...” cit., pp. 23-32.

no negamos que con razón, puesto que su actuación ha desbordado la posición que como prestamista debía mantener; pensamos, por ejemplo, en aquellas situaciones en la que la entidad es socia mayoritaria o sin serlo ha influido e influye en las decisiones y voluntad social y adopta decisiones de manera autónoma y continuada en la concursada.

En este sentido, existe consenso doctrinal y jurisprudencial respecto a la consideración de la interpretación y alcance de la posición de administrador de hecho debe ser excepcional, cuando se aprecie claramente que se está ejerciendo realmente el cargo de administrador social; y para ello, son circunstancias reveladoras de una supuesta administración de hecho, a tener en cuenta en orden a concluir que se está ante alguno de estos supuestos y utilizando la prueba de presunciones, el carácter familiar de la sociedad, el control absoluto o mayoritario del capital social, la atribución del carácter de administrador ante terceros, o la amplitud de las funciones desempeñadas en relación con las ejercidas por el administrador de derecho. Derivar tal concepto de la financiación exclusiva o mayoritaria de la entidad financiera respecto de la concursada es dotar de categoría jurídica a argumentos meta jurídicos<sup>671</sup>.

En otras ocasiones, de manera injusta a partir de la incorporación en la documentación contractual de una serie de obligaciones de hacer, de no hacer, de garantías o manifestaciones para la prestataria, que si bien pudieran considerarse un tanto intrusivas en la esfera de actuación de la deudora, su finalidad es evitar que, ante determinadas eventualidades que puedan surgir en el seno de la prestataria, (la obtención de liquidez extra por operaciones inmobiliarias, asumir un mayor endeudamiento con otras entidades o con sociedades socios del grupo) su crédito resulte impagado. En este sentido, es usual que las entidades financieras incluyan *covenants* relativos, entre otros extremos, al mantenimiento del mismo accionariado de la prestataria durante el plazo de vigencia de la financiación, a la imposibilidad de que la deudora pueda contraer un mayor endeudamiento que el ya previsto en el momento de formalización del contrato, o la exigencia de la venta de determinados activos cuyo importe resultante sería aplicado a minorar la deuda de la referida financiación. Si bien en la raíz de estos *covenants* no se encuentra como finalidad

---

<sup>671</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2ª, 218/2015, 11 de marzo de 2015 (*Tol 4841269*).

dirigir o gestionar a la prestataria, sí se pretende, por lo menos, que no empeore la situación económico financiera de esta respecto al momento en que le fue concedida la facilidad crediticia, intentando asegurarse la prestataria, en la medida de lo posible, el retorno de dicha inversión realizada.

En el caso de las financiaciones al promotor el hecho resulta similar, en cuanto las entidades prestamistas, a efectos de garantizar que los importes prestados se destinaban efectivamente al pago de las partidas o hitos referidos en el proyecto de la operación y como tal recogidos en la correspondiente escritura, monitorizaban los pagos a realizar a los proveedores garantizando de este modo, el destino correcto de los importes prestados e incluso la exitosa finalización de la correspondiente promoción.

Siendo esto así, la distinción entre ambas actuaciones llevadas a cabo por los prestamistas no siempre ha sido distinguida y apreciada por la administración concursal y por la autoridad judicial<sup>672</sup>, lo que propició la contracción del crédito por parte de las entidades financieras, quienes ante el temor, no sólo de ver sus créditos subordinados, sino también ante la posible cancelación de las garantías constituidas en garantía de dichas financiaciones *ex* artículo 97.2 LC y la posible atribución, como administrador de hecho, de responsabilidad en la causa o agravación de la insolvencia *ex* artículo 172 bis LC, restringieron la concesión de financiación, medida esta que irremediamente repercutió en la economía empresarial, productiva y, en definitiva, en el empleo.

Intentando remediar la situación creada, e impulsar la refinanciación y reestructuración de empresas viables operativamente en cuanto su actividad y organización, pero inviables financieramente al encontrarse fuertemente apalancadas<sup>673</sup>, el Real decreto ley 4/2014, de 7

---

<sup>672</sup> La sentencia del Juzgado mercantil número 1 de Málaga 160/2011, de 7 de abril de 2011 (*Tol* 2236078) acuerda la calificación de persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica *ex* artículo 93.2.2º LC a una entidad financiera prestamista: “En resumen cabe entender administrador de hecho a quienes imponen a los órganos sociales (administradores de derecho) actuaciones no deseadas o no acordadas por los mismos, eliminando totalmente, de forma reiterada en el tiempo, su capacidad decisoria en relación a importantes, significativas o esenciales y concretas actuaciones en el tráfico mercantil, en beneficio o perjuicio de la sociedad, de terceros o en el propio. La demandada utilizó su situación de poder frente a la concursada para actuar en la forma que más le convino, sin que la actora tuviera opción alguna frente a tales actuaciones”.

<sup>673</sup> Exposición de Motivos del Real decreto-ley 4/2014.

de marzo, opta por el saneamiento financiero de estas empresas e introduce mecanismos que refuerzan la fase preconcursal a fin de evitar la liquidación concursal de estas.

Para cumplir este cometido, el Real decreto ley conjuga las expectativas legítimas de los acreedores con la reestructuración viable de la deuda empresarial. Si bien es cierto que los acuerdos de refinanciación habían quedado “blindados” a efectos rescisorios siempre que resultaran aprobados por una mayoría suficiente de acreedores y cumplieran los presupuestos establecidos en el artículo 71 bis y en la disposición adicional cuarta, no es menos cierto que nada decía la norma respecto a la calificación de esos créditos en un eventual concurso de acreedores.

Como consecuencia, a partir del Real decreto ley 4/2014 se introduce un segundo párrafo al artículo 92.5° LC en virtud del cual “los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo”, intentando favorecer con esta medida la adopción de diferentes propuestas en la fase preconcursal por parte de los acreedores y combatiendo el rechazo de estos a los acuerdos de refinanciación ante la posibilidad de que sus créditos pudieran quedar subordinados.

Esta modificación del artículo 92.5° LC tiene su reflejo en una nueva redacción del artículo 93.2.2° LC, que en virtud del referido Real decreto queda redactado del siguiente modo: “Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad”.

La nueva redacción de este precepto introduce una presunción *iuris tantum* cuya finalidad es idéntica a la pretendida con la modificación del artículo 92.5º LC anteriormente referida. La Ley Concursal continúa considerando personas especialmente relacionadas con el concursado a los administradores, de derecho o de hecho, liquidadores y apoderados generales de la empresa, pero no serán considerados administradores de hecho, y por tanto, personas especialmente relacionadas, los acreedores que en virtud de un acuerdo de refinanciación regulado en el artículo 71 bis o en la disposición adicional cuarta hayan asumido determinadas obligaciones en virtud de la asunción y formalización del mismo.

El artículo 92.5º y 93.2.2º LC nuevamente ha sido modificado de nuevo por el Real decreto ley 1/2015, de 27 de febrero, que utilizando una técnica legislativa más depurada, “refunde” en este precepto la excepción contenida en el artículo 92.5º LC en relación a la no consideración de personas especialmente relacionadas a los acreedores que en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación (adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal) hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos y aunque por ese motivo hayan asumido cargos en la administración del deudor; tampoco tendrán dicha condición de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad propuesta, salvo que se probase alguna circunstancia que justificara dicha condición.

El resultado final de esta modificación es esencialmente el que se obtuvo a partir del Real decreto ley 4/2014, volviendo a la redacción original del artículo 93.2.2º LC, pero añadiendo, eso sí, un segundo párrafo con la versión refundida de las modificaciones introducidas a tal efecto en el artículo 92.5º LC y 93.2.2º LC en virtud del Real decreto ley 4/2014.

Es indudable que la incorporación de esta previsión de la norma ha generado una mayor seguridad jurídica en los procesos de refinanciación incentivando a las entidades financieras a que apoyen y suscriban los mismos a partir de la garantía de protección de la calificación de sus créditos, en un momento en el que la tendencia jurisprudencial

comenzaba a delimitar y distinguir la intervención de la entidad financiera como una simple prestamista, de la intervención como administradora de hecho de la deudora<sup>674</sup>. En este sentido, destaca la reciente sentencia 77/2014, de 3 de junio del Juzgado Mercantil número 5 de Madrid (*Tol 4501732*) que recuerda los presupuestos necesarios de la administración de hecho y no los considera aplicables al supuesto enjuiciado en cuanto las entidades prestamistas y el deudor acuerdan que determinados actos, sobre todo, pagos deban realizarse con el visto bueno de aquellas, para asegurar que se cumple el destino del préstamo concedido, y en última instancia, su pago<sup>675</sup>.

En cualquier caso, estamos en disposición de afirmar que la medida introducida por el Real decreto ley 4/2014 y remozada posteriormente a partir del Real decreto ley 1/2015 ha supuesto un empuje favorable y determinante para la participación y adaptación de acuerdos de refinanciación por parte de las entidades financieras.

### **III.3 Los liquidadores**

#### **A) LA FUNCIÓN DE LOS LIQUIDADORES EN LA LIQUIDACIÓN SOCIAL**

La liquidación de una sociedad en cuanto procedimiento extrajudicial que comprende la realización de las operaciones necesarias para satisfacer íntegramente a los acreedores sociales, y en su caso, distribuir el patrimonio resultante entre los socios<sup>676</sup> requiere de un

---

<sup>674</sup> Para FERRÉ FALCÓN, J.: “Los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34, 2015, p. 29 este supuesto es un claro ejemplo de mala técnica legislativa “dado que si un acreedor es o no administrador de hecho las consecuencias de tal consideración deben extenderse a la totalidad de su crédito” y no únicamente respecto de aquellos créditos que haya asumido el deudor en el marco de un acuerdo de refinanciación y en relación con el plan de viabilidad.

<sup>675</sup> Esta sentencia manifiesta que no son administradores de hecho las entidades financieras prestamistas que supervisen determinadas actuaciones de la deudora, ahora concursada, para asegurar la devolución del préstamo, pues “no inciden de forma significativa en el desarrollo de la concursada, sino que sólo supervisan que determinados gastos no incidan en la devolución de su préstamo”. La resolución judicial estima que con dichas actuaciones, las entidades financieras no indicaron a la concursada qué actos de gestión, dirección y desarrollo de la actividad empresarial podía realizar.

<sup>676</sup> En sentido similar IGLESIAS, J. L. y GARCÍA DE ENTERRIA, J.: “La disolución y liquidación de las sociedades de capital”, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.: *Lecciones...* Vol I cit., pp. 604-605.

órgano de gestión y representación que lleve a cabo las operaciones y actuaciones necesarias encaminadas a la extinción de la misma.<sup>677</sup>

Se regula en los artículos 227 y siguientes del Código de Comercio para las sociedades personalistas -con una función supletoria de las reglas establecidas en la escritura social- y en la Ley de Sociedades de Capital, a partir del artículo 371, con carácter imperativo, para las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada.

En esta fase de liquidación subsiste la junta general<sup>678</sup>, pero desaparece el órgano de administración que es sustituido por los liquidadores, quienes asumirán, en sustitución de los primeros, las funciones de gestión y representación de la sociedad propias de este período<sup>679</sup>, resultándoles de aplicación *ex* artículo 375.2 LSC las normas establecidas para los administradores en lo no previsto expresamente para ellos siempre que no sea incompatible con su naturaleza<sup>680</sup>.

Esta equiparación de los liquidadores de la sociedad a los administradores<sup>681</sup> se evidencia aún más si tenemos en cuenta que serán nombrados liquidadores quienes fueran

---

<sup>677</sup> Apunta BELTRÁN, E.: “Comentarios al artículo 375 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2611 que se descarta definitivamente la antigua doctrina que veía a los liquidadores como mandatarios de los administradores.

<sup>678</sup> La Junta General subsiste en esta fase de liquidación. Sus facultades fundamentalmente serán referidas a asuntos diversos relacionados con la liquidación, debiendo ser informadas *ex* artículo 371.3 LSC de la evolución de la liquidación, pudiendo incluso destituir a los liquidadores *ex* artículo 380.1 LSC, debiendo aprobar el balance final de la liquidación.

<sup>679</sup> Advierte BELTRÁN, E.: “Comentario...” cit., ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2632 que el límite del poder de representación estará impuesto por las propias necesidades de la liquidación, en el sentido de que “el liquidador podrá realizar válidamente cuantos actos y negocios jurídicos estén comprendidos en el círculo de actividades propias de la sociedad en el período de liquidación.

<sup>680</sup> Así, el artículo 375.2 LSC. En opinión de BELTRÁN, E.: “Comentarios al artículo 375 y 379”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., pp. 2613 y 2630 la remisión que el citado precepto realiza respecto a las normas de los administradores en cuanto aplicables a los liquidadores, no se aplicaría en relación al poder de representación de los liquidadores, ya que la Ley de Sociedades de Capital prevé que cada uno de ellos ostente de manera individual dicho poder de representación a modo de facilitar y agilizar el proceso de liquidación.

<sup>681</sup> Esta conversión, advierte BELTRÁN, E.: “Comentario al artículo 376 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2618 legalmente prevista no se refiere al órgano social, sino a las personas que lo integran. Así además se desprende de la referencia a la expresión “quienes fueran administradores”.

En contra la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1992 (nº....) en la que se indica que durante la liquidación de la sociedad, serán los administradores quienes sigan en el cargo, quedando facultados para la convocatoria de Junta general. Esta sentencia fue dictada de modo aislado, y sin más

administradores al tiempo de la disolución de la sociedad, salvo que se hubieren designado otros en los estatutos sociales, o por la junta general al acordar la disolución social<sup>682</sup>.

La jurisprudencia es unánime respecto a la función y nombramiento de los liquidadores y considera que “nuestro ordenamiento opta por el régimen previsto en el artículo 228 del Código de Comercio de 1889 -que, siguiendo la estela del 337 del de Sainz de Andino, disponía que <<desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores, a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes>> -, y con la finalidad de evitar la acefalia que puede derivar del mantenimiento, por un lado, de la personalidad de la sociedad a tenor del artículo 109.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy 371.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ) -la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza- y, por otro, del cese automático de los administradores como consecuencia del acuerdo de disolución y apertura del periodo de liquidación de conformidad con el primer párrafo del artículo 110.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy artículo 374.1 del indicado texto refundido) -con la apertura del período de liquidación cesarán en su cargo los administradores-, dispone en el segundo párrafo que <<quienes fueren administradores al tiempo de la disolución quedarán convertidos en liquidadores, salvo que se hubieren designado otros en los estatutos o que, al acordar la disolución, los designe la Junta General>> , lo que ratificó en

---

continuidad jurisprudencial. En opinión de VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción...* Vol. I cit., p.1064 esta se trataría de una sentencia errónea.

<sup>682</sup> De esta misma manera se pronuncia el Código de Comercio, en su artículo 229 al manifestar que para las sociedades colectivas o en comandita no habiendo contradicción por parte de alguno de los socios, continuarán encargados de la liquidación los que hubiesen tenido la administración del caudal social. Si no existiera conformidad para ello de todos los socios, se convocará junta general.

Se admite el nombramiento de un liquidador judicial en aquellos casos en los que el proceso de liquidación se haya extendido de forma prolongada en el tiempo. La sentencia 229/2011, de 11 de abril (*Tol 2088736*) advierte que "puede suceder que concurriendo determinadas circunstancias objetivas (fraude; inidoneidad patente; manifiesta complejidad; imbricación de otras sociedades; etc.) pueda justificarse una medida judicial -de designación de liquidador, o de intervención-, pero se trata en todo caso de circunstancias excepcionales, que no se dan con desconfianzas subjetivas, o preparación de la situación mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad social o de naturaleza penal, de resultado desconocido o incierto, por lo que basta, por lo general la operatividad de la responsabilidad a que está sujeto todo administrador-liquidador (artículo 114 LSRL; art. 375.2 TRLSC)" .

su momento el artículo 371.1 del repetido texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , y hoy se amplía a las sociedades anónimas a raíz de la generalización de la norma supletoria sobre conversión automática en liquidadores de los administradores de la sociedad, según indica el apartado III la Exposición de Motivos de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas --«salvo disposición contraria de los estatutos o, en su defecto, en caso de nombramiento de los liquidadores por la junta general de socios que acuerde la disolución de la sociedad, quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores»-. La exégesis de la norma permite concluir que, en defecto de designación estatutaria y acuerdo de la junta general, los administradores quedan convertidos en liquidadores»<sup>683</sup>.

El órgano de liquidación, al igual que el de administración, podrá adoptar distintas formas de organización siendo posible el nombramiento de un liquidador único<sup>684</sup>, o de varios liquidadores con facultades solidarias o a partir de un órgano colegiado el que las decisiones sean adoptadas por mayoría.

## B) LOS LIQUIDADORES Y LA LEY CONCURSAL.

La calificación de persona especialmente relacionada de los liquidadores de la concursada persona jurídica implica que estaríamos ante una sociedad que en el momento de ser declarada en concurso se encontraba en liquidación<sup>685</sup> o que aun no estándolo en el momento de ser declarada en concurso, lo hubiera estado en el período sospechoso de los

---

<sup>683</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 56/2012, de 24 de febrero (*Tol 2482651*).

<sup>684</sup> Como manifiesta BELTRÁN, E.: “Comentario al artículo 375 LSC” cit., ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2612 el hecho de que exista un solo liquidador no contraviene la norma en cuanto la unidad también es impar y “se encuentra comprendida dentro de esta categoría matemática”. En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones...* Vol I cit., p. 762.

<sup>685</sup> Advierte IGLESIAS, J. L. y GARCÍA ENTERRÍA, J.: “La disolución y liquidación...” cit., MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dtos.): *Lecciones...* Vol I cit., p. 610 que si durante la liquidación, los liquidadores comprueban que no existe patrimonio suficiente para satisfacer todas las deudas que tenga contraídas y adviertan que esta se encuentra en estado de insolvencia por no poder cumplir regularmente sus obligaciones, los liquidadores deberán instar la declaración de concurso.

dos años anteriores a la declaración del concurso a partir de la reactivación de la sociedad<sup>686</sup>.

La subordinación que opera en virtud de este artículo 93.2.2º LC lo hará con independencia del modo en que los liquidadores fueron nombrados e incluso de la actuación de estos, en cuanto no se exige la prueba de una conducta fraudulenta o de un determinado comportamiento perjudicial respecto al resto de acreedores, sino que los créditos de los liquidadores son subordinados, en cualquier caso, con independencia de su naturaleza.

### C) LOS LIQUIDADORES DE HECHO.

El legislador concursal admite y regula en el articulado de la norma la figura del liquidador de hecho, fundamentalmente en relación a la responsabilidad concursal de estos del mismo modo que lo hace respecto a los liquidadores de derecho y los administradores, de hecho y de derecho<sup>687</sup>. Sin embargo, ninguna mención a estos liquidadores de hecho se realiza en el artículo 93.2.2º LC.

Ante esta situación, surge la disyuntiva respecto si los liquidadores de hecho, es decir, aquellos que sin contar con un nombramiento efectivo y válido actúan e intervienen de

---

<sup>686</sup> Vid. por todos el artículo de GARCÍA CRUCES, J. A.: “La reactivación de la sociedad”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Disolución y liquidación de entidades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 93-159 y en [http://www.unizar.es/derecho\\_concursal/publicaciones/Reactivacion\\_sociedad](http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/Reactivacion_sociedad), p. 3, en el que se distingue entre la remoción y la reactivación de la sociedad, pudiendo ser esta última realizada una vez abierta la fase de liquidación y siempre que, entre otros requisitos, se haya eliminado el supuesto de hecho disolutorio que justificó la apertura de la liquidación. La distinción entre remoción y reactivación es sobre todo a partir de un requisito temporal, entendiéndose esta última como la “revocación de la situación que se deriva de la verificación de una causa de disolución, con la consideración obvia de que la eliminación de tal causa de disolución verificada producirá –o deberá producir, el efecto de superar, al mismo tiempo, el estado de liquidación.

<sup>687</sup> Son varios los artículos a los que la Ley Concursal se refiere a los administradores de hecho. Así, el artículo 8.7º, relativo al conocimiento por parte del juez del concurso de las acciones de responsabilidad contra estos por los daños y perjuicios causados a la persona jurídica concursada, el 48 ter en relación al posible embargo de bienes de estos como medida cautelar cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en la ley concursal, el artículo 51.1 en cuanto a la continuación y acumulación al concurso de los juicios declarativos pendientes contra ellos, o los artículos 164.1, 166, 172.2.1º y 172 bis LC referidos a la calificación culpable del concurso.

*facto* realizando las mismas funciones que ellos<sup>688</sup>, se encuentran o no incluidos como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica. Aún admitiendo que no existe referencia expresa a estos liquidadores de hecho en el artículo 93.2.2º LC, entendemos que no sólo porque la Ley Concursal hace referencia a estos a lo largo de su articulado, sino en cuanto a que el fundamento de la subordinación es el mismo que el de los liquidadores de derecho, e incluso que el de los administradores de derecho y de hecho, estos créditos deberían quedar incluidos en el artículo 93.2.2º LC y en consecuencia, quedar subordinados<sup>689</sup>.

#### D) FUNDAMENTO

Sin duda alguna, la justificación de la subordinación de los créditos de los liquidadores de la concursada *ex* artículo 93.2.2º LC proviene de la equiparación de las facultades de los liquidadores respecto a los administradores, en cuanto que aquellos gestionan y representan a la sociedad al igual que los administradores, pero en un ámbito más reducido, en fase de liquidación<sup>690</sup>.

Los liquidadores, por motivo del cargo que ostentan, cuentan con toda la información necesaria para adoptar las decisiones sociales que consideren, siendo conocedores a la perfección de la situación de la persona jurídica a la que gestionan y representan. Es esta afección social y la administración de la sociedad que realizan<sup>691</sup> la que justifica para el

---

<sup>688</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2ª, 218/2015, de 11 de marzo (*Tol 4841269*) define al liquidador de hecho como quien no esté nombrado formalmente para el desempeño de tales funciones, pero de *facto* las ejerza.

<sup>689</sup> En este mismo sentido, ÁVILA, A. y CURTO POLO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3558 y ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 93 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la legislación...* Tomo I cit., p. 934 y FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 504.

En contra se pronuncia GUASCH MARTORELL, R.: “El régimen concursal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3724 quien alude a la no referencia de los liquidadores de hecho en el artículo 93.2.2º LC.

<sup>690</sup> La referencia a este ámbito más reducido de actuación implica que los liquidadores ejercitan sus facultades a los efectos de concluir operaciones o realizar las nuevas que sean necesarias *ex* artículo 384 LSC para la liquidación de la sociedad.

<sup>691</sup> La sentencia del Tribunal Supremo 650/2014, de 27 de noviembre (*Tol 4592257*) considera que “la responsabilidad de los liquidadores se equipara a la de los administradores, dado que administran la sociedad cuando entra en fase de liquidación”. En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 679/1998, de

legislador la subordinación de sus créditos a fin de evitar la adopción de decisiones y de comportamientos que estos puedan adoptar en su propio beneficio por razón de la proximidad con la concursada, con el consiguiente perjuicio para el resto de acreedores externos a la misma<sup>692</sup>. Nos remitimos, por tanto, a la fundamentación de la subordinación de los créditos de los administradores sociales que resulta de totalmente de aplicación a este supuesto, al igual que las consideraciones realizadas en el mismo epígrafe respecto a la inscripción y cese de los liquidadores en el Registro Mercantil.

En idéntico sentido, la jurisprudencia afirma que “la responsabilidad de los liquidadores se equipara a la de los administradores, dado que administran la sociedad cuando entra en fase de liquidación”<sup>693</sup>, sienta este, por tanto, el fundamento de la subordinación de sus créditos.

### **III.4 Los apoderados con poderes generales de la empresa**

#### **A) GENERALIDADES.**

En este último supuesto del artículo 93.2.2º LC destaca, en primer lugar, su peculiar redacción, pues alude a los apoderados generales de la empresa, en lugar de hacerlo a los apoderados generales de la persona jurídica, de acuerdo al tenor literal del artículo 93.2 LC. El motivo por el cual el legislador ha podido optar por incluir en este supuesto un término más restrictivo que el de ‘persona jurídica’ al que alude el propio artículo 93.2 LC no encuentra una aparente explicación<sup>694</sup>, ni en la propia norma ni en su Exposición de Motivos, por lo que la doctrina mayoritaria considera incluidos en este supuesto de subordinación los créditos de los apoderados generales de cualquier persona jurídica, en el

---

10 de julio (*Tol 5156882*) aludía a la responsabilidad de los liquidadores frente a la sociedad de la misma manera que los administradores “aplicado por analogía”, mientras que frente a los accionistas y acreedores, sólo si perjudican a estos por fraude o negligencia grave.

<sup>692</sup> Para SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal de créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3906 los créditos de los liquidadores serán subordinados en cuanto su condición de socios o de antiguos administradores de la sociedad.

<sup>693</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 650/2014, de 27 de noviembre (*Tol 4592257*).

<sup>694</sup> FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 506 se muestra convencido de que la referencia al término “empresa” en el artículo 93.2.2º LC es una muestra más de que las sociedades mercantiles son para el legislador el sujeto protagonista de los concursos. En un sentido similar, GARRIDO, J. M.: “Comentarios a artículo 93”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1672.

bien entendido de que una interpretación contraria de dicho precepto implicaría la exclusiva subordinación de los créditos de los apoderados generales de las empresas, pero no, por ejemplo, de las asociaciones y fundaciones, que de otra manera sí quedarían incluidas en este artículo<sup>695</sup>.

A mayor abundamiento, a partir de una lectura de la Exposición de Motivos de la Ley y de una interpretación sistemática de la norma, el legislador apuesta por una ley concursal global e inspirada en los principios de unidad legal, disciplina y sistema<sup>696</sup>, entendiéndose a tales efectos, al igual que la doctrina autorizada, que la referencia en este supuesto a “empresa” lo es, sin duda, a todo apoderado general respecto a cualquier persona jurídica inmersa en el procedimiento concursal, ya que la Ley Concursal, en ningún momento diferencia entre un procedimiento para las empresas y otro distinto dirigido al resto de personas jurídicas.

Una última consideración genérica a tener en cuenta en relación al supuesto de los apoderados generales como personas especialmente relacionadas con el concursado es la que deriva de la decisión del legislador de subordinar los créditos de los apoderados generales siempre que la concursada sea persona jurídica, no obteniendo el mismo tratamiento los créditos de los apoderados generales de los concursados personas naturales<sup>697</sup>, que no quedarán subordinados por este mismo concepto.

---

<sup>695</sup> Para FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp 505-507, y en aras a la consecución de una mayor seguridad jurídica ante las dificultades que presenta la decisión respecto a la condición de que la persona jurídica ostente o no la condición de empresa, desaconseja la interpretación literal de este supuesto. En su lugar propone que supuesto del artículo 93.2.º LC se aplique a “todo apoderado que ostente amplias facultades sobre los asuntos de una determinada persona jurídica sometida a un proceso concursal, con independencia de que la misma desarrolle o no una empresa”. De esta opinión se muestra también GARRIDO, J. M.: “Comentario al artículo 93”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1678 quien directamente se refiere a los apoderados generales de la persona jurídica, así como ÁVILA, A. y CURTO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3558.

<sup>696</sup> Exposición de Motivos I y II.

<sup>697</sup> Destaca FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 506 la solución sorprendente que el legislador otorga a los apoderados generales de los concursados personas jurídicas respecto a los apoderados generales del concursado persona natural en cuanto los acreedores externos de este último tendrán un trato menos favorable.

## B) DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA FIGURA JURÍDICA. EL FACTOR

El empresario, individual o social<sup>698</sup>, con el fin de ampliar sus posibilidades de actuación en el tráfico jurídico mercantil, necesita la colaboración de otras personas que le auxilien en el ejercicio de sus actividades mercantiles, a quienes puede otorgar poderes especiales o generales para tal cometido.

Estos colaboradores o auxiliares del empresario pueden ejercer sus funciones, como cualquier trabajador, en el plano interno de la sociedad y sin mayores consecuencias para el Derecho Mercantil (así, los denominados por el Código de comercio como mancebos y dependientes), o por el contrario, pueden contratar y formalizar negocios jurídicos con terceros, en cuyo caso la relación del empresario y el apoderado deberá quedar perfectamente definida y regulada por el ordenamiento jurídico debido a las consecuencias que estas actuaciones se pueden derivar.

Estas relaciones jurídico-mercantiles entre la empresa y terceros ajenos a la misma pueden llevarse a cabo por los colaboradores del empresario en virtud de un apoderamiento especial por el cual el poderdante otorga expresamente una o varias facultades concretas, supuesto este para el que la Ley Concursal no prevé consecuencias específicas respecto a los créditos titularidad de estos apoderados especiales. Por el contrario, es el apoderado con poderes generales quien verá cómo los créditos que ostenta frente a la concursada persona jurídica de la que es apoderado general quedarán subordinados *ex* artículo 92.5 y 93.2.2º LC motivado por la proximidad y relación que pueda ostentar aquel con el concursado persona jurídica<sup>699</sup>.

---

<sup>698</sup> Parece unánime en la doctrina asimilar el concepto de empresario a estos efectos al plano individual y social. Así, SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones...* Vol. I cit., p. 141, ROJO, A.: “La representación del empresario”, MENÉNDEZ, A., ROJO, A.: *Lecciones...* Vol. I cit., p. 211, entre otros.

<sup>699</sup> La Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, en su sentencia 47/2013, de 15 de febrero (*Tol 3414481*) considera que el apoderado especial inscrito en el Registro Mercantil no es una persona especialmente relacionada con el concursado, en cuanto apoderado diferente al apoderado general exigido por la Ley Concursal.

El apoderado general, gerente o director general<sup>700</sup>, siguiendo los términos actualmente empleados en el tráfico jurídico, es el ‘factor’ al que se refiere el Código de comercio a través de un término arcaico, siendo definido en su artículo 283 como quien administra, dirige y contrata “las cosas concernientes” a la “empresa o establecimiento fabril o comercial” con más o menos facultades, según haya convenido “el propietario”. Estamos ante la persona que contará con facultades para negociar y contratar en nombre de sus principales, tal y como regula el artículo 284 Ccom, siendo necesario expresar en todos los documentos que suscriban por tal concepto que lo hacen con poder o en nombre de la persona o sociedad que representan, recayendo sobre el “comitente” todas las obligaciones que fuera contraídas a tales efectos<sup>701</sup>.

El ámbito de actuación del apoderado general será el propio del giro y tráfico del establecimiento, dependiendo de las específicas operaciones que de hecho se vengán realizando en un establecimiento determinado, debiendo contar con facultades expresas para realizar otro tipo de intervenciones<sup>702</sup>.

---

<sup>700</sup> Así lo prevé la doctrina e incluso la jurisprudencia. La sentencia 256/2011, del 11 de abril (*Tol 2092135*) identifica al gerente al que alude el Código de comercio en su artículo 283 al director general. En este mismo sentido, GARRIDO, J. M.: “Comentario al artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo I* cit., p. 1678, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...cit.*, p. 508, VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...cit.*, p. 1350 y PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtores.): *El derecho...cit.*, p. 705.

<sup>701</sup> ROJO, A.: “La representación...” cit., MENÉNDEZ, A., ROJO, A.: *Lecciones...Vol. I* cit., pp. 211-212 manifiesta que en relación a esta figura el codificador español, civil y mercantil, confunde el mandato con la representación, confusión esta que no puede ser admitida, en cuanto el trabajador que está en relación con terceros es una representante, y no un mandatario; el mandato o la comisión no pueden explicar las características propias de esta representación tales como la permanencia, la subordinación o el carácter esencialmente retribuido de su función; del mismo modo, BELTRÁN, E.: “Auxiliares del empresario”, VV.AA.: *Enciclopedia jurídica básica*, Tomo I, ed. Civitas, 1995, Madrid, p. 719 y SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F.: *Instituciones...Vol. I* cit., p. 142. Ya con anterioridad, MENÉNDEZ, A.: “Auxiliares del empresario”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 72, 1959, pp. 271-272 advertía a la anterior confusión existente en la doctrina, respecto a la naturaleza jurídica de la relación entre el empresario y el auxiliar dotado de poder y cuya confusión, ay superaba, llevaba a la construcción de la figura jurídica a partir de la figura del mandato, del arrendamiento de servicios o a un contrato mixto de ambas. y SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F.: *Instituciones...Vol I* cit., p. 142.

<sup>702</sup> MENÉNDEZ, A.: “Auxiliares...” cit., p. 283 estima que el contenido presuntivo del apoderamiento del factor se extiende a “todos los actos concernientes al establecimiento, es decir, tanto a los actos que tienen una referencia inmediata al objeto de la empresa como a aquellos otros que son necesarios para asegurar el normal desarrollo de la misma. Por la misma consideración, no se entenderán autorizados los actos que impliquen una negación o una alteración sustancial de la empresa, como por ejemplo, la venta o el arrendamiento del establecimiento mercantil, la enajenación o gravamen de los inmuebles y el cambio de objeto de la empresa”. En idénticos términos se expresa ROJO, A.: “La representación...” cit., MENÉNDEZ, A., ROJO, A.: *Lecciones...Vol I* cit., p. 214 que exceptúa al empresario o sociedades que se dediquen al tráfico inmobiliario

La jurisprudencia se ha manifestado en el mismo sentido, definiendo al factor como la persona que está habilitada para realizar, en nombre y por cuenta del empresario, el giro y tráfico propio. Es por esta razón por la que el artículo 285 del Código de comercio establece que el responsable de los contratos que el factor realice con terceros es el empresario, siempre que estos se refieran al ámbito de actuación referido<sup>703</sup>.

No obstante lo anterior, y partiendo de la premisa de que estos apoderados, cuentan con facultades generales, ello no será óbice o impedimento para que dichas facultades, tal y como manifiesta el Código de comercio, puedan ser limitadas según considere el empresario individual o social, pero conservando en todo caso, su extensión general, ya que de no ser así no estaríamos ante un apoderado general y quedaría fuera del tipo legal de subordinación del artículo 93.2.2º LC<sup>704</sup>.

La consecuencia de esta limitación de las facultades igualmente ha sido advertida por la jurisprudencia quien afirma *ex* artículo 283 que el empresario puede atribuir al factor “más o menos facultades, según haya tenido por conveniente”. Pero las limitaciones impuestas, según cuál sea su alcance, pueden resultar incompatibles con la condición de factor y determinar que el apoderado sea considerado, conforme al artículo 292, una de aquellas otras personas a las que, además de los factores, el empresario puede encomendar “el

---

de la atribución expresa necesaria para la enajenación o gravamen sobre bienes inmuebles, que será siempre necesaria. De manera similar se manifiesta SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F.: *Instituciones...* Vol. I cit., p. 145.

<sup>703</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007 (núm. rec. 2081/2000, *Tol 1053709*). En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 266/2004, de 2 de abril (*Tol 554943*) y 256/2011, de 11 de abril de 2011 (*Tol 2092135*), así como las sentencia 288/1998, de 31 marzo (*Tol 5157390*) y 266/2004, de 2 abril (*Tol 554943*), entre otras.

<sup>704</sup> MENÉNDEZ, A.: “Los auxiliares...” cit., pp. 290-291 defiende que el apoderamiento del factor se extiende a todo lo relativo al ejercicio de la empresa “a no ser que se haya limitado y que esa limitación pueda ser conocida por terceros”. En cualquier caso, esas limitaciones no podrán desnaturalizar la figura del factor, “no pueden destruir su significación como apoderado general”, al igual que JUSTÉ MENCÍA, J.: *Factor de comercio, Gerente de empresa, Director general*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 2002, p. 269.

desempeño constante, en su nombre y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que se dediquen”<sup>705</sup>.

En nuestra opinión, dichos poderes, en todo caso, deben permitir, con independencia de la limitación o limitaciones que de las facultades hace referencia el Código de comercio, la dirección y administración, de forma global, de uno o varios establecimientos mercantiles<sup>706</sup>, si bien, y tal como regula el Código de comercio, las facultades generales pueden ser limitadas según considere el empresario (social o individual), siempre que dichos poderes continúen manteniendo su extensión de generales, pues de lo contrario, no estaríamos ante un apoderado general.

---

<sup>705</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 47/2013, de 15 de febrero (*Tol 3414481*) en la que se llama la atención sobre las limitaciones impuestas, ya que “según cuál sea su alcance, pueden resultar incompatibles con la condición de factor y determinar que el apoderado sea considerado, conforme al artículo 292, una de aquellas otras personas a las que, además de los factores, el empresario puede encomendar el desempeño constante, en su nombre y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que se dediquen”.

<sup>706</sup> ROJO, A.: “La representación...” cit., MENÉNDEZ, A., ROJO, A.: *Lecciones...Vol. I. cit.*, pp. 211-212 quien además manifiesta que el apoderamiento es general “cuando está concebido en términos generales, así como cuando contiene una enumeración de facultades que, consideradas globalmente, permiten la dirección de la empresa en su conjunto, o al menos, de un establecimiento, (principal o sucursal)”. *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo 288/1998, de 31 de marzo (*Tol 5157390*), 885/2005, de 7 de noviembre (*Tol 759120*) y 531/2002, de 31 de mayo (*Tol 4975664*).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 47/2013, de 15 de febrero (*Tol 3414481*) advierte de “la importancia de determinar con precisión la naturaleza y alcance del apoderamiento conferido, sin que sea aplicable a este supuesto aquella interpretación jurisprudencial flexible que persigue la protección de los terceros que contratan de buena fe con base en la apariencia, pues no nos encontramos aquí ante el debate concerniente a la eficacia de un contrato sino ante el dilema relativo a la aplicabilidad de la causa de subordinación contemplada por el Artículo 92-5 de la Ley Concursal”, por lo que “la interpretación de las situaciones subsumibles bajo la figura del apoderamiento general debería ser, dada la excepcionalidad relativa de la norma, objeto de interpretación restrictiva o, cuando menos, no expansiva (Artículo 4-2 del Código Civil)”, ya que como afirma la sentencia se trata de una opción de política legislativa. Finalmente, la Audiencia Provincial negó la calificación de apoderado general a un apoderado con un poder general para intervenir en pleitos ante tribunales y en gestiones ante diversas autoridades administrativas, ya que dentro de la interpretación restrictiva defendida no podría ser calificado como apoderado general, dado que, en lo referente al núcleo esencial del giro o tráfico propio de la empresa, sólo se encontraba además, autorizado para operar en relación con una determinada promoción inmobiliaria.

Para CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al artículo 93”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...Tomo I cit.*, p. 1107 y en virtud de los términos amplios de la norma, se incluirían dentro de la misma “todos aquellos que desempeñan funciones de administración y dirección de la persona jurídica concursada, aunque no dispongan de todas las facultades correspondientes”.

### C) LAS FORMALIDADES EN EL APODERAMIENTO GENERAL: EL FACTOR NOTORIO

El Código de comercio no exige un requisito expreso en cuanto a la forma que puede adoptar el apoderamiento general del factor, pudiendo este ser expreso (verbal o escrito) o incluso tácito, en cuanto una determinada persona con capacidad para obligarse, es puesta por el empresario al frente del establecimiento con el fin de que la sociedad pueda contratar y formalizar negocios jurídicos con terceros.

Con independencia de la inscripción o no de dichos poderes en el Registro, estamos ante una de las especialidades legislativas del Derecho Mercantil, ya que en materia de representación voluntaria, las personas que, por razón de su puesto, gocen de poderes necesarios para el cumplimiento de las funciones encomendadas, no necesitan el otorgamiento expreso de poderes para ello. Estamos ante un poder que se configura con un contenido presuntivo que le permite realizar todas las actuaciones que integran su función; no se trataría de una representación legal, sino que se extendería el contenido de la misma con la finalidad de proteger la buena fe de los terceros<sup>707</sup>. Así lo reconoce el Código de comercio en su artículo 286 y la jurisprudencia, para quien “en atención a la apariencia que genera la actuación de estas personas en el tráfico, la Ley establece la presunción de que cada colaborador subordinado tiene poder necesario para el ejercicio frente a terceros de las funciones que le hubieren sido atribuidas; no se requiere un otorgamiento expreso de poderes, pues la conducta del empresario genera la apariencia de que existe un apoderamiento tácito o presunto y el Derecho trata de proteger eficazmente esa apariencia”<sup>708</sup>.

---

<sup>707</sup> BELTRÁN, E.: “Auxiliares...” cit., p. 719. Vid. la sentencia del Tribunal Supremo 998/2001, de 29 de octubre (Tol 3265941) que considera que el artículo 1713 Cc no debe aplicarse al factor mercantil.

<sup>708</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 266/2004, de 2 de abril de 2004 (Tol 554943).

Para JUSTÉ MENCÍA, J.: *Factor de comercio, Gerente de empresa, Director general*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 2002, p. 311 entiende que este supuesto recogido en el artículo 286 Ccom. se aproxima más a la representación directa típica (con *contemplatio domini*) que a la excepcional eficacia directa de la representación indirecta.

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo reconoce en su sentencia de 14 de mayo de 1991, citada por la 288/1998, de 31 de marzo (*Tol 5157390*) que “si bien es cierto que la figura del factor mercantil requiere, en punto a su actuación correcta en el mundo negocial, de la previa existencia de un apoderamiento escriturado otorgado por su principal, como vienen a reconocer los artículos 281 a 284 del Código de Comercio y 1280.5 del Código Civil, así como acomodar su actividad a las facultades conferidas en el poder o directrices marcadas por su mandante, no lo es menos que en su comportamiento frente a terceros tiene vital importancia la apariencia jurídica que rodea su actuación, de manera que cuando el quehacer que realiza, por su propio contenido trascendente y representativo, transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado, la consecuencia que origina es la vinculación entre la empresa y dicho tercero, pues de lo contrario quebraría el principio de seguridad jurídica”.

La jurisprudencia aboga por la admisión del factor notorio o aparente para proteger a los terceros de buena fe que confiaron, fundadamente, en la apariencia de una representación que, realmente, era inexistente o extralimitada y, al fin, para sancionar, pese a todo, la ‘heteroeficacia’ de la gestión representativa<sup>709</sup> y a tal fin el Tribunal Supremo ha aceptado la falta de inscripción de los poderes del apoderado general en cuanto caracteriza este supuesto como “un caso de apoderamiento tácito, deducido de la gestión continuada de un establecimiento mercantil, hacienda o empresa, a través del comportamiento continuado de una persona como gerente o dependiente, con el conocimiento y aquiescencia del principal, lo que genera el efecto de que el empresario quede obligado a permitir que los terceros consideren que tiene poder de representación, dentro del ámbito de las facultades que venía ejercitando con la aquiescencia del principal, según lo ha definido una autorizada opinión. De este modo, la actuación del factor, en cuanto apoderado, vincula al principal, en base a la apariencia creada, que no sólo se refiere al ejercicio de las facultades contenidas dentro del apoderamiento, sino a la actividad misma desarrollada, toda vez que la captación de fondos se presentaba como instrumental de una operación de seguro, y se producía dentro del círculo de funciones que corresponde al cargo o empleo del gestor, suscitando

---

<sup>709</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 256/2011, de 11 de abril de 2011 (*Tol 2092135*).

verosímilmente en los terceros la expectativa de que las funciones específicas que el gestor realiza le están especialmente conferidas”<sup>710</sup>.

El fundamento de esta especialidad del Derecho Mercantil basada en la apariencia jurídica reside en la protección que el ordenamiento jurídico presta a aquellos terceros que contratan y formalizan negocio jurídicos con el factor notorio a partir de la apariencia de este de apoderado general, y sin que de su comportamiento con el empresario pueda concluirse otra relación. Esta protección de los terceros se recoge en el artículo 286 Ccom. en virtud del cual “los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderá hechos por cuenta del propietario de dicho establecimiento o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos siempre que se trate actuaciones comprendidas dentro del giro y tráfico del establecimiento o incluso siendo estos de otra naturaleza haya obrado siguiendo las instrucciones del empresario o aprobando este su gestión “en términos expresos o por hechos positivos”<sup>711</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo 266/2004, de 2 de abril (*Tol 554943*), precisó que “por excepción y con el fin de proteger a los terceros de buena fe, el factor obliga también al comerciante cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas y los contratos inciden o recaen sobre el giro, tráfico o actividad propia del establecimiento”<sup>712</sup>.

Sin embargo, y a diferencia del factor con poder expreso respecto a los cuales se pueden limitar ciertas facultades, y en aras a proteger a los terceros de dicha apariencia jurídica, ostentarán todas las facultades necesarias para llevar a cabo todos los asuntos

---

<sup>710</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1002/2007, de 28 de septiembre (*Tol 1153279*). En el mismo sentido, las sentencias 885/2005, de 7 de noviembre (*Tol 759120*) y 266/2004, de 2 de abril (*Tol 554943*) que califica como excepción, y con el fin de proteger a los terceros de buena fe, el hecho de que factor obligue también al comerciante cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas y los contratos inciden o recaen sobre el giro, tráfico o actividad.

<sup>711</sup> Para MENÉNDEZ, A.: “Auxiliares...” cit., p. 293 el artículo 286 Ccom. tiene como especialidad más notable la consagración de una *contemplatio domini* presunta y no regular la cuestión relativa a la ineficacia de las limitaciones.

<sup>712</sup> En similar sentido se manifiestan las sentencias 288/1998, de 31 de marzo (*Tol 5157390*), 531/2002, de 31 de mayo (*Tol 4975664*), 778/2008, de 12 de septiembre (*Tol 1371326*) y 236/2009, de 14 de abril (*Tol 1494525*).

pertenecientes al tráfico del establecimiento, ya que el único medio para que los terceros puedan conocer la existencia de limitaciones en el poder general o las facultades de estos reside en su inscripción en el Registro Mercantil<sup>713</sup>.

#### D) EL APODERADO GENERAL Y LA LEY CONCURSAL

La inclusión del apoderado general de la empresa como persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica (que no persona física), en el mismo artículo que lo hacen los administradores y los liquidadores nos permite inferir la concepción que el legislador mantiene respecto a estos apoderados generales. En ningún caso, la norma ni su Exposición de Motivos aclara qué se entiende por apoderado general, aunque este término es identificado por la doctrina científica con el factor mercantil<sup>714</sup>.

Debido a la ubicación que recoge el artículo 93.2.2º LC de esta figura y, a mayor abundamiento, a partir de la Ley 38/2011 que extiende la imputación de concurso culpable también a los apoderados generales *ex* artículo 172.2.1 LC, a la vez que resultan incluidos entre los legitimados pasivos respecto a la acción de responsabilidad concursal (artículo 172 bis LC), la justificación de la inclusión de estos junto a los administradores y liquidadores del artículo 93.2.2º LC obedece, en nuestra opinión, al ejercicio por parte de todos ellos de un poder efectivo de dirección<sup>715</sup>; de lo contrario, carecería totalmente de justificación la extensión de la responsabilidad concursal a estos apoderados generales.

Sin embargo, el término de apoderado general quizá no resulta el más adecuado en relación con la estructura organizativa de las empresas en la actualidad, teniendo en cuenta, además, que el régimen de la representación del factor es el supuesto típico por el que se regulan las

---

<sup>713</sup> ROJO, A.: “La representación...” cit., MENÉNDEZ, A., ROJO, A.: *Lecciones...* Vol I cit., p. 215 advierte de que la inexistencia de limitaciones a las facultades conferidas que tienen lugar en el factor notorio también aparecen en aquellos supuestos en los que exista un apoderado general con poderes expresos, sin que estos se encuentren inscritos en el Registro Mercantil.

<sup>714</sup> PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtores.): *El Derecho...* cit., pp. 704-705 considera que habrá de acudir al la figura del factor mercantil para dotar de contenido y coherencia a la Ley Concursal.

<sup>715</sup> LATORRE CHINER, N.: “El apoderado general en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, 2013, p. 66.

relaciones de este con terceros en el tráfico mercantil y que supone la vinculación del principal en virtud de dicho apoderamiento. Si bien es cierta esta afirmación, no lo es menos que generalmente quien ostenta poderes generales de la empresa mantiene un cargo gerencial en esta a partir de una relación interna con el empresario de origen contractual caracterizada por la prestación de servicios encaminados al auxilio del empresario en la gestión de la empresa a cambio de una remuneración<sup>716</sup>: es el director general<sup>717</sup>. En este sentido, partimos de la premisa de que el poder de representación del factor o gerente<sup>718</sup> se corresponde a la posición que este ocupa en el seno de la empresa como directo auxiliar del comerciante<sup>719</sup>, con independencia de la nomenclatura designada para ello; son quienes realizan la efectiva gestión de la compañía con el límite superior del órgano de administración, siendo en ocasiones difíciles de identificar por la amplitud tanto de su ámbito de actuación como del contenido del mismo, pero no siendo autónomos respecto al órgano de administración (en el caso de que actúen de manera independiente y autónoma en relación a aquel, estaríamos ante un administrador de hecho), siendo en cualquier caso una gestión o gerencia no orgánica que dependerá bien, de las instrucciones de los administradores, bien de la política general marcada por estos como marco de actuación de la empresa<sup>720</sup>.

## E) APODERADO GENERAL *VERSUS* ADMINISTRADOR DE HECHO

Como se ha anticipado anteriormente, el apoderado general de la empresa no es una figura equiparable al administrador de hecho en cuanto este último gestiona y dirige la sociedad

---

<sup>716</sup> JUSTÉ MENCÍA, J.: *Factor...cit.*, pp. 81-84 distingue dos planos que tienen presencia en el director general: el interno que generalmente se regula a partir de una relación laboral de Alta Dirección y que consiste en la alta gestión de la empresa, con un plan externo derivado de las vicisitudes del poder de representación general.

<sup>717</sup> PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtores.): *El Derecho...cit.*, p. 705, entre otros, admite en la actualidad la diferente terminología del apoderado general por director general o gerente. LATORRE CHINER, N.: “El apoderado...” cit., p. 75 considera, sin duda alguna al director general como uno de los apoderados generales de la Ley Concursal.

<sup>718</sup> BELTRÁN, E.: “Auxiliares...” cit., p. 719 identifica al apoderado general con el factor en contraposición a los apoderados singulares, que son el dependiente y el mancebo.

<sup>719</sup> *Vid.* JUSTÉ MENCÍA, J.: *Factor...cit.*, p. 221 y ss.

<sup>720</sup> LATORRE CHINER, N.: “El apoderado...” cit., p. 75 atiende a la posición jerárquica como el modo más eficaz para distinguir la gestión realizada por administradores y altos cargos. Se recomienda una lectura detenida del capítulo II: “Posición jurídica del gerente, director general y factor. Pluralidad y solapamiento de regímenes jurídicos” de JUSTÉ MENCÍA, J.: *Factor...cit.*, pp. 81 y ss.

de manera autónoma, efectiva y continuada, ejercitando funciones que le corresponderían al órgano social, mientras que el apoderado general deberá actuar bajo las ‘órdenes’ de su principal<sup>721</sup>.

El Tribunal Supremo reconoce que no cabe equiparar al apoderado o factor mercantil con el administrador de hecho, por amplias que sean las facultades conferidas a aquellas, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho<sup>722</sup>, correspondiendo a las instancias la valoración de la prueba sobre si la actuación desplegada por el demandado fue actuando como administradores de hecho de la sociedad o, por el contrario, como simple apoderado<sup>723</sup>. En consecuencia, “la condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados, siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de estos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”<sup>724</sup>.

Sin embargo, no siempre resulta sencillo distinguir ambas figuras jurídicas, ya que en determinadas ocasiones el apoderado general, sirviéndose de su condición puede actuar como un administrador de hecho y adoptar y asumir decisiones propias del órgano de administración, de manera autónoma y manera continuada. Para comprobar y verificar esa confusión de roles entre ambas figuras jurídicas será necesario constatar una prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar con la condición de

---

<sup>721</sup> Vid. en este sentido, PERDICES HUETOS, A.: “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 18, 2002, pp. 277-287. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo 240/2009, de 14 de abril (*Tol 1509932*).

<sup>722</sup> En el mismo sentido, *vid.* las sentencias 261/2007, de 14 de marzo (*Tol 1059041*) y 55/2008, de 8 de febrero (*Tol 1370057*).

<sup>723</sup> Sentencia 739/2014, de 29 de diciembre de 2014 (*Tol 4654750*).

<sup>724</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, 624/2009, de 17 de diciembre (*Tol 1841853*), sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 1/2011, de 5 de enero (*Tol 2073539*) y 504/2010, de 27 de diciembre (*Tol 2077446*), así como también las sentencias del Tribunal Supremo 509/1999, de fecha 7 de junio (*Tol 5121047*) y 803/2001, de 30 de julio (*Tol 4974691*).

administrador de hecho<sup>725</sup>. Esto ocurre paradigmáticamente cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social<sup>726</sup>.

No obstante lo anterior, esta distinción que resulta de gran calado en el Derecho Mercantil, y más concretamente en el ámbito de la responsabilidad societaria, no resulta tan significativa en el derecho concursal, puesto que los créditos que ostenten los administradores, de hecho o de derecho, así como los apoderados generales quedarán, en cualquier caso, subordinados por razón de su condición *ex* artículo 93.2.2º LC al ser calificados como personas especialmente relacionadas con el concursado tanto los administradores como los apoderados generales<sup>727</sup>.

## F) EL ELEMENTO TEMPORAL

Solamente a modo de puntualización, pues este tema ya ha sido abordado previamente, recordamos que mantendrán el estatus de personas especialmente relacionadas con el

---

<sup>725</sup> Sentencias del Tribunal Supremo 486/1998, de 26 de mayo de 1998 (*Tol 5120010*), 222/2004, de 22 de marzo (*Tol 365381*), 501/2007, de 7 de mayo (*Tol 1081760*), así como la 55/2008, de 8 de febrero (*Tol 1370057*), 79/2009, de 4 de febrero (*Tol 1459608*).

<sup>726</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 314/2006, de 23 de marzo (*Tol 866950*).

<sup>727</sup> Controvertida resultó la sentencia del Tribunal Supremo 803/2001, de 30 de julio (*Tol 4974691*), que expresamente excluyó la posibilidad de que un apoderado fuera calificado como administrador de hecho, con independencia de lo amplio de sus facultades. Esta resolución judicial consideró que los apoderados no constituyen órgano de la sociedad, siendo además sus relaciones con la misma y frente a terceros, regidas por las normas del mandato, a diferencia de los administradores de hecho, que son “personas que gestionan la sociedad sin tener mandato para ello, ya que se le tiene conferido por el administrador en el ejercicio de facultades atribuidas legalmente, y además, el administrador como órgano social (...) asume esa responsabilidad por los actos sociales, aunque hayan sido realizados por los apoderados por él nombrados, no pudiendo exigir la sociedad, los accionistas o los terceros, la responsabilidad del artículo 133-1 y 135 de la L.S.A., en ningún caso, sin haberla hecho efectiva primero contra el administrador de la sociedad (...) y ello “aun invocando la doctrina del levantamiento del velo, porque a ella ha de acudir en su caso, cuando para el resarcimiento del daño producido por la actuación del administrador, resulten ineficaces las acciones ordinarias, por lo que en este caso al no haberse demandado al administrador designado en la junta general extraordinaria no se puede determinar si su nombramiento lo ha sido solo como hombre interpuesto para cubrir la responsabilidad de los verdaderos administradores”.

concurado persona jurídica aquellos apoderados generales de la empresa o en un sentido amplio, de la persona jurídica, que ostenten dicho cargo, no sólo en el momento de la declaración del concurso, sino también que lo hubieren ostentado dentro de los dos años anteriores a dicha declaración.

#### G) FUNDAMENTO DE LA SUBORDINACIÓN CONCURSAL

Una vez delimitada la figura del apoderado general debemos de poner esta en relación con la Ley Concursal y más concretamente con la subordinación que de los créditos de los apoderados generales realiza la Ley en su artículo 93.2.2° LC.

La Ley Concursal no distingue entre los distintos tipos de apoderados generales o factores vistos anteriormente, siempre, claro está, que sus poderes sean lo suficientemente amplios como para gestionar, de acuerdo a las órdenes recibidas por el empresario o por el órgano social, uno o varios establecimientos mercantiles. Sin embargo, varias dudas nos surgen en relación a la inclusión de este supuesto como persona especialmente relacionada con el concursado. Si bien, los administradores y los liquidadores tendrán, gracias a su representación social, no sólo un perfecto conocimiento de la situación económico financiera de la persona jurídica, sino que intervendrán en las decisiones que adopte esta y decidirán dentro de las facultades de su cargo social habiendo podido, incluso, llevar a la sociedad a la insolvencia a partir de su gestión errónea o incluso a partir de no haber sabido financiar la misma, no parece que este sea el fundamento que presida la calificación que el artículo 93.2.2° LC otorga a los apoderados generales.

No parecería que fuera este el caso respecto a los apoderados generales, máxime cuando de su regulación, así como de la jurisprudencia se desprende que estos actúan de manera dependiente y con subordinación a su principal, a diferencia de los administradores. El desempeño o ejercicio de funciones propias del órgano social queda reservado exclusivamente a los administradores de derecho o de hecho, pero no a los apoderados generales de la empresa, siempre claro está, que estos actúen como tal y no se extralimiten en sus facultades o se sirvan de ella para actuar como un administrador de hecho, supuesto

este en el que quedarían asimilados de *facto* a los administradores. Como ya se enunció anteriormente, la asimilación de los apoderados generales a los administradores y la prueba de ello despliega sus efectos en el ámbito de la responsabilidad societaria y concursal, pero no en el de la subordinación crediticia, pues los administradores y los apoderados generales son calificados del mismo modo, personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.

No obstante lo anterior, su ubicación junto a los administradores y liquidadores podría darnos alguna pista de los motivos por los que el legislador finalmente decidió incluir como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica *ex* artículo 93.2.2º LC a los apoderados generales de la empresa<sup>728</sup>. Siguiendo este razonamiento, el conocimiento de la persona jurídica, en cuanto el apoderado está al frente de la gestión y administración de la misma, aunque de manera dependiente y subordinada, podría ser una causa para la subordinación, en cuanto persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica, pero en cualquier caso el apoderado general no debería ostentar ni ejecutar en virtud de su cargo, decisiones de manera autónoma<sup>729</sup>. Por tanto, a partir de la reflexión anterior, podríamos colegir que la justificación de su subordinación no resultaría tan explícita como en el caso de los administradores y liquidadores, a excepción de que entendiéramos que por su condición de *insider* cuenta con un mayor conocimiento de la persona jurídica y por ende, sus créditos quedarían subordinados.

Dicho lo anterior, se nos plantea la duda respecto a la naturaleza de los créditos que el apoderado general puede ostentar contra la sociedad. Debido a su condición de trabajador

---

<sup>728</sup> La sentencia del Tribunal Supremo 772/2014, de 12 de enero de 2015 (*Tol 4717418*) destaca la trascendencia de la reforma operada por el Real decreto ley 4/2014, de 7 de marzo, que ha introducido un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica de la cobertura del déficit “en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”, teniendo en cuenta que esta norma no podrá aplicarse de manera retroactiva.

La distinción entre la representación orgánica y voluntaria queda definida en la resolución de la DGRN de 30 de diciembre de 1996 (publicada el 7 de febrero de 1997), y la resolución de 24 de noviembre de 1998 (publicada el 8 de enero de 1999).

<sup>729</sup> SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: *El concurso...cit.*, p. 231 considera que la Ley Concursal “adopta un criterio pragmático ante el fenómeno de la administración de la sociedad insolvente y amplía la categoría no sólo a los que lo sean de hecho, sino incluso a los apoderados generales, por entender que en muchos casos son estos en quienes reside la facultad de gestionar la sociedad y quienes la han llevado a la insolvencia”.

por cuenta ajena de la misma, bien a partir de una relación laboral ordinaria, o bien sujeta al Real decreto 1382/1985, de 1 de abril, de alta dirección<sup>730</sup>, los créditos que por antonomasia pudieran ser, de manera más frecuente, titularidad de estos apoderados generales frente a la persona jurídica y que *ex* artículo 93.2.2º LC quedarían subordinados serían los derivados de su retribución<sup>731</sup>, puesto que en principio no sería común que estos apoderados generales de la empresa, mantengan créditos más allá de las retribuciones con las personas jurídicas cuyo contrato laboral o de alta dirección les vincula. Esto sí marca una diferencia importante respecto a los administradores, liquidadores o socios personalmente relacionados con el concursado persona jurídica *ex* artículo 93.2 LC vistos anteriormente, supuestos estos en los que suele ser relativamente frecuente que estas personas contraigan créditos con la persona jurídica con un origen contractual, diferente a la relación laboral.

En nuestra opinión, el ámbito subjetivo del artículo 93.2.2º LC resulta excesivamente amplio con la inclusión de estos apoderados generales, pues la Ley Concursal contaba con otros mecanismos bien para subordinar los créditos de quien toma decisiones de manera autónoma e independiente en la gestión y administración de la sociedad, así como incluso la posibilidad rescindir aquellos actos o negocios jurídicos realizados en el plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso, si hubiera existido perjuicio para el resto de acreedores<sup>732</sup>. Pero el legislador, lejos de adoptar esta decisión, decide incluir a los

---

<sup>730</sup> La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2014, Sala de lo Social (num. rec. 1158/2013, *Tol* 4538551) considera que “lo importante no es la denominación formal, sino la verdadera naturaleza del vínculo que se desprenda del contenido real de las recíprocas prestaciones entre las partes. De esta forma, han de ejercitarse poderes inherentes a titularidad jurídica de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento. El requisito de que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de ella, y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a esta frente a terceros, así como que esos poderes han de afectar a los objetivos generales de la compañía, no pudiendo ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad. Resulta relevante, por tanto, la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial, con plena autonomía y subordinación, únicamente, al órgano rector de la sociedad”.

<sup>731</sup> Reconoce ROJO, A.: “La representación en el derecho mercantil”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso...* Tomo I cit., p. 219, que el gerente o factor se encuentra vinculado al empresario o sociedad mercantil por un contrato de trabajo, bien sometido al régimen general, bien sometido al especial de alta dirección, teniendo -en consecuencia- derecho a percibir el salario correspondiente. Este autor subraya, además, que dicha retribución es una contraprestación por la actividad laboral (general o especial) desempeñada que por la actuación representativa que no es objeto de una retribución específica.

<sup>732</sup> De una opinión similar se muestra ÁVILA, A. Y CURTO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...*cit., pp. 3558-3559 e IGLESIAS, J. L., VAQUERIZO, A.: “Sobre la

apoderados generales, desconocemos, si en una suerte de asimilación de los mismos a los administradores de hecho, extremo este que no compartimos en cuanto ambas figuras cuentan con características diferenciadoras, a excepción de que el apoderado general actuara como un administrador de hecho, pero ese supuesto ya se encontraba regulado igualmente en el artículo 93.2.2º LC.<sup>733</sup>

#### **IV. Artículo 93.2.3º LC: EL GRUPO DE SOCIEDADES Y SUS SOCIOS COMUNES.**

Como sucede con el resto de supuestos incluidos en el artículo 93.2 LC, el párrafo tercero de este artículo incorpora una doble tipología de persona especialmente relacionada con el concursado. Por un lado, ostentarán tal calificación las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y por otra parte, se encontrarán los socios comunes siempre que estos reúnan las mismas condiciones del artículo 93.2.1º LC.

Del tenor literal del precepto se deduce que la subordinación sólo opera respecto de aquellos créditos que titule un acreedor-sociedad, debiendo el deudor igualmente revestir forma societaria. Sin embargo, la doctrina autorizada ha defendido, acertadamente, la inclusión en este artículo 93.2.3º LC no sólo de las sociedades, sino también de otro tipo de personas jurídicas a las que pueda aplicarse dicho artículo<sup>734</sup>.

---

subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...*cit., p. 3739 que defiende que a diferencia de los administradores y liquidadores, los apoderados generales no cuenta con la *affectio societatis*. En este sentido este último autor considera que la norma podría haber salvado este escollo de la no inclusión de los apoderados en el artículo 93 LC a través del ejercicio de la acción rescisoria concursal.

Partidario de la misma opción se muestra SASTRE PAPIOL, S: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...*cit., p. 3928 para quien, además, no debería extenderse la subrogación de sus créditos a estos apoderados generales, en cuanto que resultan altos cargos directivos, y estos mantienen una especial relación laboral (regulada en virtud del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto). Debido a dicha especial relación laboral, surge en la Ley Concursal el artículo 65.4 LC referido a la regulación de la extinción y suspensión de la relación laboral de este personal de alta dirección, y apostando este autor por la posibilidad de que dicha subordinación fuera aplazada hasta el momento de calificación del concurso. Sin embargo, y debido al carácter automático de la subordinación, este personal directivo tan sólo tendrá la posibilidad de impugnar dicha condición ante el Juez del concurso.

En contra GUASCH MARTORELL, R.: “El régimen concursal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...*cit., p. 3724 para quien merece ser tomada en consideración los apoderados generales en la Ley Concursal “de no coincidir en una misma persona con la de administrador de la sociedad concursada”.

<sup>733</sup> En este línea se muestran las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 346/2012, de 24 de octubre (*Tol 3238987*), y 11/2013, de 16 de enero (*Tol 3168354*) que coinciden en negar la condición de administrador de hecho, por falta de plena autonomía del demandado, a pesar de tener este la condición de mandatario o apoderado general.

<sup>734</sup> FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...*cit., pp. 537-538 y SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...*Tomo IV cit., p. 3906 que advierte de que la

Una vez desbrozado el primer escollo interpretativo, nos encontramos ante la regulación de las relaciones patrimoniales intragrupos dando así respuesta a la doctrina que pretendía la regulación de dichas relaciones. De este modo, igualmente se pretende continuar la línea marcada por otros ordenamientos extranjeros en los que se ha establecido una unidad de responsabilidad como principio básico de organización financiera del grupo<sup>735</sup>, y si bien no ha sido todavía regulada esta materia en todos sus aspectos, sí lo ha sido a modo embrionario en el extremo concursal, evitando así las situaciones en las que a partir de la legislación anterior un determinado grupo de empresas se erigía en acreedor mayoritario de la concursada, e incluso en ocasiones en un acreedor privilegiado.

## **EL GRUPO DE SOCIEDADES.**

### **IV.1 Delimitación conceptual**

Los grupos de sociedades son actualmente uno de los operadores económicos más importantes dentro del tráfico mercantil. Pueden ser muy diferentes las razones que llevan a crear un conjunto de sociedades con una dirección única, pero normalmente la diversificación del riesgo empresarial es una de las principales. Hasta el momento, no existe en nuestro ordenamiento un régimen jurídico completo que regule este fenómeno y que, por ende, aporte un tratamiento adecuado a los diferentes intereses dignos de protección que surgen como consecuencia de la creación del grupo de sociedades<sup>736</sup>.

---

literalidad del precepto implica dejar al margen supuestos en que la cabecera de grupo sea una persona física, fundación o asociación.

<sup>735</sup> IGLESIAS PRADA, J. L., VAQUERIZO ALONSO, A.: “Sobre la subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3741. Esta preocupación de la regulación de las relaciones intragrupo aparece ya en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 donde extendía el concurso de la sociedad filial a la matriz. Asimismo, en el Proyecto de Ley del Profesor Rojo, en su artículo 127.2.3º se aludía a un “grupo de empresas”, no de sociedades como actualmente se recoge en la Ley Concursal.

<sup>736</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 227, 1998, pp. 122-123 entiende que esta falta de regulación de los grupos no tiene que interpretarse de modo negativo, como manifestación de la ausencia de un criterio de política legislativa, ya que podría entenderse como la decisión consciente del legislador que ha preferido optar por un criterio societario en el tratamiento de los grupos y no por un tratamiento específico de los mismos.

Como ha advertido la doctrina científica en numerosísimas ocasiones, el Derecho de Sociedades fue concebido a partir del concepto de sociedad independiente, del principio fundamental de que cada sociedad goza de una estructura y un poder de dirección autónomo, a diferencia de la estructura y funcionamiento de un grupo de sociedades. Las sociedades integrantes del grupo conservan su propia personalidad jurídica<sup>737</sup>, pero el sometimiento de las mismas a una dirección única, que generalmente se produce porque la sociedad dominante obtiene el control de las sociedades dominadas puede provocar disfuncionalidades dentro de cada una de ellas, en cuanto la sociedad que ejerza el poder de dirección único responderá a determinados intereses estratégicos que no siempre serán satisfactorios para cada uno de los componentes del grupo. Se fractura la correspondencia plena entre empresa y titularidad jurídica, siendo necesario, en consecuencia, un régimen jurídico completo que permita compatibilizar los intereses del grupo con otros dignos igualmente de protección, como los intereses de los socios, acreedores y sociedades que integran el grupo<sup>738</sup>.

---

<sup>737</sup> Con relación a las sociedades integradas en un grupo, el Tribunal Supremo en las sentencias 100/2014, de 30 de abril (*Tol 4331151*) y 429/2014, de 17 de julio (*Tol 4469488*) señala: “Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un ‘patrimonio de grupo’, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo”. En similar sentido la sentencia 628/2013 del Alto Tribunal de 28 de octubre (*Tol 4014659*) indica que: “[c]omo hemos recordado en otras ocasiones, la norma general ha de ser respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley (Sentencias 796/2012, de 3 de enero de 2013, y 326/2012, de 30 de mayo). Lo anterior no impide que, excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso- sea procedente el ‘levantamiento del velo’ a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros (Sentencia 718/2011, de 13 de octubre, con cita de la anterior sentencia 670/2010, de 4 de noviembre). Pero como recordábamos en la Sentencia 326/2012, de 30 de mayo, la jurisprudencia insiste en que este remedio tiene carácter excepcional y por ello debe aplicarse de forma restrictiva (Sentencias 475/2008, de 26 de mayo, y 422/2011, de 7 de junio)”.

<sup>738</sup> A estos efectos la problemática más relevante que puede presentar la existencia de un grupo económico es la referida a la necesaria protección con la que deben contar los socios minoritarios de las sociedades dependientes o filiales, ya que pueden no ver amparados sus derechos a partir de las decisiones que adopta la sociedad dominante e impone su dirección única. En similar situación se encontrarían los administradores de esas sociedades dependientes o filiales. PAZ-ARES, J. C.: “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dtores.): *Lecciones...* Vol. I cit., p. 641 defiende que estas deficiencias se muestran sobre todo en determinados ámbitos, como el de las competencias de la junta general y el de los

No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico sí contiene algunas referencias generales a los grupos de sociedades, a partir de normas que tratan de forma parcial este fenómeno<sup>739</sup>, pero sin que exista un concepto unívoco de grupo de sociedades, a pesar de que existen diferentes disposiciones en nuestra legislación que pueden ofrecernos elementos par la configuración de dicho concepto, lo que ha servido de gran ayuda para la doctrina a fin de formular un concepto legal del grupo de sociedades.

De este modo, el grupo económico es conceptuado como “una organización de varias entidades jurídicamente independientes bajo una dirección económica unitaria”, entendiendo por esta la estrategia general fijada por el núcleo dirigente para toda la organización que integra dicho grupo de sociedades<sup>740</sup>. Esta concentración empresarial da lugar al surgimiento de una nueva empresa que se articula mediante la agrupación de otras sociedades que conforman el grupo<sup>741</sup>.

El Derecho de Sociedades tradicionalmente ha acudido a la configuración del grupo de sociedades a partir de la delimitación y aproximación que de este concepto realizaban en el ámbito mercantil dos conjuntos normativos aparentemente contradictorios. El primero de ellos es el artículo 42 del Código de comercio, que en su redacción original defendía como

---

accionistas, ya que la sociedad que mantiene el control sobre el resto e impone dicha dirección unitaria puede “desapoderar a la junta general” del resto de sociedades. En consecuencia, se hace del todo necesario contar con instrumentos que protejan a estos accionistas de la sociedad matriz. Igualmente, este autor advierte de la posible quiebra del criterio de autonomía de las filiales incluso respecto a sus acreedores. A tal fin, la jurisprudencia ha intentado proteger los intereses de los socios y acreedores de las sociedades filiales. *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo 375/2005, de 25 de mayo (*Tol 656571*). No obstante lo anterior, para SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: *El concurso...* cit., pp. 40-41 la tensión máxima entre el interés de la sociedad aislada y el grupo se concreta en las situaciones de insolvencia para determinar cómo influye la insolvencia de una sociedad en el grupo del que forma parte.

<sup>739</sup> Como advierte SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: *El concurso...* cit., p. 40: “la regulación de los grupos sigue partiendo de las llamadas sociedades-isla, de tal forma que el análisis de cada sociedad se hace de modo independiente de las otras sociedades con las que se encuentra unida, faltando un tratamiento unitario de los problemas que generan esta clase de relaciones”.

<sup>740</sup> PAZ ARES, J. C.: “Uniones...” cit., MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dtores.): *Lecciones...* Vol I cit., p. 636, quien además considera que la dirección unitaria deberá versar, como mínimo, respecto a las decisiones financieras admitiendo la complejidad de la consideración de la “efectiva dirección económica unitaria”.

<sup>741</sup> EMBID IRUJO, J. M.: “Los grupos de sociedades en el derecho comunitaria y español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 599, 1990, p. 32.

eje vertebrador del concepto el elemento del control<sup>742</sup> frente a la unidad de decisión que mantenía el artículo 4 de la LMV<sup>743</sup>.

Esta dualidad de concepciones del grupo económico no ha permanecido inmutable en nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años, pues la noción de grupo de ambos preceptos ha evolucionado hacia la convergencia total sin que en la actualidad exista dicha distinción conceptual normativa.

En su redacción originaria, el artículo 42 Ccom., integrado en el título III, sección tercera dedicada a la presentación de las cuentas de los grupos de sociedades, obligaba a formular las cuentas anuales y le informe de gestión consolidados a toda sociedad mercantil “cuando siendo socio de otra sociedad se encuentre con relación a esta en alguno de los casos siguientes: a) posea la mayoría de los derechos de voto, b) tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto y d) haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su carguen el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo”.

En contraposición a esta concepción, el artículo 4 LMV determinaba que “a los efectos de esta Ley se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás o porque dicho control corresponda a una o varias

---

<sup>742</sup> En virtud de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, se regularon, entre otros extremos la contabilidad de los grupos de sociedades que la reforma introdujo en el Código de comercio (artículos 42 y siguientes).

<sup>743</sup> Como aprecia EMBID IRUJO, J. M.: “Los grupos...” cit., p. 32 desde una perspectiva económica se pueden identificar dos elementos esenciales en todo grupo: “el control, directo o indirecto de una sociedad sobre otras y la dirección económica unificada que ejerce la sociedad dominante sobre todas las sociedades dominadas”.

personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto”. Además, para facilitar la aplicación de este concepto de unidad de decisión que no parece fácil de comprobar, esta Ley preveía en dicho artículo las presunciones que facilitaban su interpretación, presumiendo la existencia de la unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos enumerados en el artículo 42.1 Ccom, así como “cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por esta”.

Esta dualidad o aparente contradicción normativa provocó la consecuente división doctrinal a la hora de defender la concepción del grupo de sociedades, bien a partir de la idea de control, bien a partir de la dirección unitaria del mismo. Así, mientras que para una parte de ella, para determinar la pertenencia o no a un grupo debía atenderse al perímetro consolidable del grupo, y como tal a la existencia de un control a partir del cual la sociedad dominante ostentara de forma directa o indirecta los derechos de votos suficientes para influir en el funcionamiento y organización de las sociedades en que participaba, para otro sector doctrinal debía acudir al criterio de unidad de decisión establecido en el artículo el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores<sup>744</sup> que consideraba pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituían una unidad de decisión porque alguna de ellas ostentara o pudiera ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control correspondiera a una o varias personas físicas que actuaran sistemáticamente en concierto.

La distinción entre ambos preceptos resultaba evidente. Mientras que el grupo de sociedades bajo el Código de comercio mantenía un criterio más restrictivo, la Ley del Mercado de Valores permitía, bajo su concepción funcional, la existencia de dos factores: la existencia de un control que podría alcanzarse por cualquier medio societario o contractual y la existencia de una unidad de decisión; se trataba del concepto de grupo en base a la unidad de decisión por razón del control<sup>745</sup>, en cuanto concepción más amplia de

---

<sup>744</sup> Ley 24/1988, de 28 de julio. Este artículo 4 LMV, en su redacción originaria, implicaba la unidad en la toma de decisiones como criterio a tener en cuenta para la consideración o no de un conjunto de sociedades como grupo.

<sup>745</sup> ROJO, A.: “Los grupos de sociedades en el derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 220, 1996, p. 469 y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: “Grupos de sociedades...” cit., p. 130.

la noción de grupo que incluía además, en su definición, la extensión a supuestos en la que no existía obligación de consolidar cuentas.

Esta división doctrinal quedó zanjada a partir de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, en virtud de la cual quedó armonizado el concepto legal de grupo de sociedades entre ambos preceptos, prevaleciendo el elemento de la unidad de decisión aportada inicialmente por el artículo 4 LMV, lo que trajo consigo una nueva redacción del artículo 42. 1 y 2 del Código de Comercio, en aras a introducir en el mismo la unidad de decisión como elemento fundamental del grupo de sociedades y manteniendo el sistema de presunciones anteriormente establecido que facilitaba la aplicación del precepto. El cambio operado por la Ley 62/2003 supuso una modificación de gran calado al incluir dentro de la noción de grupo no sólo a los jerárquicos o subordinados, sino también a los horizontales o por coordinación.

El artículo 42 Ccom adoptó entonces como elemento vertebrador de la noción de grupo la unidad de decisión que se presume, a su vez, cuando la sociedad dominante fuera socia de otra en la que mantuviera o pudiera mantener la mayoría de los derechos de voto, o en la que designara o pudiera hacerlo la mayoría de los miembros del órgano de administración, así como cuando la mayoría de miembros del órgano de administración de ambas sociedades fuera coincidente.

Sin embargo, y a pesar de la pretendida armonización del artículo 42 Ccom y el 4 LMV, lo cierto es que ambos preceptos continuaron manteniendo algunas diferencias sustanciales; entre ellas, la derivada de una concepción más amplia que el artículo 4 LMV mantenía al respecto. Si bien a partir de la dicción del artículo 42 Ccom la relación de dominación sólo podía darse entre sociedades, el artículo 4 LMV permitía que esta fuera ejercida por personas físicas.

La Ley 16/2007, de 4 de julio, modificó el artículo 42 Ccom introduciendo nuevamente el concepto de control como presupuesto fundamental para determinar la existencia de los

grupos, y retornando a la anterior concepción del artículo 42 Ccom<sup>746</sup>. La principal consecuencia de la noción de grupo introducida a partir de esta última y vigente modificación es la desaparición de la configuración de grupo de sociedades que había conseguido obtener consenso doctrinal y jurisprudencial y que apenas duró cuatro años<sup>747</sup>, pues la Ley 16/2007, de 4 de julio, abocó a la desaparición de la dirección unitaria<sup>748</sup>,

---

<sup>746</sup> La sentencia del Tribunal Supremo 830/2011, de 24 de noviembre (*Tol 2299608*) interpreta que tras la Ley 62/2003 (antigua redacción del artículo 42 Ccom, basada en el criterio de la unidad de decisión), era impuesta la obligación de consolidar cuentas no sólo en los llamados grupos verticales o de subordinación, sino también en los denominados grupos horizontales o de coordinación cuando, aunque no existiesen participaciones de unas sociedades en otras del grupo, existía “unidad de decisión”. En la nueva redacción del artículo 42 CCom, “tras la reforma por la Ley 16/2007, tal como indica su Exposición de Motivos, ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar, ya que (Exposición de Motivos) queda pues configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás”.

<sup>747</sup> *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo 628/2005, de 29 de julio (*Tol 703336*).

<sup>748</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, 137/2011, de 15 de marzo (*Tol 2105315*) alude a que “ni la LC ni ninguna norma del ordenamiento jurídico nos ofrece una definición o concreción de lo que debe entenderse por grupo de sociedades o de empresas. El artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, dice que se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyen una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto. Por su parte, el artículo 42 del Código de Comercio, que regula la presentación de cuentas de los grupos de sociedades, contempla diversos supuestos de relaciones entre sociedades que les obliga a formular cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, cuya finalidad esencial consiste en la eliminación de los efectos de las operaciones y transacciones intragrupo, para ofrecer así una imagen fiel de la situación patrimonial de todas las empresas del grupo. Y el artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas define lo que considera sociedad dominante. De todos estos preceptos cabe extraer que la base para la presencia de un grupo de sociedades o de un grupo de empresas es la existencia de una unidad de decisión”.

En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 313/2012, de 4 de octubre (*Tol 2706864*) que al respecto manifiesta que “tras la reforma del artículo 42 CCom. por la Ley 16/2007, de 4 de julio (de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea), se redefine el concepto de grupo a efectos de consolidación de cuentas, sustituyendo el criterio de la unidad de decisión por el de control societario. Conforme al nuevo texto legal, existe grupo cuando “una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”, manteniendo seguidamente los mismos supuestos que en la redacción anterior servían para presumir la unidad de decisión, y que ahora son presuntivos de la existencia de control: «En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) posea la mayoría de los derechos de voto;
- b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración;
- c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto;
- d) haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración (...); añadiendo que, en particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta (...). La Exposición de Motivos de la referida Ley de reforma, 16/2007, explica en el apartado IV que "en la nueva redacción del artículo 42 del Código de

quedando reducida esta dirección a la mera posibilidad de la misma que ofrece la existencia del control. La nueva redacción del artículo, en cuanto requiere la existencia de dominio o control, provocó la exclusión de los grupos horizontales y de coordinación y la sustitución del concepto de unidad de decisión por el de control asumiendo que la posición dominante sólo puede ser ocupado por una sociedad, no por una persona física, dejando fuera otras formas de organización empresarial. La prueba de este control se facilita por presunciones, debiendo acreditarse para ostentar la consideración de grupo a los efectos del artículo 42 Ccom la existencia de una posición de control, bien directamente, bien a partir de los indicios del referido artículo<sup>749</sup>.

Por su parte, y en virtud de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, el artículo 4 LMV quedó vacío de contenido, remitiendo dicho precepto a la noción de grupo de sociedades recogido en el artículo 42 Ccom, y convirtiéndose este último precepto en la norma fundamental en materia de grupo de sociedades. Actualmente, y como puede comprobarse, la noción de grupo del artículo 42 Ccom se ha impuesto paulatinamente en el Derecho de Sociedades, como norma fundamental y general en materia de grupo de sociedades; así, la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 18, entendemos que con el fin de armonizar el concepto y no revivir la dualidad anterior, remite a dicho precepto, a la vez que a partir de la Ley 38/2011, la Ley Concursal realizará idéntica remisión legal al afirmar en su disposición adicional sexta que se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 Ccom a los efectos de esta ley<sup>750</sup>.

---

Comercio ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar. Queda, pues, configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás. Hay que advertir, a partir del texto legal, que para apreciar la situación de control que la norma describe no es necesario que la sociedad dominante sea socio de la/s dominada/s o dependiente/s. Aunque algunos de los supuestos presuntivos de control que la norma recoge (y que evidencian efectivamente una situación de control) implica que la sociedad dominante tiene participación social en la dependiente, el dominio o control no se hace derivar, exclusivamente, de la participación directa e inmediata en otra sociedad. Desde esta concepción, abandonado el criterio de la unidad de decisión y sustituido por el de control o dominación societaria como elemento determinante de la existencia de grupo, quedarían excluidos del concepto los grupos paritarios, de modo que la obligación de consolidación de cuentas únicamente afecta a la sociedad dominante de un grupo vertical o jerárquico”.

<sup>749</sup> En este sentido, PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “El singular modelo español...” cit., pp. 228-229. Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, 37/2013, de 31 de enero (Tol 3960227).

<sup>750</sup> SÁNCHEZ-CALERO, J. y FUENTES, M.: “El concepto estricto de grupo en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, 2014, p. 612.

De esta *vis atractiva* que ejerce el artículo 42 Ccom respecto a la noción de grupo escapa la definición que todavía defiende la Ley de Cooperativas en su artículo 78, sin que por el momento se haya visto afectada y absorbida por la definición de grupo del Código de comercio. Esta Ley ofrece una definición basada en la unidad de decisión que permite incluir bajo su esfera tanto a los grupos jerárquicos como a los paritarios<sup>751</sup>, y con independencia de la forma jurídica de la cabecera del grupo amparando, por tanto, en dicha cabecera la presencia de personas físicas, pero con el inconveniente de que la doctrina no ha podido extender dicho concepto más allá de su ámbito de actuación en cuanto el artículo 78 de manera taxativa determina el concepto de “grupo cooperativo a los efectos de esta Ley”.

Finalmente, la noción de grupo del Código de comercio, y a pesar de no contar con vocación “universal”, en cuanto a la literalidad del mismo y a su ubicación en el Código de comercio ha alcanzado un gran dimensionamiento y amplitud en su aplicación, siendo considerado en derecho mercantil como el concepto general de grupo<sup>752</sup>.

---

<sup>751</sup> En palabras de SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: *El concurso...cit.*, pp. 48-49 se trata del concepto más acertado en cuanto a la definición de grupo de sociedades.

<sup>752</sup> Esta es la opinión de ROJO, A.: “Los grupos...” cit., p. 470 quien a pesar de considerar que nuestro ordenamiento no cuenta con un concepto general del Grupo en la legislación mercantil ni societaria, y aunque el artículo 42 Ccom no sea del todo satisfactorio “cumple precisamente esa función”. En contra se muestra SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: *El concurso...cit.*, pp. 46-47 para quien el artículo 42 Ccom tiene vocación contable y se aplica en relación a los supuestos que dan lugar a la consolidación contable para mostrar una imagen fiel del patrimonio. Además este autor critica que este artículo no contempla otras situaciones u otro control q no sea el del dominio, por lo que concluye que el artículo 42 Ccom carece de vocación de universalidad y no puede ser tomado como referencial al no ser esa la voluntad del legislador, a pesar de que sean constantes las referencias de otras normas a este precepto.

Recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 313/2012, de 4 de octubre (*Tol 2706864*) que “no hay en nuestro ordenamiento una disciplina sistemática sobre los grupos de empresas que establezca un concepto uniforme válido para todos los supuestos, situaciones y efectos que justifican una regulación jurídica de este fenómeno empresarial, quizá porque no se considere aconsejable una regulación general con abstracción del sector en el que ha de operar y de los intereses a proteger en cada caso (trabajadores, acreedores de sociedades dominadas o de la dominante, accionistas externos de unas y otra, derivados de la insolvencia de unas y de otra, impuestos por el orden público económico, a efectos procesales concretos, a efectos fiscales, etc.), sino en función del ámbito aplicativo de las leyes sectoriales a las que interesa esta noción y de las específicas finalidades perseguidas con esa regulación. Ello explica, en principio, un concepto flexible, variable e incluso dinámico del grupo de sociedades, según cual sea el fundamento de la respectiva reacción legislativa y la finalidad que con esa regulación pretenda lograr la correspondiente norma. De hecho, en nuestro ordenamiento encontramos una regulación fragmentaria y sectorial, a determinados efectos, si bien es cierto que, por una conveniencia o necesidad de congruencia legislativa, en lo que respecta al concepto de grupo, tras la Ley 16/2007, de 4 de julio, se observa una progresiva confluencia de las leyes

## IV.2 El grupo de sociedades y la Ley Concursal

### A) LA SITUACIÓN EXISTENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY 38/2011<sup>753</sup>

La Ley Concursal alude a lo largo de su articulado y en reiteradas ocasiones a los grupos de sociedades y a los grupos de empresas, pero sin que el concepto de grupo quede delimitado en ningún precepto (como veremos a continuación, hasta la reforma operada por la Ley 38/2011).

El estudio de los artículos 3.5, 6.3.4º, 10, 25, 28.2 y 93.2.3º LC tampoco permitía alcanzar las consideraciones generales necesarias sobre la materia. El derogado artículo 3.5 LC, legitimaba al acreedor para solicitar la declaración judicial conjunta del concurso de varios de sus deudores cuando existiera confusión de patrimonios entre estos, o siendo estos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. El concepto de grupo de este precepto, actualmente derogado, fue uno de los más comentados doctrinalmente en cuanto los presupuestos que el mismo exigía en relación al concepto de grupo. La doctrina mayoritaria llegó a la conclusión de que el mismo debía sólo aplicarse para la finalidad prevista, esto es, la legitimación para solicitar el concurso, pero no para otros fines o interpretaciones<sup>754</sup>,

---

especiales hacia la noción de grupo que, a efectos de consolidación de cuentas, acoge el artículo 42 del CCom.”

<sup>753</sup> MERCADAL VIDAL, F.: “Comentario al artículo 93 LC”, en SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.): *Nueva Ley... cit.*, p. 457 censura que la norma (originariamente) no se hubiera ni siquiera remitido a otra norma para no dejar el concepto e grupo sin ninguna definición en el ámbito concursal.

<sup>754</sup> Con buen criterio FERRÉ FALCÓN, J.: “El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal”, VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal... Tomo II cit.*, p. 1942 entendió que el contenido de este artículo 3.5 LC no implicaba una mayor amplitud de supuestos que debían ser contemplados dentro del concepto de grupo, sino que partiendo del concepto de grupo existente el contenido de este artículo exigía una mayor vinculación entre los miembros del grupo, pero a los solos efectos de la legitimación comentada.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 106/2014, de 30 de abril (*Tol 4358983*) pone de relieve que “la redacción original de la Ley 22/2003, de 9 de Junio, Concursal, no contenía una definición del grupo de empresas, aludiendo al fenómeno en diversos preceptos de la Ley, sin ni tan siquiera coincidir en la propia denominación del mismo. Así, por ejemplo, en el artículo 3.5 o en el 93.2.3º se hablaba de ‘grupo’; el art. 6.3.4º y 28, se refería al mismo como ‘grupo de empresas’ o en el artículo 10.4, como un ‘grupo de sociedades’. Concretamente, en el artículo 3.5 de la Ley Concursal, hoy derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, aunque no se ofrecía una definición de grupo de sociedades a los efectos de la Ley Concursal, sí se mencionaban los requisitos precisos para que pudiera promoverse la solicitud conjunta de concurso de las sociedades que formaran parte de un mismo grupo, que eran, además de conformar un grupo de sociedades, la identidad sustancial de sus miembros y la unidad en la toma de decisiones. En estas circunstancias, existían

evitando así la distorsión que dicho precepto pudiera causar al resto de supuestos en los que se citan los grupos de sociedades o de empresas.

El artículo 6.3.4º LC, relativo a la documentación contable que debe adjuntar el deudor a su solicitud de declaración de concurso, alude sorprendentemente a la expresión ‘grupo de empresas’ a partir de unas notas y características que se asemejan en gran medida a la noción que de grupo de sociedades manejaba el artículo 42 Ccom, y posibilitando a estos efectos la inclusión en el grupo no sólo de las personas jurídicas, sino también las físicas empresarias comprendidas en el artículo 1 Ccom<sup>755</sup>. La misma referencia al ‘grupo de empresas’ la realiza el artículo 28.2 LC respecto a las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones de los administradores concursales, que no podrán ser elegidos en tres concursos dentro de los dos años anteriores. En el supuesto de nombramientos en el concurso de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas dicho nombramiento contará como uno solo.

Por su parte, los artículos 10.4 y 25 LC tampoco consiguieron precisar la falta de corrección terminológica de la norma; mientras la redacción originaria del artículo 10.4 (pues actualmente no se hace alusión alguna al grupo de sociedades en dicho precepto) se refería a la competencia para declarar y tramitar el concurso en los casos de declaración conjunta de concurso de varios deudores, el artículo 25 dedicado a la declaración conjunta de concurso de varios deudores, contempla la posibilidad de que la administración concursal pudiera solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo ‘grupo’, si bien en su redacción vigente este artículo alude al término ‘grupo de sociedades’ (al igual que el artículo 25 bis LC).

---

dudas en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el concepto de grupo de sociedades a efectos concursales y, en concreto, si él mismo debía ser el que ofrecía tradicionalmente el artículo 42 del Ccom.”

<sup>755</sup> SÁNCHEZ-CALERO, J. y FUENTES, M.: “El concepto estricto...” cit., pp. 618-619 abogan por la corrección de los deslices terminológicos a estos efectos que existen en la norma concursal entendiendo que todas las consideraciones deben realizarse al concepto de grupo de sociedades y no de empresas, en consonancia con la remisión al artículo 42 Ccom, ya que la redacción de determinados preceptos de la Ley Concursal podría llevar a la confusión de que la norma pretendiera establecer un doble régimen: el aplicable a los grupos de sociedades, y aquellos grupos en los que además conviven otras empresas.

Finalmente, el artículo 93.2.3º LC hace referencia al grupo de sociedades al que pertenece la concursada para calificar como personas especialmente relacionadas con el concursado a aquellas sociedades que formen parte del mismo grupo que la concursada y sus socios comunes. Estrechamente relacionado con este artículo se encuentra el 71.3.1º LC que presumirá el perjuicio patrimonial respecto a los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de estas personas con especial vinculación, pudiendo rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.

Si bien los preceptos anteriormente referidos no sirvieron en modo alguno para delimitar un concepto de grupo que pudiera ser utilizado de manera pacífica en derecho concursal, y así lo manifestó la jurisprudencia<sup>756</sup>, lo cierto es que la diferente terminología utilizada por la Ley pudo incluso complicar aún más la materia de estudio. La doctrina mayoritaria consideró que esta heterogeneidad terminológica es debida al dilatado proceso de elaboración de la norma y las diferentes personas que intervinieron en su redacción a lo largo de dicho período<sup>757</sup>.

---

<sup>756</sup> Entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 137/2011, de 15 de marzo (*Tol 2105315*) recoge igualmente la falta de tratamiento sistemático, por parte de la Ley Concursal, del fenómeno del grupo de sociedades, “sino más bien fragmentario, en los artículos 3.5 (declaración conjunta), 6 (dentro de la documentación que debe acompañar el deudor a la solicitud de concurso), 10.4 (competencia territorial), 25 (acumulación sobrevenida) y 92.5 en relación con el artículo 93, al calificar como subordinados los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso. Ninguno de estos preceptos permite tampoco fijar un concepto de grupo de sociedades. La doctrina viene a considerar que la Ley Concursal en esta materia tiene mayor trascendencia procesal que material, que en realidad no regula el concurso del grupo de sociedades o empresas, y no puede hablarse de una normativa de carácter material que pueda suponer un avance en la conceptualización de esta realidad jurídica y económica. Si bien no dejar de destacar la inclinación del legislador por introducir en la configuración del grupo de sociedades la idea de la existencia de una sociedad dominante, lo que delimita su predilección por una definición que tiene en cuenta la estructura de la dirección, y dentro de las posibilidades de grupos de subordinación y grupos de coordinación, preferir los primeros. Idea perfectamente compatible con el concepto de unidad de decisión o de dirección ya apuntada anteriormente, y que es la preferida en las resoluciones de la jurisdicción mercantil”.

<sup>757</sup> FERRÉ FALCÓN, J.: “El grupo de...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo II cit., p. 1936 y EMBID IRUJO, J. M.: “Grupo de sociedades y derecho concursal”, VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo II cit., pp. 1895-1896 quien considera que el legislador a pesar de utilizar diferente terminología, la preferencia recae en el grupo formado por sociedades. Para este autor, el término que debiera haber sido utilizado sería el de ‘grupo’, evitando así la preferencia inconsciente del legislador por el término sociedad, preferencia esta que es debida “al entendimiento tradicional del derecho concursal como una pieza específica del estatuto jurídico del comerciante; conforme a este criterio no resultaría posible integrar en el ámbito de dicha disciplina a personas jurídicas ajenas al ejercicio de la actividad mercantil”, pero pareciera no poder asumir esa concepción en cuanto la finalidad de la Ley Concursal que pretende unificar y superar la

Así las cosas, el primer obstáculo con el que contaba la calificación de persona especialmente relacionada *ex* artículo 93.2.3º LC era la determinación y delimitación de dicho concepto para aplicar adecuadamente el precepto. Como hemos visto anteriormente, en el momento en el que entró en vigor la norma concursal, la doctrina mercantilista todavía se debatía entre la concepción de grupo fundamentada en el elemento del control o el de unidad de dirección, como resultado de la noción diferente que el artículo 42 Ccom y el artículo 4 LMV mantenían a ese respecto.

Ante esta falta de precisión terminológica, la doctrina y la jurisprudencia se encargaron de colmar el vacío legal. Para la doctrina mayoritaria el artículo 42 Ccom fue la norma de referencia que debía emplearse en el ámbito mercantil, no sólo por tratarse de la norma más veces remitida por otras en la legislación mercantil<sup>758</sup>, y no ser una norma especial, sino también por defender un concepto más restringido de grupo que el referido en el artículo 4 LMV. Esta noción de grupo más restrictiva si bien contaba con el inconveniente de no albergar otra tipología de grupo que la descrita en la norma, contaba, por el contrario con la ventaja de resultar plenamente compatible con las consecuencias que el artículo 93.2.3º LC anuda a las personas especialmente relacionadas con el concursado, en cuanto debe

---

distinción entre comerciantes y no comerciantes, ello sin perjuicio de determinadas especialidades de los comerciantes. En un sentido similar, ROJO, A.: “Comentario al artículo 3 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo I* cit., pp. 258-259 afirma que ninguna definición de grupo ofrece la Ley Concursal, siendo relevante a estos efectos que efectivamente exista grupo de sociedades o de empresas, con independencia de la forma del grupo, sea como dominante, como dominada, con independencia de cuál sea la técnica de dominación. VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...cit.*, p. 1352 igualmente se muestra práctico en este tema y considera que lo único importante a efectos concursales es la subordinación de los créditos a favor de las sociedades pertenecientes al grupo.

<sup>758</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentario al artículo 93 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...Tomo I* cit., p. 1078 apostaba por el concepto de grupo del artículo 42 Ccom definiéndolo como un concepto general mercantil. En la misma línea GARRIDO, J. M.: “Comentario al artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo I* cit., p. 1678, SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...Tomo IV* cit., pp. 3906-3907 y MERCADAL, F.: “Comentarios al artículo 93 LC”, en SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.): *Nueva Ley...cit.*, p. 457. Además, en el Anteproyecto de Ley Concursal se hacía referencia en el artículo 92.2, equivalente al actual 93.2.3º LC a los socios que estuvieran enumerados en dicho artículo y que mantuvieran con la sociedad alguna de las situaciones que enunciaba el artículo 42 Ccom. Para ÁVILA, A. y CURTO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...Tomo IV* cit., p. 3559 el grupo empresarial quedaría definido como la “formación empresarial que, sobre la base de unas relaciones determinadas (contractuales, de participación, de directivos comunes) entre varias empresas jurídicamente independientes, establecen una unidad de dirección que aglutina una unidad económica funcional”.

acudirse a la prohibición de interpretar de modo extensivo las normas restrictivas de derechos como el artículo 93 LC<sup>759</sup>.

Para un sector doctrinal más minoritario en el ámbito concursal debía atenderse a la definición ofrecida en el artículo 4 LMV al tratarse este de un concepto más amplio y que, además mantenía con la Ley Concursal el paralelismo de defender los intereses de los

---

<sup>759</sup> Entre otras, *vid.* la sentencia del Juzgado Mercantil número 8 de Madrid, de 12 de noviembre de 2013 (rec. núm. 304/2012, *Tol 4022974*) que asume que a pesar de que existen en la doctrina, y en la práctica, otros conceptos de grupo de sociedades, “un principio básico de seguridad jurídica, en la aplicación de una norma restrictiva de derechos, como es la clasificatoria de créditos para su subordinación, debe llevar a atenderse al concepto concursal impuesto en la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, y abstenerse de dar introducción por vía interpretativa a aquellos otros conceptos de grupo, al menos es este ámbito clasificatorio”.

La Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª en su sentencia 80/2011, de 24 de febrero (*Tol 2260146*) considera que en diversas normas de nuestro ordenamiento se ofrecen datos o indicios que permiten representarse tal concepto. El primero, y principal, de esos preceptos es el artículo 42 CCom. No obstante, ese concepto de grupo de sociedades, que nuestro ordenamiento mercantil introdujo de forma esencial a efectos de regular las obligaciones contables, “no puede ser considerado exhaustivo, en un doble sentido:

i) No incluye en su tenor literal todos los supuestos de grupos de sociedades que se conocen en el tráfico mercantil. Así, no incluye los grupos por coordinación, también llamados “grupos horizontales” y únicamente se refiere a los llamados ‘grupos verticales’.

ii) Ni tampoco puede ser considerado un concepto único o excluyente, esto es, un concepto válido para todos los supuestos en los que en nuestro ordenamiento se hace referencia al concepto “grupo de sociedades”.

En realidad, nuestro ordenamiento no ha afrontado aún de manera exhaustiva la problemática que plantea el fenómeno de los grupos societarios y se ha limitado a regular algunos aspectos concretos, tales como la consolidación de las cuentas o la posibilidad de acumulación de concursos (artículo 25 LC). Y resulta dudoso que el mismo concepto que se emplea en el artículo 42 Ccom resulte de aplicación para resolver los problemas que plantea la referencia a los grupos de sociedades la Ley Concursal.

Por otra parte, también resulta discutible que pueda ser idéntico el concepto de grupo que se utiliza en la LC a diversos efectos: (i) en el artículo 6.2.4º cuando se hace referencia a la memoria de las cuentas vinculadas, que se debe aportar con la solicitud de declaración del concurso voluntario; (ii) en los artículos. 3.5 y 25, a efectos de acumulación de solicitudes o de procedimientos concursales declarados; y (iii) en el artículo 93.2, 3.º en cuanto a la consideración como personas especialmente relacionadas a los efectos de la calificación del crédito como subordinado. El concepto de grupo adquiere en cada uno de esos casos algunas connotaciones propias, que determinan que deba procederse de forma específica en cada caso a determinar lo que a tales efectos se puede considerar ‘grupo de sociedades’ (...). A la hora de encontrar el sentido que tiene el artículo 93.2.3º LC la referencia al ‘grupo’, “no puede perderse de vista que el ordinal 1º del propio artículo 93.2 LC también considera persona especialmente relacionada a los socios que tengan, al menos, un 5 % de participación en el capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera. En suma, la idea que resulta de esta norma es que la razón determinante de la calificación legal como persona especialmente relacionada no se encuentra sólo en la posibilidad de ostentar una efectiva situación de control efectivo de la gestión de la sociedad, sino que también podría ser suficiente que se evidencie un interés económico relevante en la sociedad, por tener una participación sustancial en su capital. Por consiguiente, a partir de la interpretación conjunta de esas dos normas es posible concluir que el concepto de grupo a estos efectos no sea un concepto especialmente estrecho y centrado en el control directo de la gestión social, sino que también puede comprender situaciones en las que se haya evidenciado un control indirecto, aunque igualmente efectivo”.

inversores como concepto asimilable en el ámbito concursal a los acreedores<sup>760</sup>, la doctrina mayoritaria se decantó por la noción de grupo referida en el artículo 42 Ccom. Además es suficiente con que la sociedad acreedora sea miembro del grupo, dominante o filial para que opere la subordinación sin tener en cuenta la participación que ostente en ella<sup>761</sup>.

Como se ha anticipado anteriormente, la modificación operada en virtud de la Ley 62/2003 provocó la unificación del criterio doctrinal y jurisprudencial en torno a la unidad de decisión<sup>762</sup>, lo cual simplificó en gran medida la noción de grupo en la Ley Concursal en la medida en que dicho concepto incluía tanto los grupos verticales como los horizontales, entendiendo a tales efectos que en ambos casos estábamos en presencia de un grupo de

---

<sup>760</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal”, GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, G. PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal...cit.*, pp. 141-142 además de los anteriores argumentos, justificaba su posición en el actualmente derogado artículo 3.5 LC defendiendo además que la Ley Concursal no estimó necesario establecer un concepto de grupo de empresas a efectos del derecho concursal. De la misma opinión se muestra ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 93 LC”, PULGAR EZQUERRA, J, ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación...cit.*, p. 934 ya que dicha noción “es la que hace referencia al poder único de dirección como rasgo característico y diferencial del grupo, noción que, por otra parte, es la que finalmente ha ido consolidándose en nuestro ordenamiento”. EMBID IRUJO, J. M.: “Grupo de sociedades...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...Tomo II cit.*, p. 1897 no justifica la existencia de un concepto propio de grupo en la Ley Concursal y aboga por la definición que utiliza el elemento de la unidad de decisión como fundamental como un concepto que integra otras personas jurídicas de naturaleza distinta a las sociedades.

Por su parte GUASCH MARTORELL, R.: “El régimen concursal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...Tomo IV cit.*, pp. 3725-3726 defendía que la indefinición de la Ley Concursal respecto al concepto al que debía atenderse de grupo, permitía que se pudiera aludir a tres tipos de concepciones: la propia del artículo 42 Ccom, la del artículo 4 LMV y la que se infiere del artículo 3.5 LC. En opinión de este autor debía estarse al concepto de grupo del (derogado) artículo 10 LSRL que aludía al 42 Ccom.

<sup>761</sup> GARRIDO, J. M.: “Comentario al artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo I cit.*, p. 1679.

<sup>762</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de febrero de 2013 (66/2013) recuerda que “el artículo 42 sufrió, como es sabido, una modificación esencial fruto de la Ley de Reforma Contable 16/2007 en dos aspectos fundamentales: a) la exclusión del fenómeno de los grupos horizontales de coordinación, al limitar al concepto al grupo de subordinación en el que existe una dominante y una o varias sociedades dominadas o filiales; b) la sustitución del concepto de "unidad de decisión" por el de control (concepto definido en el PGC como "el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades. Por ello, puede decirse que los elementos del concepto de grupo consolidable, extendido, como acaba de indicarse, a toda la realidad policorporativa, serían los siguientes: a) la posición dominante sólo puede ocuparse por una sociedad, no por persona física que "ostente directa o indirectamente el control" de otra u otras sociedades. b) cuándo existe este control es cuestión de hecho, cuya prueba se facilita por medio del sistema de presunciones (mayoría de derechos de voto o posibilidad de lograrla con acuerdos con terceros, facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los componentes del órgano de administración, en esencia)”.

sociedades, sobre todo en la materia que nos ocupa, en cuanto a la posibilidad de ser calificado como persona especialmente relacionada<sup>763</sup>.

---

<sup>763</sup> La Ley Concursal no se refería ni tan siquiera en su indefinición del concepto de grupo a si debía atenderse a los grupos por dominación en exclusiva o debían de incluirse igualmente a efectos de la misma, otros tipos de grupos. En palabras de ÁVILA, A., CURTO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3560 si atendemos al artículo 93.2.3º LC y la subordinación que dicho artículo conlleva, podría defenderse a partir de una interpretación sistemática que la Ley hacía referencia a los grupos por dominación en cuanto la subordinación se justificaría a partir del control y no tanto de la proximidad que existe en los grupos por coordinación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 313/2012, de 4 de octubre (*Tol 2706864*) define el grupo de sociedades, (anterior a la Ley 16/2007) basado en el criterio de unidad de decisión: “ello explica una noción de grupo (que hemos recogido en anteriores sentencias en el ámbito concursal) entendido como aquella formación empresarial que, sobre la base de unas relaciones determinadas contractuales, de participación, de directivos comunes- entre varias empresas formalmente independientes, establece una unidad de decisión y aglutina una unidad económica funcional (es decir, una definición que admite que la unidad de decisión se logre no sólo por vínculos societarios sino también por vínculos de coordinación, en régimen paritario)”.

En la misma dirección, la sentencia del Tribunal Supremo 628/2005, de 29 de julio (*Tol 703336*) que señala que los grupos de sociedades se caracterizan “por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario)”;

*Vid.* también, la sentencia 7/2011, de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 18 de enero (*Tol 2074958*) que cita la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, de 16 de octubre de 2006 para extender el concepto de ‘grupo de sociedades’, a los efectos concursales, a los denominados grupos fácticos: “no existiendo en nuestro ordenamiento jurídico un concepto genérico de la categoría de grupo de sociedades, este puede extraerse, sin embargo, acudiendo a la regulación contenida en las normas mercantiles que se ocupan de tal estructura societaria, contenidas en los artículos 42 del C. de C., 4 de la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644) y 18 de la Ley de Cooperativas (RCL 1999, 1896), de las que se extrae la idea común a todas ellas de la necesaria presencia de una unidad de decisión, sobre el conjunto de las sociedades agrupadas ya se trate de la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o ya lo sea de grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria) pues es, precisamente, aquella dirección unitaria el elemento que aporta cohesión al grupo, a lo que cabe añadir que, tratándose de grupos fácticos, en los que no aparece la presencia de un negocio jurídico trabado formalmente y exteriorizado frente a terceros, que atribuya a la dominante la dirección unitaria o bien por el cual se someta la gestión de todas ellas a una dirección unitaria común y coordinada -como es el caso que nos ocupa- la acreditación de tales extremos por los sujetos ajenos al grupo podrá llevarse a cabo mediante la prueba de la existencia de vinculaciones de la más variada índole entre las sociedades, entre las cuales destaca por su frecuencia las interdependencias personales ya sea por compartir la identidad en los órganos de gobierno o en el accionariado”.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia de Zaragoza, sección 5ª, 643/2012, de 11 de diciembre (*Tol 3662411*) cita la sentencia de la misma Sala de fecha 7 de febrero de 2011 manifestando que respecto a la definición de un grupo de sociedades “no existiendo una definición explícita de esta figura jurídica, cada día más habitual en el tráfico mercantil, nos sirven de pauta al respecto, el artículo 4 de la Ley de Mercado de Valores, el artículo 42 del C. Comercio y 87 de la L.S.A. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han destacado un elemento definitorio del fenómeno del grupo de empresas: ‘La unidad de decisión’. Es decir, el sometimiento de todas ellas a una dirección económica ejercida por otra sociedad, denominada dominante. El grupo en cuanto tal no tiene personalidad ni capacidad jurídica, sí la poseen las diversas sociedades que lo configuran y que ostentan independencia y autonomía jurídica, aunque se vertebran en el grupo a través de la dirección unitaria ejercida por la sociedad dominante. Por ello, la posesión mayoritaria de acciones de una sociedad en otra no es sino una presunción de la existencia del grupo. No lo habrá si la mayoritaria no ejerce sobre la minoritaria un control efectivo de su dirección económica. En este sentido, la S.A.P. Sevilla, sección 5ª, de 17-julio-2008 y la de la A.P. Zaragoza, secc 5ª, de 5-febrero-2010 (nº 55)”. En similar sentido se han

Lo cierto es que la importancia de dotar de contenido y delimitar la noción de grupo de sociedades se hacía imprescindible no sólo a efectos de la certidumbre jurídica, sino también a la hora de fijar un concepto en el que quedara delimitado los posibles componentes del grupo en cuanto a posibilitar o no que una persona física o una fundación pueda ser cabecera del grupo.

## B) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA DE LA LEY CONCURSAL: LA REMISIÓN AL ARTÍCULO 42 CCOM.

La Ley 38/2011 introdujo en la Ley Concursal la remisión al artículo 42.1 Ccom en relación al concepto de grupo de sociedades. Si bien el legislador optó por no incluir un concepto de grupo exclusivamente a los efectos concursales, la remisión legal supuso la seguridad y certeza jurídica tan necesaria en la materia.

Quizá lo deseable hubiera sido una definición de la noción de grupo desde el principio en la Ley Concursal, pero lo cierto es que la remisión realizada al artículo 42 Ccom ha servido, por lo menos, para colmar la laguna jurídica existente en la materia. La calificación de persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica de los grupos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso no podía dejarse a la interpretación jurisprudencial, pues al fin y al cabo dicha indefinición y sus previsibles consecuencias perjudicaba muy seriamente las relaciones financieras y crediticias de estos grupos de sociedades<sup>764</sup>.

---

pronunciado las sentencias de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra 344/2012, de 15 de junio (*Tol 2597291*), de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, 134/2012, de 27 de marzo (*Tol 2507576*) o de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, 551/2011, de 22 de diciembre (*Tol 2368093*).

<sup>764</sup> En este sentido, *vid.* FUENTES NAHARRO, M.: “La subordinación de créditos de las sociedades del mismo grupo y de sus socios comunes (ámbito subjetivo y aplicación temporal del artículo 93.2.3º LC)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 132, 2013, p. 81 quien aplaude la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011 en cuanto crea un ‘asidero’ para la seguridad jurídica que además ve reforzada por la plena coincidencia de la delimitación del concepto de grupo propuesto por la Ley Concursal con el existente en otras normas mercantiles próximas (contables, societarias, del mercado de valores, etc.). Igualmente, SÁNCHEZ-CALERO, J. y FUENTES, M.: “El concepto estricto...” cit., p. 610 ven en la disposición adicional sexta de la Ley Concursal algo más que colmar la laguna legal al respecto. Consideran que dicha

No obstante lo anterior, y a los efectos prácticos que nos ocupan respecto a la Ley Concursal, lo cierto es que es innegable la certeza jurídica que la remisión que la disposición adicional sexta de la Ley 38/2011 ha conseguido en el ámbito concursal, al permitir una clara distinción del concepto, con el que podremos estar o no de acuerdo, pero que en cualquier caso, introduce la seguridad jurídica que tan necesitada era<sup>765</sup>. No pretendemos con esto decir que hubiera sido del todo necesario un concepto propio del grupo para el derecho concursal, pues entendemos que lo propio sería un concepto de grupo polivalente para todo el derecho mercantil, o por lo menos, para el derecho de sociedades, pero la inexistencia de un concepto genérico y aplicable al artículo 42 Ccom ha implicado que el procedimiento concursal quede a expensas de la noción que ofrece el Código de comercio para supuestos, en principio diferentes al concursal y que, entre otras consecuencias, no incluye bajo su ‘paraguas’ los grupos horizontales<sup>766</sup>. En este sentido, la norma concursal ha ganado en certeza jurídica, pero ha resultado ser un rehén de la concepción que del grupo de sociedades represente el Código de comercio.

Si bien resulta loable la aportación llevada a cabo por la Ley 38/2011, esta no queda exenta de crítica por la ubicación de dicha definición de grupo de sociedades, o, mejor dicho, de la remisión legal efectuada, en cuanto se trata de una norma fundamental para la Ley Concursal que resulta postergada a una disposición adicional<sup>767</sup>.

El artículo 42 Ccom ha alcanzado en nuestro derecho mercantil la categoría de precepto fundamental en relación al concepto de grupo de empresas que él mismo encierra. Sin embargo, entendemos que el hecho de que sea la norma a la que con carácter general las

---

remisión realiza también la armonización de la definición de grupo en la legislación concursal con la acogida en otras disposiciones mercantiles de similar o mayor alcance y en especial, la del artículo 18 LSC.

<sup>765</sup> SÁNCHEZ-CALERO, J. y FUENTES, M.: “El concepto estricto...” cit., p. 612 advertían la problemática convivencia que existía cuando esa pluralidad de definiciones se daba en normas tan cercanas. En la misma línea, LÓPEZ APARCERO, A.: “Concepto de grupo de sociedad y concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, número 26, 2012, p. 258.

<sup>766</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, 106/2014, de 30 de abril (*Tol 4358983*).

<sup>767</sup> SÁNCHEZ-CALERO, J. Y FUENTES NAHARRO: “El concepto estricto...” cit., p. 617 ponen de relieve el lugar que la remisión al artículo 42 Ccom tiene en la Ley de Sociedades de Capital, en el artículo 18, como ubicación adecuada en cuanto se trata de una definición principal para la adecuada aplicación de la Ley, y en contraposición respecto a la prevista para la Ley Concursal en una disposición adicional.

normas de dicho ámbito acuden en remisión legal no fue concebida para contar con la vocación universal que el legislador está pretendiendo dotarla. Es innegable, como se advirtió en su momento, que dicho precepto fue concebido a partir de una finalidad clara como la consolidación de la contabilidad de los grupos de sociedades; sin embargo, puesto que el Código de comercio representa un cuerpo normativo troncal frente a la normativa especial y específica<sup>768</sup>, dicho precepto ha sido dotado de esa vocación universal, sin que fuera concebido para tal cometido, por lo que no deja de resultar sorprendente el hecho de que se supedite la existencia de un grupo de sociedades a efectos concursales, a partir de una norma con una finalidad especial como la comentada.

El concepto que la Ley concursal asume como propio a los efectos de la concepción de los grupos en la norma, como se ha indicado, es la propia del artículo 42 Ccom, pero teniendo en cuenta la redacción vigente en dicho artículo del Código de comercio, lo que implica la no inclusión en este concepto de los grupos paritarios u horizontales a estos efectos<sup>769</sup> resultado de la modificación operada por la Ley 16//2007 de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea y la misma supone la adaptación de un determinado concepto de grupo de sociedades cual es el de subordinación o jerárquico<sup>770</sup>. En consecuencia, este será el concepto que presida el derecho concursal, quedando fuera del concepto de grupo de sociedades a efectos concursales los grupos de sociedades

---

<sup>768</sup> LÓPEZ APARCERO, A.: “Concepto...” cit., p. 225 considera que la doctrina ha superado los inconvenientes que la ubicación sistemática del precepto suponían respecto a la universalidad del mismo alegando la falta de interés del legislador de dotar de un concepto de grupo al ordenamiento jurídico.

<sup>769</sup> Resulta interesante la definición que aporta LÓPEZ APARCERO, A.: “Concepto...” cit., pp. 255-256 de ‘control’ en el ámbito societario, ya que implica detentar una capacidad suficiente para intervenir dirigir y vetar decisiones y actuaciones en una sociedad sean cuales sean los medios que se utilicen.

<sup>770</sup> A la vista de este nuevo panorama normativo, la sentencia del Tribunal Supremo, 830/2011, de 24 de noviembre (*Tol 2299608*) repasa el contenido del artículo 42 Ccom a lo largo de las diferentes modificaciones sufridas por dicho precepto para concluir que tras la Ley 62/2003 (antigua redacción del artículo 42 CCom -ya expuesta, basada en el criterio de la unidad de decisión-), era impuesta la obligación de consolidar cuentas no sólo en los llamados grupos verticales o de subordinación, sino también en los denominados grupos horizontales o de coordinación cuando, aunque no existiesen participaciones de unas sociedades en otras del grupo, existía unidad de decisión. Prosigue esta sentencia aludiendo a la nueva redacción del artículo 42 CCom, pues “tras la reforma por la Ley 16/2007, tal como indica su Exposición de Motivos, ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar, ya que queda pues configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás”.

horizontales, teniendo en cuenta que además esta interpretación no podrá ser en modo alguna flexibilizada por la consecuencia anudada al artículo 93.2.3º LC de la subordinación de los créditos, ya que las excepciones al principio de igualdad de acreedores “han de ser muy contadas y siempre justificadas”<sup>771</sup>, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva.

Si bien antes de la Ley 38/2011 dichos grupos quedaban incluidos a todos los efectos en la norma concursal, y entre ellos en la posibilidad de ser calificados como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, ahora con la claridad y contundencia que se manifiesta la disposición adicional sexta de dicha ley, así como el referido precepto 42 Ccom, no existe duda de que dichos grupos horizontales no quedarán incluidos a dichos efectos en la LC<sup>772</sup>. A mayor abundamiento, la interpretación restrictiva que debe presidir toda interpretación de normas que restringen derecho impediría en cualquier caso la inclusión de estos grupos, por lo menos a efectos del artículo 93.2.3º LC por las consecuencias que dicha calificación anuda.

---

<sup>771</sup> Exposición de Motivos V de la Ley Concursal. Como bien refleja la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 106/2014, de 30 de abril (*Tol 4358983*). La sentencia del Tribunal Supremo 830/2011, de 24 de noviembre (*Tol 2299608*) en la práctica y, por ejemplo, desde un punto de vista económico asume que puede haber otros conceptos de grupo de empresas, pero en el ámbito concursal y a los efectos de la condición de persona especialmente relacionada con el deudor, que tiene incidencia en este ámbito de la reintegración y en el de la clasificación de créditos, debemos operar restrictivamente la interpretación, no sólo desde la perspectiva de la seguridad jurídica, sino también desde el punto en que estamos aplicando una normativa restrictiva derechos.

<sup>772</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 5ª, 161/2013, de 17 de abril (*Tol 3753977*) y la sentencia 66/2013 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 5 de febrero (*Tol 3530094*): “El artículo 42 del Código de Comercio no sólo sigue siendo el precepto básico para definir los grupos, sino que ha ido ganando una importancia decisiva con las últimas reformas legales, especialmente con las leyes de Sociedades de Capital y de reforma concursal. De esta manera, el único concepto de grupo con el que cabe operar en materia mercantil es el concepto contable de grupo consolidable. Así, y desde esta perspectiva estrictamente positiva, el elemento definidor de la ‘dirección económica unitaria’ ha perdido peso en favor del elemento del control por parte de la dominante de la filial”.

Advierte SANCHO GARGALLO, “Concursos conexos de sociedades pertenecientes a un mismo grupo”, CUÑAT, EDO, V. MASSAGUER, J., ALONSO ESPINOSA, F. J., GALLEGUO SÁNCHEZ, E. (Dtores.): *Estudios de derecho mercantil, liber amicorum Dr Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1830 que “con la referencia a un control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras la ley extiende la noción de grupo más allá de los casos en que existe un control orgánico porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales)”. Lo extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo, mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo.

La jurisprudencia ha interpretado y aplicado sin reparos el artículo 42 Ccom como el concepto de grupo vigente a los efectos concursales, por lo que no incluye en tal consideración a los grupos horizontales. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 384/2012, de 7 de diciembre (*Tol 3005807*) de manera concisa afirma que “el concepto de grupo del artículo 42.1 del Código de Comercio se centra en el control, directo o indirecto, efectivo o potencial, por una sociedad (dominante) de otra u otras sociedades (dominadas), presumiéndose el control en las situaciones que enumera el precepto. Se trata de un concepto no muy amplio del fenómeno económico del grupo de sociedades, quedando al margen los grupos horizontales, paritarios o por coordinación y los verticales, jerarquizados o por subordinación controlados por personas físicas en los que existen diversas sociedades no jerarquizadas entre sí en cuya cabecera están personas físicas. Esto es, no se contempla el supuesto de grupo de sociedades en los que no exista sociedad dominante siendo la cabecera una o varias personas físicas que son las que controlan las sociedades dominadas”.

Con los mismos términos la Audiencia Provincial de Cáceres define el concepto de grupo en la Ley Concursal tras la disposición adicional sexta argumentando que “estamos ante un concepto de grupo de empresas que no conecta con el mas amplio dado desde una perspectiva económica, pues no comprende los grupos horizontales, paritarios o por coordinación y los verticales, jerarquizados o por subordinación controlados por personas físicas en los que existen diversas sociedades no jerarquizadas entre sí en cuya cabecera están personas físicas. Por tanto, se apuesta por un grupo de sociedades en los que exista sociedad dominante, siendo la cabecera una o varias personas físicas que son las que controlan las sociedades dominadas. La clave para determinar la existencia del grupo, por tanto, está en el control societario. Nos encontraremos a efectos concursales con un grupo de empresas, si constatamos la posibilidad ejercer el control societario, pues de otro modo y pese a que puedan existir evidente relaciones de contenido económico o participación social entre las empresas no podemos hablar jurídicamente de un grupo de empresas. Se pasa así de una definición tradicional de grupo -antes de la reforma del art. 42 del CCO - inspirado en el principio de la unidad de decisión -que se traslucía en el antiguo art. 3.5 de la LC-, a un criterio de control societario o en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de reforma del precepto antes citada como ‘aquellas situaciones en las que una sociedad

ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás'. Todo ello limita el concepto de grupo tan solo a los de estructura vertical o jerarquizada, sin que pueda extenderse a aquellos supuestos en los que no exista dependencia jerárquica de unas sociedades respecto de otras, como puede ser el supuesto en que sean una sea una o varias personas físicas quienes como cabecera puedan controlar las sociedades dominadas"<sup>773</sup>.

“Por así expresarlo, el grupo se extiende hasta donde se extienda la posibilidad de ejercer control societario, y más allá de ese contorno fronterizo no existe ya grupo, pese a que

---

<sup>773</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 106/2014, de 30 de abril (*Tol 4358983*). La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 170/2015, de 30 de junio (*Tol 5415710*) cita otra resolución judicial de 11 de diciembre de 2013 del mismo Tribunal (449/2013, *Tol 4073969*) para afirmar que “en el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso. No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos. Ciertamente, los artículos 25, 25 bis, 71.3º y 93.2.3º, cuando aluden a grupos de sociedades por distintos motivos, no excluyen las relaciones horizontales. Sí lo hace, sin embargo, la disposición adicional sexta, que es aplicable a todos ellos. El artículo 93.2 LC dice que —se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso. La Ley, como podemos ver, solo exige que la sociedad concursada y la sociedad acreedora formen parte del mismo grupo, no se exige que entre ellos exista una relación de subordinación dentro del mismo grupo, y a nuestro modo de ver dos sociedades sometidas al control de la misma sociedad matriz forman parte del mismo grupo. Las filiales de un grupo jerárquico no forman parte entre sí de un diferente grupo paritario, aunque su relación sea paritaria, sino que forma parte del mismo grupo jerárquico en la que las filiales están controladas por la matriz. Para que haya una persona que se considere especialmente relacionada con otra jurídica la Ley exige únicamente que la sociedad concursada y la sociedad acreedora, o, en este caso, la sociedad compradora, formen parte del mismo grupo, pero no exige que la relación que exista entre ellas sea vertical. Un grupo horizontal (de estructura paritaria o por coordinación) es aquel en la que no existe una relación de dependencia entre las sociedades agrupadas, de tal manera que la dirección unitaria que caracteriza un grupo de este tipo se decide por todas las sociedades que lo forman. Ello nos lleva a considerar que en este tipo de grupos la relación entre las sociedades no es de control, ya que ninguna tiene el control de las demás. La falta de esta característica fundamental excluye los grupos horizontales de concepto del grupo del artículo 42.1 CCo. Ahora bien, dos empresas filiales, administradas por la misma persona, que a su vez es su socio mayoritario, forman parte del mismo grupo en el que el control se ejerce por un tercero (en este caso, una persona física), es decir, las filiales forman parte del mismo grupo vertical. Las filiales no forman un grupo diferente y horizontal, sino que forman parte del mismo grupo vertical, aunque su concreta relación no sea de dependencia”. El Tribunal Supremo, aunque no se ha pronunciado expresamente sobre este caso, en su sentencia 100/2014, de 30 de abril (*Tol 4331151*) analiza la relación entre dos empresas que comparten la misma sociedad matriz afirma sin ningún reparo que pertenecen al mismo grupo dos sociedades hermanas, por lo que implícitamente parece que está contradiciendo el concepto que habíamos mantenido en la sentencia 449/2013, lo que también justifica un cambio de criterio”.

puedan estar presentes relaciones de intereses económicos, inversión o participación social en aquellas entidades extraperimetales del grupo”<sup>774</sup>.

### IV.3 “Y sus socios comunes”

A partir del doble presupuesto de subordinación que contiene el artículo 93.2.3º LC, no sólo se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso,

---

<sup>774</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 12 de noviembre de 2013 (núm. rec. 304/2012, *Tol* 4022974). La misma sentencia asume la existencia de otros conceptos de grupo de sociedades en la doctrina y en la práctica, aunque debe interpretarse de manera restrictiva en cuanto el artículo 93.2.3º LC se trata de una norma restrictiva de derechos, debiendo abstenerse de dar introducción por vía interpretativa a aquellos otros conceptos de grupo, al menos es este ámbito clasificatorio: “Por tanto, la relación de control societario opera como elemento definidor del grupo de sociedades, para determinar cuando se está en presencia de uno, como elemento delimitador del mismo, que permite predicar qué sociedades están dentro del grupo, y cuáles fuera, pese a que pudiera existir alguna relación con ellas”.

Del mismo modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 344/2013, de 24 de septiembre (*Tol* 4004749): “Como queda dicho, tal precepto se basa en la idea de control de una sociedad dominante sobre otras dominadas, por lo que hemos de concluir que la existencia de un grupo de sociedades que supone la especial relación que contempla el artículo 93.2.3.º Ley 22/2003 a los efectos de la calificación de los créditos como subordinados exige la existencia de una unidad de control, directa o indirecta, potencial o efectiva, de una sociedad dominante sobre otras sociedades dominadas, lo que excluye los supuestos de unidad de decisión en los llamados grupos horizontales, paritarios o de coordinación a los que había sido extendida, así como de mera vinculación accionarial (SAP Barcelona, sección 15, n.º 313/2012, que avisa del cambio de criterio, y Madrid, sección 28. n.º 348/2012). Solo los créditos existentes entre las sociedades de un grupo así configurado pueden de ser calificados, por ese solo hecho objetivamente considerado, como subordinados. Por ello han de considerarse créditos subordinados los de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso (artículos. 92.5º y 93.1.3.º LC) pero solo la pertenencia a un grupo “vertical” o jerárquico conlleva la sanción de subordinación del crédito: la disposición adicional 6.ª de la LC dice que “a efectos de esta Ley (por tanto, a los efectos de interpretar el artículo 93.1.3.º), se entenderá por grupo lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio”. Este precepto se refiere exclusivamente al grupo vertical: “existe grupo cuando una sociedad ostenta o puede ostentar directa o indirectamente el control de otra u otras” y se refiere al control total de la gestión social (no de la actividad empresarial concreta; este control empresarial que se lleva a cabo en los grupos por coordinación no es equivalente, se trata de un efecto económico de la colaboración entre empresas o empresarios). Esta diferenciación queda patente por los “indicios” que recoge el propio artículo 42 del CCo para presumir la existencia del control social: “en particular se presume que existe control cuando una sociedad (dominante) se encuentra en relación con otra (dependiente) en alguna de las siguientes situaciones: 1. Posea la mayoría de los derechos de voto; 2. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del consejo de administración”. En el grupo horizontal no existe control estable de la gestión social. A lo sumo podría probarse un control “indirecto”, pero coyuntural, de las decisiones empresariales que tome el órgano de administración social, lo que no es lo mismo. Debe excluirse del concepto de grupo del que parte la LC, porque debe interpretarse restrictivamente la norma que sanciona la subordinación del crédito, o al menos, no cabe ampliarla a más supuestos de los específicamente previstos. Esta vinculación empresarial no conlleva, a juicio de quien ahora resuelve, la subordinación del crédito (STS de 13/12/12)”.

sino también la de “sus socios comunes siempre que estos reúnan las mismas condiciones que en el número 1º de este apartado”.

Este último inciso del precepto ha sido modificado en varias ocasiones en un intento por dotar al mismo de una redacción más clara y precisa que pusiera fin a las distintas interpretaciones que del mismo existían.

La redacción originaria de este último inciso del artículo 93.2.3º LC era tan parca y escueta que sus interpretaciones doctrinales fueron numerosas y contradictorias entre sí. El precepto hacía referencia a la subordinación de las sociedades que formaban parte del grupo de la concursada “y a sus socios”, sin que la norma especificara nada más al respecto. Una redacción tan general y ambigua propiciaba numerosas interpretaciones y en diferentes sentidos, pues en modo alguno se aludía a los requisitos necesarios a los que debía atenderse para que dichos socios vieran sus créditos subordinados, teniendo en cuenta, además, que en el artículo 93.2.1º LC sí se establecía la consideración de socios con una participación significativa del capital social de la concursada.

Además se presentaba otro escollo en su aplicación, cual era y sigue siendo, determinar quién forma la comunidad de socios, ¿serían los de la concursada, los de todas las sociedades integrantes del grupo, o los de la dominante? La inclusión de este último inciso hacía dudar, en primer lugar, si el mismo hacía referencia a todos los socios de la sociedad en concurso, sin distinción alguna o si hacía referencia a los socios no de la concursada, sino del resto de sociedades integrantes del grupo. La primera interpretación si bien parece que es la que se desprende del tenor literal del precepto, entraría en contradicción con el número 1º del artículo 93.2 LC ya que en ese supuesto ya se incluyen los socios de la concursada, pero no todos ellos, sino tan sólo lo que respondieran personalmente de las deudas sociales y aquellos que ostentaran la participación significativa fijada por la ley Concursal. No tendría demasiado sentido que los todos los socios, con independencia del cumplimiento de los requisitos anteriores fueran calificados como personas con especial relación con el concursado, sino que en el supuesto de que el precepto hiciera referencia a los socios de la concursada lo haría bajo el cumplimiento de los requisitos determinados en

el artículo 93.2.1º LC; sin embargo, parecería innecesaria una reiteración de este precepto en el número 3º del mismo artículo y desvirtuaba en cierto sentido esta interpretación. Por ello, otra posición doctrinal sostuvo que la referencia a los socios lo era a aquellos que lo fueran de las sociedades que forman parte del mismo grupo de la sociedad concursada. Esta interpretación salvaba la contradicción anterior, pero conducía igualmente a un resultado extraño, pues ampliaba de una manera desmesurada la calificación de persona especialmente relacionada al poder considerar como tal a todos los socios de cualquier sociedad que forme parte del grupo<sup>775</sup>.

Analizando el artículo 93.2.3º LC, a partir de una interpretación sistemática, se llegó a la conclusión mayoritaria de que no podían exigirse otras condiciones o requisitos diferentes a los socios *ex* artículo 93.2.3º LC *versus* los socios *ex* artículo 93.2.1º LC, pues ello carecería de toda lógica amén de resultar discriminatorio para aquellos socios. El hecho de que para que un socio viera sus créditos subordinados debería contar con una participación del cinco o del diez por ciento según el párrafo 1º del artículo 93.2 LC no parecía consistente con la idea de que los socios de este tercer epígrafe, cualquiera que fuera su participación accionarial, vieran subordinados sus créditos.

Consecuentemente, se acogió como interpretación correcta aquella que exigía para los socios del artículo 93.2.3º LC los mismos requisitos exigidos en el primer párrafo del referido artículo; de lo contrario, se produciría una discriminación y un tratamiento de mayor rigor de los socios de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la concursada, respecto a los socios de las sociedades-isla, que sólo verían subordinados sus créditos si fueran responsables ilimitadamente por las deudas sociales, así como si mantenían la participación significativa fijada por la Ley Concursal, lo que no encuentra encaje ni fundamento legal<sup>776</sup>.

---

<sup>775</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3907 quien además critica la extensión realizada por la Ley Concursal de errónea y poco meditada respecto a la delimitación de los créditos subordinados.

<sup>776</sup> ÁVILA, A. y CURTO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., pp. 3560-3561. Así se muestran también SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3930 y VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva...* cit., p. 1354.

Esta interpretación resultaba totalmente lógica, según el tenor literal del artículo 93.2.1º LC, ya que de este modo los socios de las sociedades que formaran parte del mismo grupo que la concursada, deberán cumplir los mismos requisitos que se exigen para aquellas sociedades que no forman parte de ningún grupo de sociedades<sup>777</sup>; el hecho de partir de una interpretación literal del precepto carecería de sentido<sup>778</sup>.

Sin embargo, y a partir del Real decreto 3/2009, de 27 de marzo, este precepto ha quedado redactado de manera más detallada, considerando, como no podía ser de otro modo, y según había interpretado la doctrina, que los socios de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso sólo serán personas especialmente relacionadas con dicha concursada “cuando sean titulares de una participación significativa igual a la exigida para los socios de la propia sociedad concursada”. De este modo finalizaba la polémica iniciada años atrás motivada por la interpretación de este artículo, pues resultaba desmesurado pensar que cualquier socio, con independencia de su accionariado fuera considerado como persona relacionada con el concursado, mientras que los socios propiamente dichos de la sociedad concursada, sólo tendrían dicha consideración cuando concurrieran las circunstancias del artículo 93.2.1º LC.

---

<sup>777</sup> En este sentido, igualmente SASTRE PAPIOL, S: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3930, SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3907.

<sup>778</sup> En contra, CORDERO LOBATO, E.: “Comentario del artículo 93”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* cit., p. 1107 para quien la regulación de los socios de la concursada ya se regula en el artículo 93.2.1º LC y no parece que tuviera mucho sentido que se volviera a regular en el supuesto 3º y además sin ninguna restricción en cuanto su participación a diferencia del primer supuesto. En un sentido similar, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., pp. 559-560 considera que en la referencia a los socios sólo deberían quedar incluidos los que lo sean de la sociedad dominante y además ostenten la participación a la que se refiere el artículo 93.2.1º LC. Quienes sean socios de la concursada quedarán incluidos en el artículo 93.2.1º o en el 93.2.3º LC cuando estén participados por otra sociedad del grupo y tengan en consecuencia también la condición de sociedad del grupo. Se oponen a esta interpretación literal GARRIDO, J. M.: “Comentario del artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1679 que considera que el inciso “y sus socios” no alude a los socios del deudor, sino a los socios de las sociedades que forman parte del mismo grupo del deudor, pero cuando estos tengan una participación relevante. En opinión de VILLORIA RIVERA, I.: “La subordinación de los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declara en concurso y sus socios”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2007, pp. 234-235 el último inciso referido era innecesario, ya que no se concibe que el deudor forme grupo si no es con su socio proponiendo como alternativa esta redacción del precepto *in fine*: “Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso”.

Sin embargo, esta reforma del artículo, no solventó todas las dudas que el mismo continuaba suscitando, siendo dos las principales: de qué sociedades debían ser socios, así como el momento temporal al que debía atenderse para dicha calificación de personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.

La Ley 38/2011 ha introducido el adjetivo “comunes”, con lo que quedarían excluidos de la subordinación aquellos socios que teniendo una participación relevante en una empresa del grupo, no tienen participación alguna en el capital de la empresa concursada.

El legislador pretendía subsanar y corregir la falta de concreción que la redacción del precepto conllevaba e introdujo el término ‘comunes’ para evitar la problemática que en el plano práctico se estaban produciendo. Sin embargo, el resultado no fue el esperado, puesto que el término utilizado en el lugar empleado no es todo lo claro que debería ser, induciendo igualmente a interpretaciones confusas.

Ante esta nueva redacción del precepto no queda muy claro qué socios son los que serán considerados personas especialmente relacionados con el concursado, y por ende, subordinados sus créditos; ¿serán subordinados los créditos de aquellos socios que lo sean a su vez de la deudora y de cualquier sociedad del grupo? ¿De la deudora y de todas las sociedades del grupo, ¿de la deudora y de la dominante? ¿o sólo de dos sociedades del grupo sin que sea necesario que entre estas dos sociedades se encuentre la deudora? Como podemos comprobar, la opción legislativa “y sus socios comunes” no ha venido a clarificar ni a ofrecer una respuesta inequívoca a estas preguntas, y no queda definido cómo se determina la comunidad.

A este respecto, lo único que queda claro a partir del término ‘comunes’ y de su significado es que no resultan subordinados los créditos de los socios significativos que lo fueran sólo

de una de las sociedades del grupo diferentes a la concursada, pues el término comunes hace referencia a una cosa que “pertenece o se extiende a varios”<sup>779</sup>.

Sin embargo, no queda claro si dentro de ‘comunes’ se encuentran incluidos los socios de la concursada<sup>780</sup>. La doctrina mayoritaria se ha inclinado por una interpretación restrictiva de este supuesto, como no puede ser de otra manera, que exige la participación significativa tanto en la sociedad concursada como en alguna otra del grupo<sup>781</sup>. Si bien, esta interpretación se ajustaría al tenor literal del artículo 93.2.3º LC, presenta un inconveniente, ya que si atendemos a la participación significativa de la concursada en orden a subordinar los créditos, estaríamos ante el supuesto ya previsto en el primer párrafo del artículo 93.2 LC creando una reiteración que sería del todo innecesaria y que entendemos que no hubiera estado en la *mens legislatoris*, salvo que un error de redacción hubiera provocado esta confusión terminológica<sup>782</sup>. Por ello, pudiera pensarse que la participación significativa era requerida respecto a la sociedad del grupo diferente a la concursada evitando así la reiteración innecesaria referida, pero lo cierto es que no creemos que el legislador hubiera pretendido discriminar a los socios de la concursada que forma un grupo de sociedades frente a los socios de la sociedad-isla.

Ante este escenario, ha habido quien para superar las contradicciones de las anteriores interpretaciones ha decidido apostar por incluir en el artículo 93.2.3º LC a dos o más

---

<sup>779</sup> El diccionario de la Real Academia de la Lengua (<http://lema.rae.es/drae/?val=com%C3%BAn>) define el adjetivo común en estos términos: “Dicho de una cosa: que, no perteneciendo privativamente a nadie, pertenece o se extiende a varios”. FUENTES NAHARRO, M.: “La subordinación...” cit., p. 88.

<sup>780</sup> FUENTES NAHARRO, M.: “La subordinación...” cit., pp. 89-90 acude al proceso elaboración de la ley 38/2011 para verificar si existe algún presupuesto que pueda arrojar luz a este inciso, pero la respuesta a dicha búsqueda es negativa.

<sup>781</sup> Entre otros, FUENTES NANARRO, M.: “La subordinación...” cit., p. 90, PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos subordinados tras las reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre”, PRENDES CARRIL, P., MUÑOZ PAREDES, A. (Dtos.): *Tratado judicial de la insolvencia*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 394-395 considera que la referencia “comunes” significa que han de ser socios tanto de la concursada como de la acreedora.

<sup>782</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Guía legislativa de la Ley Concursal. Texto comparado y comentado según la reforma de Ley 38/2011*, Bosch, 2011, cit., pp. 341-342 considera que quizá esa participación significativa sólo haya de cumplirse para la otra sociedad y no para la concursada. En su opinión, debería estarse al ser comunes a ser socio de la concursada, con independencia de su participación en la misma, es decir, ser socio sin más precisión y ser socio igualmente en otra sociedad en la que sí se exigiría que cumpliera los requisitos del artículo 93.2.1º LC. Si se exige en la concursada los requisitos del artículo 93.2.1º LC ya serían igualmente subordinados por este motivo, por lo cual no tiene sentido.

sociedades del grupo, sin incluir a la concursada, cuando se reúnan las condiciones enunciadas en el 93.2.1º LC, pero esta interpretación es la menos restrictiva de las aportadas y, en nuestra opinión, no tendría encaje en el supuesto objeto de estudio al ampliar enormemente el espectro de la calificación como personas especialmente relacionadas a todos los socios de sociedades que formaran grupo con la concursada y este razonamiento no era coherente con lo pretendido en el precepto.

Si bien es cierto que la lectura del precepto induciría a pensar que se trataría de los socios de la concursada, lo cierto es que por término ‘común’ se entiende en primer lugar que se trate de un socio de la concursada, debiendo tener en cuenta que los créditos de los socios de la concursada son subordinados ya *ex artículo* 93.2.1º LC. Por lo que el crédito de los socios de la filial o de la dominante sólo se subordinan si son socios también de la concursada y, a su vez, tienen participación relevante en el grupo<sup>783</sup>.

Otras interpretaciones han abogado por una solución diferente al problema de los socios de los grupos de sociedades y han apostado por considerar personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica única y exclusivamente a los socios comunes a todas y cada una de las sociedades del grupo de la concursada, ¿quiénes serían estos? Aquellos socios de la sociedad dominante de la deudora; se haría referencia a aquellos socios que posean una participación significativa en la sociedad dominante de la concursada y ello con independencia de que tenga o no, en la sociedad concursada, una participación directa<sup>784</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, ha considerado que si bien la escueta referencia a los socios que contenía la norma en su primitiva redacción sólo podía entenderse referida a los socios de las sociedades del grupo de la concursada dado que en el número 1 del mismo apartado ya contemplaba a los socios de la concursada como personas especialmente relacionadas, teniendo en cuenta que “no tenía sentido que el ámbito de la subordinación con relación a los socios de las sociedades del grupo fuera más amplio que el de los socios de la propia

---

<sup>783</sup> PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “El singular modelo...” cit., pp. 230-231.

<sup>784</sup> RUÍZ GALLARDÓN, J.: “El concepto de socios comunes como personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014, p. 334.

sociedad concursada, con relación a los socios de las sociedades del grupo la interpretación del primitivo artículo 93.2.3º de la Ley Concursal debía ceñir la consideración de persona especialmente relacionada a los socios de las sociedades del grupo en los que concurriera las mismas circunstancias que se exigían para que los socios de la concursada tuvieran tal consideración, esto es, a los socios de las sociedades del grupo que conforme a la ley fueran personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que fueran titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a cotización oficial en un mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviera. Dicha interpretación, además, tomó carta de naturaleza al acogerse en la propia la norma tras la reforma operada por el Real Decreto 3/2009. Ya hemos indicado que en el derecho vigente el artículo 93.2.3º de la Ley Concursal exige para subordinar el crédito del acreedor que es socio de una sociedad del grupo de la concursada que lo sea también de la propia concursada, en tanto que la subordinación solo afecta a los socios comunes en los que concurren además las circunstancias del número 1 del mismo apartado del artículo 93, lo que impediría en el supuesto enjuiciado subordinar el crédito de la entidad apelante, sin embargo también hemos señalado que la reforma no es aplicable al supuesto de autos ni tiene carácter meramente interpretativo, sino que, frente a la situación anterior, constriñe el ámbito de la subordinación a los socios comunes<sup>785</sup>.

#### **IV.4 El elemento temporal**

Nada indica la Ley Concursal sobre el ámbito de la aplicación temporal de la regla de subordinación prevista en el artículo 93.2.3º LC. En su momento nos referimos a esta misma falta de previsión en relación con el artículo 93.2.1º LC y las mismas consideraciones mantienen plena vigencia para este supuesto.

Para determinar en qué momento deben concurrir los presupuestos del artículo 93.2.3º LC se puede atender principalmente a dos momentos: al de la concesión del crédito y al de la declaración del concurso de acreedores.

---

<sup>785</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 12/2015, de 16 de enero de 2015 (*Tol 4754542*).

La doctrina mayoritaria ha defendido la determinación de la persona especialmente relacionada atendiendo al momento de la concesión del crédito. Compartimos esta opinión en cuanto la norma con el subordinación *ex* artículo 92.5º LC pretende evitar la influencia que las personas especialmente relacionadas podrían ejercer contra la concursada. Esa influencia o el ejercicio de aprovechar la situación privilegiada de contar con una especial vinculación con el concursado es determinante en el momento de la concesión del crédito, ya que es en ese momento en el que esa especial relación despliega sus consecuencias. Por tanto, si cuando nació el crédito la acreedora ya formaba parte del grupo de sociedades, su crédito quedaría subordinado, y ello con independencia de que en el momento del concurso la acreedora no mantuviese ya la relación referida con la concursada<sup>786</sup>.

Esta opinión no está exenta de críticas, pues no podemos obviar, que el hecho de considerar subordinado un crédito por el hecho de que en el momento de su concesión la acreedora forma parte del grupo de la deudora podría llevar a situaciones injustas y desproporcionadas, siendo necesario introducir un límite temporal a ese momento del nacimiento del crédito. Este límite, acudiendo al artículo 93.3, al artículo 93.2.2º y al

---

<sup>786</sup> MAIRATA LAVIÑA, J. y ROLDÁN SANTÍAS, F.: “Subordinación y grupos de empresas: cuestiones interpretativas”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012, pp. 228-229 consideran como única interpretación respetuosa con la *par condicio creditorum* la que subordina el crédito sólo si existe el grupo de sociedades cuando nació el crédito que será el momento determinante en el que el vínculo entre el concursado persona jurídica y el acreedor pudiera haber perjudicado a la masa de acreedores.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 12/2015, de 16 de enero (*Tol 4754542*) ante el silencio de la norma en su primitiva redacción se dudaba cuál era el momento en el que debían concurrir los requisitos para atribuir a los socios de la concursada (artículo 93.2.1º de la Ley Concursal), a las sociedades que forman parte del grupo de la concursada o a sus socios ( artículo 93.2.3º de la Ley Concursal) la consideración de persona especialmente relacionada y, por tanto, si dichos requisitos debían concurrir al tiempo de la declaración del concurso, al momento del nacimiento del derecho de crédito, o si era suficiente que en los dos años anteriores a la declaración de concurso hubieran concurrido las circunstancias exigidas para atribuir al acreedor la condición de persona especialmente relacionada tal y como se contempla en otros supuestos de subordinación (número 2º del apartado 2 del artículo 93 y apartado 3 del mismo precepto). El tribunal considera que el momento determinante para apreciar si el acreedor era persona especialmente relacionada con la concursada, cuando se trataba de un socio de la deudora o de una sociedad del grupo o de los socios de esta, era el nacimiento del derecho de crédito, pues no se aprecia razón alguna para subordinar el crédito de dichos acreedores por el mero hecho de que con posterioridad tomaran una participación relevante en la sociedad deudora o en las sociedades del grupo o de que lo hubieran hecho en algún momento durante los dos años anteriores a la declaración de concurso pero ya no tuvieran la condición de socio al tiempo del nacimiento del crédito, lo que además ha sido asumido expresamente por la norma tras la modificación operada por el Real Decreto 3/2009.

artículo 71 LC relativo a las acciones de rescisión en perjuicio de acreedores, sería el de los dos años anteriores a la declaración del concurso<sup>787</sup>.

El hecho de atender sólo al momento de apertura del concurso como momento determinante para la consideración y calificación de persona especialmente relacionada con el concursado<sup>788</sup>, implicaría subordinar el crédito de quien quizá adquirió el crédito en un momento determinado, sin valerse de ninguna situación privilegiada por no ser persona con especial vinculación, formando parte del grupo con posterioridad a dicha concesión del crédito, y no habiendo, por tanto, ningún beneficio en la concesión del crédito, pudiendo eludir la subordinación destruyendo la relación de grupo con anterioridad a la declaración de concurso. Sí es cierto que esta opción igualmente puede contar con alguna ventaja en aquellos supuestos en que determinadas sociedades concedieron un crédito para rescatar financieramente a una empresa del grupo sin que en el momento del concurso ya formen parte del grupo.

---

<sup>787</sup> En este sentido, *vid.* PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “El singular modelo...” cit., p. 229, ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 93 LC”, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALCOVER GARAU, G. ALONSO UREBA, A. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación...* Tomo I cit., p. 936, SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: “La subordinación...” cit., p. 110, y FUENTES, M.: “La subordinación...” cit., pp. 94-95.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, 211/2013, de de 4 de junio (*Tol 3864328*) se muestra contundente al determinar que “tres son las posibles opciones que han sido señaladas al respecto, la de la fecha del nacimiento del crédito, la de la declaración del concurso, y finalmente, la que se extiende retroactivamente a un plazo de dos años antes de la declaración del concurso. La actual redacción del artículo 93.2.1 LC despeja cualquier duda sobre la cuestión, pues indica expresamente que la especial relación ha de concurrir al tiempo del nacimiento del crédito”.

Del mismo modo, aunque menos rotunda, se muestra la sentencia 210/2006 del Juzgado Mercantil número 1 de Oviedo, de 15 de diciembre (*Tol 1078056*) que recoge el sentir de la doctrina mercantilista para determinar el ámbito de aplicación temporal de la regla de subordinación de dicho supuesto. Acoge la doctrina mayoritaria, como en ella se manifiesta, y hace suyo el argumento de aplicar a este supuesto de sociedades en grupo el lapso temporal de dos anteriores a la declaración de concurso, como hace la Ley Concursal en otros supuestos “argumentando además que de este modo se evita el que en cualquiera de tales supuestos el acreedor de que se trate pueda anticiparse en el tiempo a la declaración de concurso desprendiéndose de su situación particular de especial vinculación con el fallido”. En un sentido similar se muestra la sentencia 162/2007 del mismo Juzgado de 3 de septiembre (*Tol 1254419*) que defiende que frente a la interpretación literal debe prevalecer la valoración de este apartado dentro del precepto en el que se integra, aplicando el plazo de dos años no sólo a los supuestos en él contemplados de forma expresa, sino también a aquellos en que una interpretación lógica lo impone para no privar de coherencia al sistema.

<sup>788</sup> MERCADAL, F.: “Comentarios al artículo 93 LC”, en SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.): *Nueva Ley...* cit., p. 458 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, 393/2013, de 29 de julio (*Tol 3960362*) que considera, en todo caso, como decisivo para la subordinación del crédito la existencia descrita en el artículo 93.2.3º LC al tiempo de la declaración de concurso, lo que supone una situación privilegiada, la posibilidad de haber tenido acceso a la información económica de la concursada y el potencial uso de esa información de cara al concurso.

#### **IV.5 Fundamento**

La calificación de persona especialmente relacionada con el concursado y las consecuencias que de esta se derivan supuso la incorporación de un precepto con una gran trascendencia práctica y económica en el tráfico financiero mercantil, ya que en un momento en el que los grupos económicos son los grandes protagonistas de la economía, introducir una medida de ese calado provocó un gran impacto en las relaciones intragrupo en las que los préstamos entre las sociedades integrantes del mismo son una actividad de lo más recurrente.

La posibilidad de que dichos préstamos pudieran ser subordinados, entre otras consecuencias que derivaban de la condición de persona especialmente relacionada, impulsó el recurso a la financiación externa, teniendo en cuenta que las condiciones y requerimientos de estas no serían en ningún caso similares o equiparables a las propias del grupo. En la práctica mercantil, resulta bastante común comprobar esta financiación intragrupo por diversos motivos, entre ellos por tratarse de una financiación más económica y flexible, resultando por tanto este precepto demoledor al convertir en subordinada dicha financiación, además de considerar como financiación intragrupo aquella que hasta dicha fecha no tenía esa característica.

No se nos escapa que en determinados grupos la matriz pueda realizar préstamos a aquellas sociedades que puntualmente necesitan cubrir desfases de tesorería evitando acudir al préstamo externo y sin que ello tuviera como objetivo el perjuicio al resto de acreedores ante un eventual concurso de acreedores de la deudora, y ello con independencia de que en otras ocasiones una sociedad sí pudiera conceder financiación a otra sociedad del grupo con la exclusiva finalidad de sustituir las aportaciones de capital que sería necesarias para una adecuada capitalización de la prestataria.

Si bien esto es así, tampoco podemos negar, que el conocimiento de la situación de la deudora no será el mismo desde la acreedora-sociedad integrante del grupo, que el que

pueda tener cualquier acreedor externo, pero en cualquier caso, lo que pretendemos indicar es que el hecho de realizar determinados préstamos dentro del grupo no tiene por qué conllevar una finalidad perjudicial o fraudulenta, sólo por ese mero hecho. Sin embargo, nuevamente el tan criticado automatismo de la subordinación operada por el artículo 92.5 LC implicó un cambio en la forma de financiarse de las empresas.

No obstante, existe doctrina que ha considerado esta decisión de subordinación de los créditos intragrupo como una gran decisión de política económica, al suprimir por ello las prácticas del anterior régimen legal, por el que la masa de acreedores se encontraba dirigida por el propio grupo de la empresa concursada, al tratarse ser estos acreedores los mayoritarios e incluso privilegiados en las quiebras y suspensiones de pago. Por ello, este sector doctrinal no comparte la opinión de que la medida implementada en el artículo 93.2.3º perjudique la financiación entre las empresas del mismo grupo, ya que sólo existirá el riesgo de la subordinación de sus créditos en el supuesto de la declaración de concurso de acreedores, por lo que no llegados a ese extremo la práctica mercantil entre dichas sociedades debiera ser la misma.

La consideración de personas especialmente relacionadas a las sociedades que formen parte del grupo de la concursada, si bien peca del automatismo de la subordinación propio del artículo 92.5 y 93.2.3º LC , resulta una medida que efectivamente previene los abusos que antaño se cometían respecto a los procedimientos de insolvencia de los grupos de sociedades, aunque es cierto que el mecanismo utilizado para evitar estas situaciones perjudiciales por el resto de acreedores no han dado los resultados que seguramente pretendía el legislador, en cuanto han interferido en la financiación intragrupo de unos grupos que de manera creciente copan prácticamente el escenario económico.

La consideración de las sociedades que integran el grupo de la concursada como *insiders* implica la posibilidad de que estas puedan contar con mayor información sobre esta última que el resto de acreedores, así como dependiendo de la estructura organizativa del grupo podrían influir en la misma, conductas estas que pudieran perjudicar al resto de acreedores

y resultando, por ende, ‘castigadas’ a partir del artículo 93.2.3º LC<sup>789</sup>. Esta justificación no está exenta de críticas ya que la supuesta influencia, control o información asimétrica que pudiera ostentar una sociedad respecto de la concursada en un grupo paritario podría ser cuestionable. Sin embargo, esta posible reticencia a la *ratio* expuesta queda solventada a partir de la introducción de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal que remite al concepto de grupo del artículo 42.1 Ccom, dejando fuera, por tanto, del concepto de grupo a efectos concursales a estos grupos no jerárquicos.

Igualmente, y a partir de la exclusión de la subordinación de aquellos créditos que no sean préstamos o actos de análoga finalidad, como se verá a continuación, pudiera pensarse que el legislador pretende justificar la subordinación como una sanción a la infracapitalización, pero como vimos en su momento, este fundamento no podrá ser el único, en cuanto el mecanismo subordinatorio es automático, sin estudiar si efectivamente la sociedad se encontraba adecuadamente capitalizada o no.

---

<sup>789</sup> ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación...” cit., G. VILLAVERDE, R., ALCOVER GARAU, G., PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal...*cit., p. 393, PEREZ BENÍTEZ, J. J.: “El singular...” cit., p. 231 considera que debe “sancionar la conducta del *insider* que directa o indirectamente ejerce una posición de control sobre la sociedad en concurso a través de su pertenencia al grupo, con capacidad, por tanto, de control de los fondos que suministra y GIMÉNEZ RAMÓN, R.: “Créditos subordinados”, MARTÍN MOLINA, P. B. GONZÁLEZ BILBAO, E., DEL CARRE DÍAZ-GALVEZ, J. M.: *La reforma de la Ley concursal...*cit., p. 300. En contra, RUIZ PERIS, J. I.: “Concurso y empresas económicamente vinculadas”, VV.AA.: Estudios sobre la Ley Concursal...cit., Tomo 2, p. 2292 para quien se subordinan los créditos por la ausencia de alteridad empresarial entre los miembros del grupo y FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...*cit., pp. 532-533 cree que la información asimétrica no sea el fundamento en cuanto sería reiterativo con el 93.2.1º LC, además no siempre se da esa circunstancia: crédito de matriz a filial y no tiene la filial en todo caso más información sobre la matriz. Defiende el reconocimiento de una suerte de interés del grupo de tratar a todas las partes del grupo como una unidad que haría relaciones entre ellas que pudieran perjudicar a los terceros. Esa sospecha implica que el legislador vea esas operaciones como perjudiciales para el resto. Suponen una ventaja por lo menos de manera indirecta para el propio deudor en contra de los acreedores externos que sólo persiguen interés empresarial de tipo individual. Por su parte, ÁVILA DE LA TORRE, A, CURTO POLO, M: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...*cit., Tomo IV, cit., p. 3560, defendía a partir de una interpretación sistemática de la norma que, a pesar de que el precepto legal no especificaba entre conceptos tales como sociedad dominante y dominada, y por tanto podrían ser incluidos los consorcios como grupos de sociedades, estos no deberían ser considerados como grupos de sociedades, puesto que el espíritu que en la norma se defiende para justificar la subordinación crediticia es la que dichas sociedades integrantes de un grupo mantengan información privilegiada, esto es, sean *insiders*, según un criterio de control dentro del grupo, supuesto este que no concurre en los consorcios.

#### IV.6 El elemento objetivo

La ley 38/2011 no sólo introdujo las modificaciones referidas anteriormente, sino que también modificó los créditos objeto de subordinación a partir de la restricción del ámbito objetivo de los créditos afectados por esta. A partir de dicha reforma, sólo serán subordinados los créditos de los socios de los artículos 93.2.1º y 93.2.3º LC que consistan en un préstamo o acto de análoga finalidad, quedando excluidos, por tanto, los créditos no financieros<sup>790</sup> (contratos de suministros, arrendamientos de obra o servicios, contratos de compraventa, etc.).

Las consideraciones a este respecto indicadas anteriormente resultan plenamente válidas para este supuesto, pues la norma que origina dicha limitación de los créditos es la misma para ambos supuestos.

No obstante lo anterior, debemos resaltar, tal y como enuncia el artículo 92.5 LC, que dicha exclusión sólo actuará respecto a los créditos que ostenten los socios ‘significativos’ y los socios comunes (párrafos 1º y 3º del artículo 93.2 LC), pero no afecta a las sociedades del grupo, que verán sus créditos postergados en el concurso por este motivo y con independencia del origen de los mismos<sup>791</sup>.

---

<sup>790</sup> Para PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “El singular modelo...” cit., p. 233 se incluye también “cualquier modalidad de simulación relativa cuyo efecto sea el de entregar dinero al deudor con o sin contraprestación”. Respecto a las operaciones de análoga naturaleza se incluirían todos los contratos que permitan ingresar tesorería o financiar la actividad por cualquier otro medio. También se comprenderían “los supuestos de simulación relativa en los que bajo la cobertura formal de un contrato bilateral subyace una operación de financiación (incluyendo supuestos de financiación en especie, entregando por cualquier título que permita recuperar el bien a la sociedad los bienes para que desarrolle el objeto de su actividad)”. Respecto a las financiaciones sindicadas si un acreedor está vinculado con el deudor y los prestamistas serían solidarios, el autor considera que se contamina siempre que el agente o cada acreedor pudiera reclamar íntegro el pago. Solución contraria sería en el supuesto de que el crédito fuera mancomunado. Dentro de la expresión análoga finalidad quedarían incluidos cualquier operación de financiación, incluida la financiación en especie con independencia de la forma que revistan. En opinión de RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: “Créditos subordinados intragrupo: dos aspectos del estado actual de la cuestión”, *Anuario de Derecho Concursal*, número 30, 2013, p. 346 asimila como contrato análogo al préstamo los contratos de apertura de crédito y descuento, as como otras operaciones de financiación como los anticipos a cuenta de operaciones en los pagos por cuenta de sociedades del grupo por contar como efecto material con de un préstamo.

<sup>791</sup> FUENTES NAHARRO, M.: “La subordinación...” cit., p. 92 y GIMÉNEZ RAMÓN, R.: “Créditos subordinados”, MARTÍN MOLINA, P. B., GONZÁLEZ BILBAO, E., DEL CARRE DÍAZ-GALVEZ, J. M.: *La reforma...* cit., p. 297. En contra, RUIZ DE VILLA, D.: “Créditos subordinados...” cit., pp. 348-352 quien defiende que la subordinación sólo de los préstamos o actos de análoga naturaleza se aplicará no sólo respecto a los créditos de los socios, sino también “entre las sociedades del mismo grupo vertical aun en el caso de que

Al igual que comentábamos en su momento en relación a los socios significativos, hay quienes en esta limitación del ámbito objetivo han visto una sanción a aquellos socios que debían haber capitalizado adecuadamente a la concursada y no lo han hecho, viendo en consecuencia sus créditos subordinados<sup>792</sup>, pero entendemos que el carácter automático con el que sigue operando la subordinación *ex* artículo 92.5 LC no permite afirmar categóricamente la existencia de esa *ratio*.

## **V. LOS CESIONARIOS O ADJUDICATARIOS DE CRÉDITOS PERTENECIENTES A PERSONAS MENCIONADAS EN EL ARTÍCULO 93 LC**

Finalmente, el artículo 93.3.LC presume *iuris tantum* que son personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a las personas referidas en el primer y segundo epígrafe del artículo 93 LC anteriormente analizados.

Este supuesto es el único del artículo 93 LC en el que se contempla la especial vinculación a la persona del concursado como una presunción que admite prueba en contrario y no como una presunción *iuris et de iure* que anuda una subordinación automática para los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Este artículo 93.3 LC pretende cerrar el círculo de personas relacionadas especialmente con el concursado con el fundamento de evitar que, a partir de la cesión de un crédito a un tercero estas personas especialmente relacionadas con el concursado, alteren o modifiquen el régimen de subordinación que por su condición les correspondería. La norma impide que quien ha actuado a partir de una posición de *insider* pueda burlar la calificación que correspondería a su crédito cediéndolo a un tercero que actúa en connivencia con él y perjudicando al resto de acreedores con dicha conducta.

---

dichas sociedades del grupo no sean, a su vez, socias de la concursada”. Esgrime, entre otros argumentos, la identidad de razón respecto a los socios comunes.

<sup>792</sup> De esta opinión, VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Guía...cit.*, p. 340. En contra, FUENTES, M.: “La subordinación...” cit., p. 93.

El resultado obtenido con la inclusión de este precepto en la norma resulta loable en cuanto obstaculiza la posibilidad de que aquellas personas con especial vinculación con el concursado puedan, por razón de dicha cercanía o proximidad, beneficiarse en detrimento del resto de acreedores<sup>793</sup>.

Si bien, en otros supuestos del artículo 93 LC hemos defendido la posibilidad de ejercitar acciones rescisorias frente a la subordinación automática operada por el artículo 92.5 LC, la inclusión de este supuesto o la determinación de los cesionarios o adjudicatarios como personas especialmente relacionadas con el concursado nos parece acertada en cuanto aquellas rescinden tan sólo los actos perjudiciales para los acreedores realizados por el deudor en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso, y no los realizados por una persona diferente a él, por lo que la solución de subordinación a partir de una presunción *iuris tantum* para este caso concreto nos parece un mecanismo jurídico adecuado para el fin pretendido.

A partir de la presunción que contiene el artículo 93.3 LC, pero siempre teniendo en cuenta que la misma se encuentra inserta en el artículo 93 LC entendemos que la correcta interpretación de este precepto implicaría una aplicación del mismo en términos similares a los anteriores dos supuestos de dicho artículo, por lo que aquel sujeto que adquiriera su crédito de una persona especialmente relacionada con el concursado sufrirá las mismas consecuencias previstas para las personas especialmente relacionadas descritas en el artículo 93 LC salvo que pueda demostrar –aquí entraría en juego la presunción– que dicha adquisición no ha tenido como fin evitar la subordinación del crédito transmitido<sup>794</sup>.

---

<sup>793</sup> En contra se muestra SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3931 quien apuesta por considerar subordinados *ex* artículo 92 LC a los cesionarios de créditos vencidos durante un período anterior a la declaración de concurso, además de criticar la parquedad del precepto al no establecer la salvedad en el mismo referida a las adquisiciones “que hubieran tenido lugar por título universal o como consecuencia de una realización forzosa”.

<sup>794</sup> GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1680. Indica igualmente este autor que la transmisión del crédito puede adquirir cualquier forma; por ello, y a pesar de que en la Ley se cita la “cesión o adjudicación”, este precepto se aplicaría igualmente a cualquier tipo de transmisión admitido en Derecho. Asimismo, y siguiendo el tenor literal y fundamento del precepto, no quedarían incluidos en este artículo 93.3 LC las transmisiones realizadas *mortis causa*, ni las transmisiones por fusión o escisión. Para PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit, CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtor.): *El Derecho...* cit., p. 710 igualmente las modificaciones estructurales quedarían fuera de este supuesto al no tener consideración de cesión ni adjudicación.

La presunción establecida en este supuesto permite al cesionario impugnar su consideración de persona especialmente relacionada con el concursado, no tanto en el sentido de probar que desconocía la situación o vinculación del transmitente con el concursado, sino que más bien, a partir de la impugnación de dicha calificación de persona especialmente relacionada con el concursado deberá probar que no adquirió el crédito a sabiendas de la condición especial de su titular, pudiendo entender, como considera la doctrina mayoritaria que dicha presunción equivale a probar que el cesionario o adjudicatario adquirió dicho crédito en condiciones de mercado y “por un justo correspectivo”<sup>795</sup> y sin que haya obtenido ventaja alguna en la cesión.

La finalidad o justificación de este precepto es perseguir y sancionar aquellas conductas por las cuales la persona especialmente relacionada con el concursado, ante amenazada de insolvencia del deudor de su o sus créditos, pretende abstraerse de los efectos de la subordinación interponiendo un tercero a quien transmite dicho crédito.

A modo de recapitulación, para poder aplicar el supuesto recogido en el artículo 93.3. LC, debemos estar ante la existencia de un crédito titularidad de una persona especialmente relacionada con el concursado persona natural o jurídica, en cuanto la norma no distingue ni especifica que dicho tratamiento jurídico vincule sólo a un tipo de concursado, además de su ubicación como un epígrafe independiente del que regula las personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural (artículo 93.1 LC) y con el concursado persona jurídica (artículo 93.2 LC). En segundo lugar, que dicha transmisión, como se apuntó anteriormente, sea *inter vivos* y revista cualquier forma admitida en derecho, salvo

---

<sup>795</sup> CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...*cit., pp. 60-61. En este mismo sentido, se posicionan CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al artículo 93 LC”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Tomo I cit., p. 1108, ÁVILA, A., CURTO, M.: “La subordinación...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3561 para quienes la prueba de que el cesionario o adjudicatario desconocía que su transmisión se producía de persona especialmente relacionada con el concursado podía materializarse de muchas maneras: transmisión realizada en condiciones de mercado, realizada dentro del giro ordinario de negocios del adquirente, o a partir de su compra en un mercado organizado y PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit, CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtor.): *El Derecho...*cit., p. 710 quien reconoce que ante la dificultad de probar si efectivamente el adquirente conocía o no la situación en la que se enmarcaba el transmitente, defiende que deba atenderse a las situaciones objetivas de la transmisión.

los casos de modificaciones estructurales que quedarían fuera de estas transmisiones al no ser consideradas como tales y las transmisiones *mortis causa*, a excepción de que los legatario o los herederos sean por sí mismos personas especialmente relacionadas con el concursado<sup>796</sup>. Por último, el crédito deberá haber sido transmitido a un tercero en un plazo concreto, esto es, durante el período de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Estos serían los tres presupuestos fundamentales a los que debe atenderse para calificar un crédito como subordinado *ex* artículo 93.3 LC e impugnar si procede por parte de dicho cesionario o adjudicatario la condición del crédito adquirido.

Resulta de suma importancia que el cesionario que adquiera el crédito con finalidades legítimas y sea quien sea el transmitente pueda destruir dicha presunción a partir de hechos objetivos, pues de lo contrario, se estaría perjudicando la práctica habitual que desde hace algunos años se está llevando a cabo a partir de la compra por parte de inversores de créditos de empresas con dificultades. Estos adquirentes, que como es lógico adquieren sus créditos con un importante descuento debido al riesgo de fallido definitivo de la deudora se muestran proclives a la reestructuración de la misma e incluso a la aportación a esta de dinero nuevo a fin de obtener un mayor beneficio que el coste que supuso la inversión. Por ello, y para no desincentivar esta tendencia se hubiera hecho necesario que en alguna de las reformas de la Ley Concursal, el artículo 93.3 LC hubiera previsto de modo más explícito este supuesto que en definitiva implica dar entrada en la empresa con dificultades económicas y financieras de inversores que intenten maximizar su inversión y, por ende, hacer viables dichas compañías.

El precepto no hace mención al supuesto inverso al descrito en dicha norma, esto es, la calificación que obtendría un crédito adquirido de un tercero por una persona especialmente relacionada con el concursado. Parece que al tratarse de una persona especialmente relacionada y debido al tratamiento que la Ley Concursal otorga a sus créditos estos deberían quedar igualmente subordinados, aunque esta situación descrita pudiera tornarse más compleja si el adquirente (actualmente persona especialmente relacionada) adquirió

---

<sup>796</sup> GARRIDO, J. M.: “Comentario del artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1680.

dicho crédito cuando no ostentaba la situación de persona especialmente relacionada con el concursado. Este supuesto no queda reflejado en la norma, pero pudiera parecer dudosa la pertinencia de su subordinación automática, en cuanto el fundamento de la misma pudiera quedar “aguado”<sup>797</sup>.

---

<sup>797</sup> *Vid.* en este sentido, PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit, CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E. (Dtor.): *El Derecho...* cit., p. 710.

## **CAPÍTULO V. EL TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS**

### **I. PLANTEAMIENTO INICIAL**

La Ley Concursal no dedica uno o varios artículos -qué decir, una sección- a regular el tratamiento de los créditos subordinados en el seno del concurso, salvo la excepción del artículo 158 LC que determina la prelación de cobro de este tipo de créditos en la fase de liquidación.

Sin embargo, tras una simple lectura de la Ley Concursal, resulta evidente que la calificación de estos créditos considerados por el legislador como merecedores de una menor protección, implicará otros efectos diferentes al previamente enunciado.

Como presupuesto inicial, debemos tener en cuenta que los acreedores subordinados, en cuanto acreedores concursales que son, mantienen, con las excepciones que a continuación enunciaremos, los derechos y deberes que la Ley determina para este tipo de acreedores; entre otros derechos reconocidos a estos acreedores concursales se encuentran, el de solicitar la declaración de concurso, impugnar la lista de acreedores e incluso personarse y ser parte en la sección de calificación del concurso, a la vez que estos acreedores deberán cumplir con el deber de comunicar sus créditos a la administración concursal si pretenden que los mismos queden incluidos en la lista de acreedores.

No obstante lo anterior, la calificación de uno o varios créditos como subordinados anuda determinadas prohibiciones y restricciones respecto algunos derechos que afectan exclusivamente a este tipo de acreedores, y que la Ley, a su vez, intensifica para aquellos acreedores especialmente relacionados con el concursado *ex* artículo 93 LC.

Debido a la falta de sistematización de la Ley Concursal en la regulación y tratamiento que la calificación de dichos créditos comporta, resulta necesario distinguir los efectos de la referida calificación crediticia en la fase común del procedimiento, así como en la fase de convenio y en la de liquidación.

## II. CONSECUENCIAS EN LA FASE COMÚN

### II.1 El privilegio del acreedor instante

A pesar de que los principales efectos que conlleva la subordinación se pondrán de manifiesto, como veremos a continuación, en la fase de convenio y/o en la de liquidación, en esta fase del procedimiento concursal, advertimos de la no aplicación del privilegio del acreedor instante del artículo 91.7º LC respecto a los acreedores subordinados<sup>798</sup>.

Esta decisión resulta fácilmente comprensible y justificable ya que, de no ser así, un acreedor subordinado podría ver mejorada y reforzada su posición crediticia respecto a la calificación que la Ley Concursal *ex* artículo 92 LC habría previsto para el mismo. A estos efectos, existen determinados acreedores, como las personas especialmente relacionadas con el concursado, que conocen o pueden conocer con anterioridad a la declaración de concurso, precisamente por esa vinculación que mantienen con el deudor, la calificación que ostentarían sus créditos ante un eventual concurso de acreedores. Estos acreedores, y otros que igualmente pudieran conocer de antemano la calificación de sus créditos en el concurso (así los créditos subordinados contractualmente, o por intereses, multas, recargos, en los términos vistos en con anterioridad), podrían servirse del privilegio del acreedor instante beneficiándose del mismo y burlando el mecanismo de subordinación de créditos previstos en la Ley Concursal.

---

<sup>798</sup> De esta opinión se muestra GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 91 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1656, para quien la supresión de este privilegio debería afectar sólo y exclusivamente a las personas especialmente relacionadas con el concursado.

FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 604, defiende que el acreedor que solicite el concurso pueda ver beneficiado con el privilegio del acreedor instante para el resto de sus créditos que no ostenten o puedan ostentar la calificación de subordinados.

## **II.2 El nombramiento de la administración concursal**

Respecto a la posibilidad de que los acreedores subordinados puedan ser nombrados administradores concursales ha de indicarse que la redacción originaria del artículo 27.1.3º LC preveía que dicho cargo pudiera ser ocupado, como un tercer miembro, por un acreedor titular de un crédito ordinario o con privilegio general no garantizado<sup>799</sup>. Una interpretación *sensu contrario* de dicho precepto vetaba a los acreedores subordinados dicha posibilidad. Este artículo fue modificado a partir del Real decreto ley 38/2011 en un intento por profesionalizar la función de la administración concursal, sin que la redacción propuesta en ese momento y vigente en la actualidad del citado artículo 27 LC realice mención alguna respecto a los acreedores concursales como posibles administradores concursales.

Sí continúa, por el contrario, de acuerdo al artículo 28.3 LC la prohibición para ostentar este cargo respecto de quienes hayan sido personas especialmente relacionadas con el concursado, ya que de no existir esta prohibición existirían fundadas sospechas de que estas personas pudieran utilizar su nombramiento en beneficio propio y en perjuicio del resto de acreedores.

## **III. CONSECUENCIAS EN LA FASE DE CONVENIO**

### **III.1 De la apertura de la fase de convenio y la presentación de propuestas de convenio**

Según se desprende del artículo 111.1 LC, en el supuesto de que el concursado no hubiera solicitado la liquidación, y no hubiera sido aprobada ni presentada una propuesta de convenio anticipado, el juez dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, dictará auto poniendo fin a

---

<sup>799</sup> Destaca TIRADO, I.: “Comentarios al artículo 27 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 577, que el nombramiento de este tipo de acreedores (ordinarios y privilegiados generales) se debía principalmente a que se trataba de créditos cuyo grado de satisfacción dependía, a diferencia de los privilegiados con garantía y de los subordinados, en mayor medida de un correcto desarrollo del procedimiento.

la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta.

El concursado que no hubiera presentado propuesta anticipada de convenio, o que no hubiera solicitado la liquidación, podrá presentar su propuesta de convenio<sup>800</sup> en el plazo fijado por el artículo 113 LC. “También podrán hacerlo los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación<sup>801</sup>”.

El artículo 113 LC no hace referencia o distinción respecto al tipo de acreedores que podrán presentar dicha propuesta de convenio, sino al porcentaje del pasivo total necesario para su admisión a trámite. La alusión al término “los acreedores” en el referido artículo, inclinaría la balanza hacia una respuesta afirmativa respecto a que los acreedores subordinados pudieran presentar una propuesta de convenio siempre que reunieran por sí mismos o junto a otros acreedores el porcentaje exigido por la norma.

Sin embargo, a partir de una interpretación integradora y finalista de la norma, la respuesta a esta cuestión no resulta del todo clara. Si bien a tenor literal del artículo 113 LC y a su exigencia de un porcentaje concreto de los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen el porcentaje expresado en la norma, los acreedores subordinados estarían legitimados para presentar propuestas de convenio<sup>802</sup>. Sin embargo, si tenemos en cuenta la consideración que la Ley Concursal otorga a los acreedores que presentan dicha

---

<sup>800</sup> El artículo 113.2 LC determina que en caso de no haberse presentado propuesta de convenio según lo establecido en el párrafo 1º de este artículo, el concursado y los acreedores cuyos créditos superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva podrán presentar propuestas de convenio desde la convocatoria de la junta hasta 40 días antes de la fecha señalada para su celebración.

Aunque resulta por todos conocido el significado del término jurídico ‘convenio’, proponemos la definición realizada por el Tribunal Supremo en su sentencia 750/2011, de 25 de octubre (*Tol* 2278806) refiriéndose al convenio concursal como un “acuerdo entre deudor y acreedores destinado a regular las relaciones jurídicas que unen a aquel con cada uno de estos tiene, según la doctrina, una naturaleza negocial, bien que matizada por importantes particularidades, una de las cuales consiste en necesitar para su validez la aprobación judicial”.

<sup>801</sup> Artículo 113.1 *in fine* LC.

<sup>802</sup> Así, SÁNCHEZ CALERO, F.: “Los créditos...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV it., p. 3908.

propuesta de convenio en cuanto los asimila a votos favorables *ex* artículo 121.4 II LC - “se computarán como votos favorables a la correspondiente propuesta de convenio los de los acreedores firmante y los de los adheridos que no asistiendo a la junta hayan tenido por presentes”-, no cabe duda de que aceptar que estos acreedores subordinados puedan presentar propuestas de convenio choca frontalmente y entra en contradicción con la privación del derecho de voto de estos acreedores *ex* artículo 122 LC.

A partir de este extremo, entendemos de difícil encaje que los acreedores subordinados, privados de derecho de voto en la junta de acreedores e incluso no tenidos en cuenta a efectos de quórum de esta, puedan presentar una propuesta de convenio, máxime si la misma podría desencadenar los mismos efectos que la votación favorable a la misma por parte de los acreedores subordinados, burlando estos la prohibición expresa prevista en el artículo 122 LC.

Admitir que los acreedores subordinados puedan presentar una propuesta de convenio es, por tanto, equiparable a afirmar que estos han votado a favor de la misma en la junta, extremo este imposible de cumplir y expresamente prohibido en la Ley Concursal. Por otro lado, no dejaría de resultar extraño que estos acreedores sin derecho de voto pudieran presentar una propuesta sobre la que no pudieran decidir. Estimamos, por tanto, más acertada la consideración de que los acreedores subordinados no puedan presentar propuestas de convenio, y ello a pesar de que la Ley nada indica al respecto<sup>803</sup>.

Admitida a trámite, en su caso, la referida propuesta de convenio, se dará traslado de esta a la administración concursal para que emita escrito de evaluación sobre su contenido en relación con el plan de pagos y, en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe. Los acreedores podrán adherirse a la misma, “con los requisitos y en la forma establecida en la

---

<sup>803</sup> Esta teoría negativa sobre la posibilidad de presentar propuestas de convenio es defendida por ROJO, A.: “Comentarios al artículo 113 LC” ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2023, quien añade que la legitimación para presentar propuestas de convenio no es consecuencia de la simple condición de acreedor, sino de la titularidad del porcentaje exigido por la norma. De la misma opinión se muestra GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 134 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2227.

Para FERRÉ FALCÓN, J: *Los créditos...* cit., pp. 650-651, los acreedores subordinados no podrían presentar propuestas de convenio a partir de una interpretación integradora del artículo 113 LC con los artículos 122 y 124 de la Ley Concursal.

Ley Concursal” desde que quede de manifiesto en la Oficina judicial el correspondiente escrito de evaluación y hasta el momento de cierre de la lista de asistentes a la junta de acreedores.

Entendemos de aplicación a las adhesiones a la propuesta de convenio, por parte de los acreedores subordinados, lo señalado anteriormente respecto a la presentación de propuesta de convenio por parte de estos. Si estos acreedores no tienen derecho de voto, no podrán igualmente adherirse a dicha propuesta, máxime cuando además el artículo 103 LC manifiesta que “los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos y con los efectos establecidos en esta Ley”, dejando aún más claro que dichas adhesiones deberán producirse de acuerdo a la Ley Concursal, y según la cual, los acreedores subordinados en cuanto privados del derecho de voto, quedarán igualmente privados del derecho de adhesión a dicha propuesta<sup>804</sup>.

### **III.2 De la junta de acreedores**

Convocada la junta, los acreedores que figuren incluidos en el texto definitivo de la lista de acreedores tendrán derecho de asistencia a la junta personalmente o por medio de apoderado, sea o no este acreedor, aunque a los efectos del quórum requerido para la válida constitución de la junta, no serán tenidos en cuenta estos créditos subordinados.

La Ley posibilita que cualquier acreedor pueda ser representado por medio de apoderado, teniendo en cuenta que en ningún caso podrán ser apoderados de otros acreedores las

---

<sup>804</sup> GARRIDO, J. M.: “Comentario al artículo 134 LC”, y TOMILLO, J., GONZALO, V.: “Comentarios al artículo 118 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., pp. 2227 y 2062, respectivamente, así como DÍAZ MORENO, A.: “Comentario al artículo 128”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2162, FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 652, y GONZÁLEZ GOZALO, A.: “Comentarios al artículo 102 LC”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...* Vol. I cit., p. 1181 quien acude al artículo 122 LC para determinar qué acreedores tienen derecho de adhesión al convenio, al igual que VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentarios al artículo 103 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo II cit., p. 112.

GONZALEZ GOZALO, A.: “Comentario al artículo 103 LC”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...* Vol. I cit., pp. 1180-1181 considera que la afirmación contenida en el artículo 103.1 LC se debe aplicar a cualquier aspecto relevante de las adhesiones que no quede regulado específicamente en la Ley Concursal. A estos efectos, acude al artículo 122 para confirmar que no los acreedores subordinados no poseen derecho de adhesión en cuanto dicho artículo completa el régimen de las adhesiones.

personas especialmente relacionadas con el concursado del artículo 93 LC, evitando de este modo posibles conductas fraudulentas que pudieran adoptar estas personas, así como evitar un eventual conflicto de intereses entre representante y representado<sup>805</sup>.

#### A) DERECHO DE ASISTENCIA E INFORMACIÓN

Este derecho de asistencia, que implica a su vez el derecho a solicitar aclaraciones y el derecho a intervenir y deliberar en los debates, puede ser ejercido por cualquier acreedor concursal siempre que su crédito conste incluido en los textos definitivos<sup>806</sup>.

Este derecho de información *ex* artículo 120 LC, en cuanto derecho a solicitar las aclaraciones oportunas sobre el informe de la administración concursal y su actuación o respecto a la propuesta o propuestas de convenio presentadas debe ser adecuadamente satisfechas, puesto que la vulneración del mismo podría no sólo, ser invocado como justa causa para la separación de los administradores *ex* artículo 37.1 LC, sino también como causa de oposición a la aprobación judicial del convenio por infracción legal en la celebración de la junta *ex* artículo 128.1 LC -siempre que dicha infracción se hubiera denunciado-, pudiendo ser causa de rechazo de oficio del convenio aceptado *ex* artículo 131.3 LC<sup>807</sup>.

---

<sup>805</sup> Crítico a este respecto se muestra GUASCH MARTORELL, R.: “La posición jurídica de los acreedores subordinados en la fase de convenio”, en *Estudios sobre el futuro Código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe. Universidad Carlos III, 2015, pp. 171-172 en <http://hdl.handle.net/10016/21078> quien no entiende el motivo por el cual los acreedores subordinados no pueden estar representados por personas especialmente relacionadas con el concursado, si estas no tienen derecho de voto y sin embargo los demás acreedores subordinados que no mantengan esa especial vinculación con el concursado puedan representar a otro acreedor y como tal ejercer el derecho al voto de su representado.

<sup>806</sup> Así, TOMILLO, J. y GOZALO, V.: “Comentarios al artículo 118 LC” en ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2062, ÁVILA, A. y CURTO POLO, M.: “La subordinación del crédito...”cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...*cit., p. 3566 y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B.: “La subordinación...”cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3704, entre otros.

Aclara TORRUBIA CHALMETA, B.: “Comentario al artículo 120 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo II cit., p. 219 que este derecho de información sólo es ejercitable en el seno de la junta de acreedores, siendo su atribución exclusivamente a los asistentes a la misma.

<sup>807</sup> En este sentido, ROJO, A.: “Comentarios al artículo 120 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2083.

## B) DERECHO DE DEBATE Y DERECHO DE VOTO

Una vez constituida la junta, se deliberará y votará en ella la propuesta o propuestas admitidas a trámite. Los acreedores subordinados no tendrán derecho de voto en la junta *ex* artículo 122 LC y sus créditos no computarán a efectos de la mayoría requerida para la aprobación del convenio<sup>808</sup>.

Quedan incluidas dentro de este supuesto de privación de derecho de voto no sólo los acreedores subordinados, sino, además, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos *inter vivos* después de la declaración del concurso<sup>809</sup>. No obstante lo anterior y a pesar de que este tipo de acreedores son privados del derecho a voto en relación a los créditos subordinados, no existe inconveniente para que puedan ejercitar este mismo derecho sobre otros créditos (no subordinados) de los que fueran titulares<sup>810</sup>.

---

<sup>808</sup> En opinión de SALA REIXACHS, A.: “Comentario artículo 116 LC”, SALA REIXACHS, A., ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., MACHADO PLAZAS, J, VILA FLORENSA, P. (Coords.): *El proceso concursal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, p. 676 no existe un precepto en la Ley Concursal que prohíba que el importe de los créditos subordinados contribuyan a la formación de la mayoría necesaria para la constitución de la junta, a excepción de la interpretación del artículo 116, que a juicio de este autor posee una redacción desafortunada, confusa e injusta con el resultado de excluir del quórum a dichos acreedores.

En opinión de ALONSO LEDESMA, C.: “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos, PULGAR EZQUERRA, J.: *El concurso de acreedores*, La Ley, 1ª edición, Madrid, 2012 p. 342 los acreedores subordinados contractualmente *ex* artículo 92.2 LC no debería estar privado del derecho de voto, en cuanto son “acreedores normales”.

<sup>809</sup> A partir del Real decreto ley 11/2014, de 5 de septiembre, se reconoce el derecho de voto a los acreedores que hubieran adquirido sus créditos con posterioridad a la declaración de concurso, salvo que se trate de personas especialmente relacionadas con el deudor; para evitar abusos respecto a esta novedosa regla, se amplían los supuestos de hecho para considerar la existencia de una persona especialmente relacionada.

<sup>810</sup> Para SALA REIXACHS, A.: “Comentario al artículo 122 LC”, SALA REIXACHS, A., ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., MACHADO PLAZAS, J, VILA FLORENSA, P. (Coords.): *El proceso ...cit.*, pp. 690-691 la medida establecida en el artículo 122 le parece excesiva.

Este artículo que prohíbe el derecho de voto al acreedor subordinado en la junta guarda importantes similitudes con el artículo 52 LSRL, actual artículo 190 LSC, relativo al conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada. El fundamento del mismo, según CURTO, M. M: “Comentarios al artículo 190 LSC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo I cit.*, p. 1351 que el socio quede privado de emitir su voto en la junta general a fin de que el acuerdo no sea adoptado por la influencia de este y, por tanto, no se ponga en peligro la primacía del interés social.

En consecuencia, los acreedores subordinados que decidan asistir a la junta podrán ejercer su derecho de asistencia, de información y de debate<sup>811</sup>, pero sin contar, en ningún caso, con derecho de voto, evitando el legislador con esta medida que estos acreedores pudieran llegar a controlar o tuvieran poder de decisión en la junta<sup>812</sup>.

Llegado este punto, podríamos preguntarnos qué diferencia existe entre el acreedor subordinado que asiste a la junta y el que no asiste a la misma si tenemos en cuenta que estos acreedores no tienen capacidad de decisión. La asistencia sólo tendría sentido si en la junta pudieran, a pesar de verse privados de derecho de voto, debatir y participar respecto de las deliberaciones que pudieran surgir en relación al convenio<sup>813</sup>, lo que les permitiría conocer la propuesta de convenio con mayor profundidad para ejercer, en su caso, oposición al mismo o denunciar su incumplimiento.

A estos efectos, los acreedores subordinados igualmente pueden ejercitar, como hemos visto anteriormente, su derecho de información en su más amplia acepción en cuanto mecanismo e instrumento de tutela eficiente para defender los intereses de los acreedores subordinados, pudiendo, su incumplimiento dar lugar a la impugnación del convenio aprobado judicialmente e incluso declarar nulo el acuerdo que aprobó el convenio<sup>814</sup>.

---

<sup>811</sup> Reconocen este derecho de debate GUASCH MARTORELL, R.: “La posición jurídica...” cit., pp. 172-173, SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación...”, VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3909 y TOMILLO, J. y GONZALO, V.: “Comentarios al artículo 118 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2061 y TORRUBIA CHALMETA, B.: “Comentario al artículo 121 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo II cit., p. 226.

<sup>812</sup> En el Anteproyecto de la Ley Concursal de 1983 los titulares de créditos subordinados si bien no podrían ser apoderados de acreedores pertenecientes a distintos grupos en la junta de acreedores, tenían derecho de asistencia y de voto en aquellas por sí mismos, por lo que sus votos podrían llegar a ser decisivos para la adopción o rechazo de un convenio (no las personas especialmente relacionadas con el concursado). El Proyecto de 1995 privó de derecho de voto a estos acreedores.

<sup>813</sup> GUASCH MARTORELL, R.: “La posición jurídica...” cit., pp. 172-173 aporta tres motivos fundamentales por los que el acreedor subordinado podría estar interesado en asistir a la junta y debatir la propuesta o propuestas de convenio 1) debido a la vinculación que el convenio realiza a este tipo de acreedores por lo que deberían, como mínimo, poder defender sus posiciones en el debate de la junta, 2) en cuanto al ser oídos aunque sea indirectamente puedan influir en la decisión de la junta y 3) dejando constancia en el acta de la junta de su posición de acuerdo a ejercer el derecho de oposición o denunciar el incumplimiento que pudiera ejercitarse frente al convenio aprobado en la junta.

<sup>814</sup> Véase GUASCH MARTORELL, R.: “La posición jurídica...” cit., p. 174.

### III.3 Efectos del convenio

Como consecuencia de la aprobación judicial del convenio, este vinculará de manera automática y sin excepción a los acreedores subordinados al igual que a los acreedores ordinarios y a los privilegiados que hubieran votado a su favor, siempre que los créditos fueran anteriores al concurso, y aunque los mismos no hubieran sido reconocidos por cualquier causa *ex* artículo 134.1 LC<sup>815</sup>. La vinculación del convenio resulta de gran trascendencia en cuanto los créditos subordinados quedarán sometidos al poder de decisión que en la junta hubieran ejercido el resto de acreedores concursales.

Sin embargo, el poder de decisión ejercido por el resto de acreedores concursales respecto a los subordinados no opera de forma absoluta, puesto que en virtud de la Ley los acreedores subordinados quedan sometidos a las mismas quitas establecidas y aprobadas para los acreedores ordinarios y sin que en ningún caso, tal y como corrobora la jurisprudencia, pueda imponerse condiciones más gravosas a los acreedores subordinados<sup>816</sup>.

---

<sup>815</sup> Recuerda VILLARUBIAS, F.: “La eficacia del convenio concursal”, VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 4792 que como consecuencia del principio de universalidad y de *par condicio creditorum*, deberán integrarse en la masa pasiva del concurso todos los acreedores. Sin embargo, la Ley guarda silencio respecto a las condiciones en que se produce la vinculación de los créditos de estos “acreedores ausentes del procedimiento”, aunque en su opinión no deberían conservar su naturaleza de privilegiados, ordinarios o subordinados, pues en ese caso estos créditos recibirían un mejor trato que los créditos subordinados por comunicación tardía *ex* artículo 92.1 LC. Por ello, este autor considera que será el convenio el que deberá regular el tratamiento de los mismos en cuanto la norma concursal manifiesta que la vinculación de estos créditos de “acreedores ausentes del procedimiento” mantendrán la vinculación al convenio respecto del contenido del mismo.

<sup>816</sup> En este sentido GARRIDO, J. M.: “Comentarios del artículo 134 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2228 quien defiende en esta línea que los créditos subordinados no son postergados en el *quantum*, sino en el *quando*. Igualmente se manifiesta, GONZÁLEZ GOZALO, A.: “Comentario al artículo 100 LC”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. I cit., p. 1142 para quien el legislador en este artículo limita la autonomía de la voluntad para proteger a los acreedores que no han votado a favor del convenio, entre ellos los subordinados.

*Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo 50/2013, de 19 de febrero de 2013 (*Tol* 3248755) que no acepta la cláusula de un convenio que impone una quita del cincuenta por ciento para los acreedores ordinarios y del noventa y cinco para los subordinados. Advierte el Tribunal que no se debe admitir condiciones más gravosas para los acreedores subordinados que los ordinarios *ex* artículo 134.1 LC que tiene carácter imperativo, por lo que concluye que una norma que incumpla el artículo 134.1 LC se tendría por no puesta.

En contra FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 627 quien defiende que los créditos subordinados merecen un trato peor que el previsto para los créditos ordinarios “lo que se pone de relieve por la concreta afirmación de que los plazos de espera para los subordinados se computan a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios”, y VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentario al artículo 134 LC”, CORDÓN MORENO, F.(Dtor.): *Comentarios...* Tomo II cit., p. 303 quien admite la posibilidad de fijar unas condiciones más gravosas para los créditos subordinados como resultado de la conjugación de los

No obstante lo anterior, y consecuencia de la postergación legal de estos créditos, los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento de los créditos ordinarios, de forma que si bien quedarán sujetos a los mismos plazos de espera que los acreedores ordinarios, estos se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios ex artículo 134.1 LC<sup>817</sup>.

Pero, ¿qué sucede respecto a aquel convenio que prevea diferentes quitas y esperas dentro de la misma categoría de créditos ordinarios?, ¿cuáles serán las condiciones a las que se

---

artículo 100 y 134 LC, aunque advierte que si el convenio introduce unas quitas y/o esperas para subordinados más gravosas que las establecidas par los ordinarios, entonces se aplicará la regla del artículo 125 LC: los subordinados tendrían que aceptar por mayoría este trato desigual y peor. Siempre en el bien entendido de que si no lo aceptan ello no supone rechazo del convenio, sino simplemente rechazo de ese trato especial, y entonces se les tendría que aplicar iguales quitas y/o esperas que las propias de los ordinarios.

SALA REIXACHS, A.: “Comentarios al artículo 134 LC”, SALA REIXACHS, A., ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., MACHADO PLAZAS, J., VILA FLORENSA, P. (Coords.): *El proceso...* cit., p. 751 reitera su crítica al tratamiento que la Ley Concursal otorga a los créditos subordinados al privarles de su derecho a votar y quedar además vinculados a un convenio que no han podido votar, lo que conllevará la práctica total remisión de sus créditos, sin que además puedan percibir ninguna cantidad hasta que no se encuentre saldada la totalidad de los ordinarios.

<sup>817</sup> En opinión de SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV, p. 3908 el cómputo de los plazos de espera para estos créditos “quiere decir que tal espera podrá ser absolutamente ineficaz, ya que no tendrá un efecto diverso que el de la ausencia de cobro por parte de los créditos subordinados”.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentario al artículo 134 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo II cit., pp. 301-302 hace referencia a la existencia de “dos grupos de plazos de pago” en cuanto se procede primero al pago de los acreedores ordinarios y sólo después se procede al pago de los subordinados. Fundamenta este autor que la espera fijada por la norma respecto al pago de los créditos subordinados debe contarse sólo desde el pago íntegro de los ordinarios en cuanto de no ser esto así, los créditos subordinados se pagarían al mismo tiempo y con las mismas condiciones que los ordinarios pudiendo quedar estos últimos “aguados” (de hecho el legislador considera a los créditos subordinados dignos de una menor protección que el resto). Ante esta situación, el autor defiende una modulación de la regla de plazos de espera anteriormente referida, pero haciendo, en cualquier caso, que la posición de los subordinados “nunca sea igual que la de los ordinarios, sino peor”. Esta modulación haría referencia a la posibilidad de establecer unos plazos de espera concretos que permitieran distinguir entre la espera para los créditos ordinarios y la espera para los subordinados, siempre y cuando estos se paguen con posterioridad a los ordinarios (así, por ejemplo, se podría pactar una espera para los ordinarios de dos años y una espera de un año y medio para los créditos subordinados, que en cualquier caso, sería satisfechos a partir del íntegro cumplimiento de los créditos ordinarios). Esta modulación permitiría evitar la “duplicación de los plazos de espera” que implica “dilatarse el plazo de eficacia del convenio hasta límites insospechados”, lo que supone además “alagar excesivamente la suspensión del procedimiento, y demorar hasta mucho más tarde la determinación del cumplimiento o incumplimiento, la rendición de cuentas de la administración concursal, etc.”.

Advierte MACHADO PLAZAS, J.: “Comentario al artículo 134”, SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2004, p. 1434 que la norma no aclara el *dies a quo* del plazo de espera de los acreedores subordinados, pudiendo existir a estos efectos dos momentos relevantes: 1) el día en que el deudor presenta el informe ex artículo 139 LC o 2) la fecha del auto en que el juez declare el cumplimiento del convenio ex artículo 139.2 LC. Este autor opta por la segunda opción en cuanto le parece menos gravosa para los acreedores subordinados.

someterán los acreedores subordinados? Si bien la Ley nada indica al respecto, podría aplicarse con cierta razonabilidad para estos créditos subordinados el criterio del tratamiento inferior<sup>818</sup> o menos beneficioso respecto a las condiciones aplicadas a los créditos ordinarios<sup>819</sup>, puesto que sería difícilmente justificable que los créditos subordinados tuvieran un tratamiento más favorable en el convenio que algunos ordinarios.

Del mismo modo, la Ley salvaguarda la facultad de los acreedores subordinados de aceptar propuestas alternativas de convenio de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o en créditos participativos (artículo 134.1 *in fine* LC)<sup>820</sup>. La elección de esta propuesta no podrá ser superior a un mes desde la fecha de firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio y previendo este, en todo caso, una propuesta aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección. Esta facultad de elección que pueden ejercer los acreedores subordinados no resulta incompatible con la prohibición de derecho de voto y de adhesión a la propuesta de convenio, puesto que el artículo 134.1 LC otorga a estos acreedores un derecho de elección entre las distintas propuestas que a tal efecto prevé un convenio aprobado judicialmente, sin que se vea afectado, por tanto las restricciones al derecho de adhesión y de voto que prevé la Ley Concursal<sup>821</sup>.

---

<sup>818</sup> GARRIDO, J. M.: “Comentarios del artículo 134 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo II* cit., p. 2228.

<sup>819</sup> GARRIDO, J. M.: “Comentarios del artículo 134 LC”, ROJO, A., y BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo II* cit., pp. 228-229 considera que cuanto no resulte fácil discernir la categoría con un tratamiento inferior al estar ante quitas y esperas diversas, lo más justo y razonable es reconocer a los titulares de créditos subordinados un derecho de elección. Advierte igualmente GARRIDO de la necesaria toma en consideración en la propuesta de convenio de los créditos subordinados, en cuanto podría existir el riesgo de que el convenio si bien cumplido por todos los acreedores, hubiera sido incumplido por los subordinados.

<sup>820</sup> En opinión de MACHADO PLAZAS, J.: “Comentario al artículo 134 LC”, SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.): *Comentarios...Tomo II* cit., p. 1434 la alusión a las propuestas alternativas en este artículo resulta innecesaria y una reiteración el artículo 102 LC.

<sup>821</sup> De la misma opinión se muestra GONZÁLEZ GOZALO, A.: “Comentarios del artículo 102 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...cit.*, p. 1175 quien reconoce dicho derecho al acreedor subordinado en cuanto supone una facultad de elección, y VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentarios al artículo 134 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...Tomo II* cit., p. 305 y ROJO, A.: “Comentarios al artículo 102 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...Tomo II* cit., p. 1911 para quien “el ejercicio de la facultad de elección es independiente del derecho de adhesión y de voto”. En este supuesto se integran los acreedores subordinados que tienen la facultad de elegir entre las distintas alternativas que reconozca el convenio.

Por su parte, SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...Tomo IV* cit., p. 3908 advierte de la posibilidad de que, en cuanto estos acreedores pueden aceptar propuestas alternativas de conversión de sus créditos (y por ende, rechazarlas), pudiera surgir la duda respecto a la posibilidad de que estos puedan hacer propuestas de convenio “cumpliendo con lo previsto en los artículos 99 a 102 LC”.

Por último, y respecto a la propuesta de convenio que implique la asunción de nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores, el artículo 125.2 LC prevé que no pueda someterse a deliberación dicha propuesta sin la previa conformidad de estos acreedores afectados. Si bien, tal y como se ha reiterado en numerosas ocasiones, los acreedores subordinados carecen de derecho de voto en junta, entendemos que el supuesto del artículo 125.2 LC no es equiparable a la votación en junta, por cuanto en el caso de que los acreedores fueran afectados por la asunción de nuevas obligaciones<sup>822</sup>, estos estarían asumiendo un trato diferente al del resto de acreedores, que incluso pudiera resultar contradictorio con lo estipulado en el artículo 134.1 LC en relación con la extensión subjetiva del concurso, lo que implicará necesariamente su conformidad expresa<sup>823</sup>.

#### **III.4 Oposición e impugnación del convenio.**

Una vez expuesta la posición de los acreedores subordinados respecto a la deliberación, votación y vinculación del convenio, debemos determinar si estos se encuentran facultados o legitimados activamente para oponerse e impugnar el convenio aprobado sin su voto<sup>824</sup>. En principio, si tenemos en cuenta que estos acreedores no sólo no poseen derecho de voto en la junta, sino que tampoco sus créditos computan a efectos de constituir válidamente la junta y del cómputo de mayorías, todo parecería indicar que tampoco podrían impugnar el mismo<sup>825</sup>.

---

<sup>822</sup> Advierten TOMILLO, J. y GOZALO, V.: “Comentarios al artículo 125 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2126 que el concepto de nuevas obligaciones “no incluye aquellas anteriores que pudieran resultar modificadas durante la tramitación y que son propiamente objeto del convenio”

<sup>823</sup> En este mismo sentido se manifiesta la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, en su sentencia 4/2011, de 7 de enero de 2011 (*Tol 2070972*) en la que “en relación con los créditos subordinados se propone en el convenio la transformación de dichos créditos en capital social, propuesta esta que implica la asunción de nuevas obligaciones o cargas para los titulares de créditos subordinados, por lo que deviene en aplicación lo dispuesto en el artículo 125.2 de la LC, y con ello la exigencia de conformidad de los titulares de los créditos, circunstancia esta que no tuvo lugar con anterioridad a la celebración de la junta, pues aunque no tengan derecho a voto los titulares de los créditos subordinados, el artículo 125.2 de la LC no distingue a efectos de conformidad en función de la naturaleza de los créditos”.

<sup>824</sup> En palabras de DÍAZ MORENO, A.: “Comentario del artículo 128 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2142 la oposición se entiende como “un instrumento técnico establecido por la Ley a través del cual la administración concursal, los acreedores y el concursado pueden alegar y acreditar la existencia de causa o motivo que impida la aprobación judicial del convenio aprobado por la mayoría”.

<sup>825</sup> En esta línea PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos...” cit., CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E. (Dtores.): *Derecho...* cit., p. 683. La ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo 50/2013 de 19 de febrero (*Tol 3248755*) hace referencia a la sentencia del juzgado de primera instancia que consideró que el acreedor

Esta opinión negativa resulta reforzada si atendemos al artículo 128 LC que otorga de forma taxativa la legitimación activa para la oposición a la administración concursal<sup>826</sup>, a los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por la mayoría, así como en caso de propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, quienes no se hubiesen adherido a ella.

Entre estos legitimados no parecen tener encaje los acreedores subordinados, pues no ostentan el cargo de administración concursal, no pueden votar ni adherirse a la propuesta anticipada de convenio y tampoco han sido privados ilegítimamente de su voto, sino que legalmente no ostentan derecho de voto. El hecho de no acudir a la junta no parecería una justificación suficiente como para dotar de legitimación activa a quien además de no contar con derecho de voto, no ha ejercido su derecho de asistencia, información y debate, mostrando escaso o nulo interés en el asunto.

En cualquier caso, entendemos complicado defender que, en caso de que el acreedor subordinado no asista a la junta pudiera resultar legitimado activamente, sólo por ello, para oponerse al convenio que por su condición de acreedor subordinado no podría votar en ningún caso. Asumir este planteamiento podría llevar a la no asistencia generalizada de este tipo de acreedores a la junta a los solos efectos de impugnar y oponerse al convenio<sup>827</sup>.

En nuestra opinión, la legitimación activa para oponerse a la aprobación del convenio de acreedores implicará que estemos ante acreedores cuyos créditos se encuentren incluidos en la lista definitiva de acreedores, quedando asimismo vinculados por el contenido del

---

subordinado no estaba legitimado para impugnar el convenio. Sin embargo, el Alto tribunal no se pronuncia respecto a este extremo puesto que el recurso de casación versaba sobre otras cuestiones.

<sup>826</sup> De esta opinión se muestra SALA REIXACHS, A.: “Comentarios al artículo 128 LC”, SALA REIXACHS, A., ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., MACHADO PLAZAS, J., VILA FLORENSA, P. (Coords.): *El proceso...*cit., pp. 711-712 para quien la enumeración exhaustiva del artículo 128 LC impide incluir en la misma otros supuestos, por lo que quedaría fuera de la misma los acreedores subordinados.

<sup>827</sup> GUASCH MARTORELL, R.: “La posición jurídica...” cit., p. 174 parte de la premisa de que todos los acreedores pueden impugnar el convenio, incluidos los subordinados, pues de no ser esto así, quedarían vinculados a un convenio que no han podido votar y que tampoco podrían impugnar: esta situación les dejaría en una desprotección absoluta. En la misma dirección, FERRÉ FALCÓN, J: *Los créditos...*cit., p. 668 y VEIGA COPO, A. B.: *La masa activa...*cit., p. 1316 quien defiende que estos acreedores podrán denunciar toda infracción ex artículo 128 LC y provocar el rechazo judicial del convenio del artículo 131 LC.

convenio, una vez resulte este aprobado por el juez, siempre que además concurren los requisitos a tal efectos determinados en el artículo 128 LC<sup>828</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, si aconteciera el incumplimiento del convenio, “cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte” podrá solicitar al juez la declaración de incumplimiento a partir del artículo 140 LC, por lo que los acreedores subordinados, en cuanto titulares de créditos anteriores al concurso y comunicados y reconocidos de acuerdo a lo estipulado en el artículo 84 y siguientes podrían denunciar el referido incumplimiento del convenio<sup>829</sup>. No obstante lo anterior, y siguiendo la dicción del referido artículo, si bien los acreedores subordinados quedarán legitimados para solicitar la declaración de incumplimiento, sólo podrán solicitarla cuando el incumplimiento del convenio les afecte directamente a ellos de conformidad con el *dies a quo* del plazo de espera de los créditos subordinados determinado en el artículo 134 LC<sup>830</sup>.

---

<sup>828</sup> En opinión de DÍAZ MORENO, A.: “Comentario del artículo 128 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., p. 2162 “los acreedores subordinados estarán siempre legitimados para formular oposición a la aprobación judicial del convenio aceptado durante la fase común del concurso”.

En contra de la legitimación activa de los acreedores subordinados para oponerse a la aprobación del convenio judicial se manifiesta TAPIA LOPEZ, J. M.: “El convenio”, en PRENDES CARRIL, P., MUÑOZ PAREDES, A. (Dtores.): *Tratado judicial de la insolvencia*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 459 aunque admite que su posición no ofrece respuesta a aquellas situaciones en las que la propuesta de convenio se decide cancelar los créditos subordinados

<sup>829</sup> VARA DE PAZ, N.: “Cumplimiento e incumplimiento del convenio (artículos 137 a 141 de la LC)”, VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 4770 y FERRE FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 668 quien considera que “no sería justa obligar a los acreedores subordinados a quedar sometidos al procedimiento concursal y a los pactos alcanzados en el mismo, cuando el deudor, como obligado al cumplimiento de dichos pactos, los estuviera ignorando”. De la misma opinión se muestra CORDÓN, F.: “Comentario al artículo 140 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo II cit., p. 333 quien incluye a los acreedores subordinados como legitimados en cuanto acreedores vinculados por el convenio.

<sup>830</sup> De esta opinión se muestra ROJO, A.: “Comentarios al artículo 140”, ROJO, A. BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit. p. 2283 quien legitima activamente para solicitar el incumplimiento a cualquier acreedor de créditos concursales que haya sufrido las consecuencias del incumplimiento, teniendo en cuenta para ello que los plazos de espera se computan a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios; eso sí, sí “podrán ejercitar ante el juez del concurso las acciones que fueran procedentes para la conservación de su derechos (artículo 1121-I Cc)”. En similar sentido se muestra FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* cit., p. 669 quien además advierte que esta situación será diferente a la estipulada en el artículo 137 LC referida a las facultades patrimoniales del concursado convenido, caso este en el que la infracción provocará el incumplimiento y su declaración “podrá ser solicitada del juez por cualquier acreedor” ex artículo 137.1 LC. MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: “Comentarios al artículo 137 LC”, ROJO, A. BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit. p. 2258 admite legitimación activa a los acreedores subordinados para solicitar el incumplimiento de las facultades del concursado convenio en cuanto acreedores afectados por el convenio, al igual que CORDÓN, F.: “Comentario del artículo 137 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo II cit., p. 322.

### III.5 La propuesta anticipada de convenio.

Respecto a la propuesta anticipada de convenio, entendida esta como aquella que puede presentarse desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos *ex* artículo 104 LC, nos preguntamos acerca de la posición e intervención que mantienen los acreedores subordinados en relación a la misma: ¿mantienen las mismas prohibiciones y restricciones que respecto a la fase de convenio anteriormente referida? En principio, y a partir de un criterio finalista e incluso lógico, entendemos que puesto que los créditos de estos acreedores no son susceptibles de ser cuantificados respecto a la formación del quórum necesario en la junta de acreedores ni poseen derecho de voto en la misma, dicha prohibición debería quedar indemne respecto al supuesto de la propuesta anticipada de convenio<sup>831</sup>.

Si defendemos además que la propuesta anticipada de convenio pretende llegar a un acuerdo colectivo entre el deudor y sus acreedores a fin de evitar la liquidación del concursado, al igual que el convenio propiamente dicho, no deberían existir diferencias sustanciales respecto a las normas que rigen ambos institutos (aunque sí reconozcamos las diferencias formales propias existentes en cuanto a la tramitación de la propuesta anticipada y del convenio).

Lo anterior nos lleva a colegir que la privación del derecho de voto prevista por la Ley Concursal para los acreedores subordinados -y conceptuada como una mácula con origen en su calificación crediticia-, debería subsistir en cualquier caso, puesto que el fundamento de dicha prohibición se aplicaría igualmente en este supuesto. A mayor abundamiento, si bien las normas que regulan la propuesta anticipada de convenio hacen alusión al término adhesión y no voto, lo cierto es que la adhesión y el derecho de voto son los dos sistemas de aceptación de la propuesta de convenio dentro del procedimiento concursal con la sola excepción de que el primero de ellos puede utilizarse tanto en los casos de tramitación ordinario del convenio como en los de propuesta anticipada de convenio y el segundo sólo

---

<sup>831</sup> De esta opinión se muestra FERRÉ FALCÓN, J: *Los créditos...*, cit., pp. 646-647.

podría utilizarse respecto a la tramitación ordinaria, quedando asimilados o equiparados ambos sistema de aceptación del convenio o de la propuesta anticipada del mismo<sup>832</sup>, máxime si además tenemos en cuenta que surte los mismos efectos la no adhesión a la propuesta de convenio que no votar en la junta, por lo que reiteramos nuestra opinión respecto a la imposibilidad de que los acreedores subordinados puedan adherirse a dicha propuesta.

Sin embargo, esta justificación encuentra un obstáculo si atendemos a la literalidad del artículo 106 LC, a partir de la modificación de su redacción operada en virtud del Real decreto ley 3/2009. Ahora resulta innegable el requerimiento realizado en dicho precepto en relación con la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio; esta deberá ir acompañada “de adhesiones de acreedores de cualquier clase”, por lo que a tenor de dicho artículo los acreedores subordinados podrían quedar incluidos en cuanto a acreedores que pueden prestar su consentimiento para alcanzar el pasivo exigido por la norma para su admisión a trámite. En este mismo sentido, el artículo 108 LC reitera la alusión a “cualquier acreedor” en relación a la adhesión que estos puedan realizar desde la admisión a trámite de dicha propuesta.

---

<sup>832</sup> En este sentido ROJO, A.: “La adhesión de los acreedores”, VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., pp. 4681-4682. Igualmente SACRISTÁN REPRESA, M.: “El convenio anticipado en la LC (notas sobre su régimen específico)”, AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 4735, ENCISO MUNTAÑER, M.: “El convenio”, en NIETO DELGADO, C. (Coord.): *Derecho...* cit., p. 534 quien advierte de la identidad de razón “respecto al ejercicio del derecho de voto en junta de acreedores y el ejercicio del derecho de adhesión a la propuesta de convenio antes de la junta (artículo 4.1 Cc)”, de modo que las normas legales que determinan qué acreedores carecen de derecho de voto serán igualmente aplicables para determinar qué acreedores carecen de derecho de adhesión y MARTÍNEZ CAÑELLAS, A.: “Comentario al artículo 103 LC”, SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.): *Comentarios...* Tomo II cit., p. 1055 para quien los acreedores subordinados podrán adherirse, pero tal adhesión no afectará ni a la admisión a trámite de la propuesta anticipada, ni al régimen de mayorías necesarias para la aceptación de las propuestas de convenio, en cuanto estos acreedores se encuentran privados del derecho de voto y este derecho se equipara al de adhesión. En el mismo sentido se mostraba GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: “Comentario al artículo 108 LC”, SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.): *Comentarios...* Tomo II cit., p. 1089 al entender que los acreedores subordinados carecían de derecho de adhesión a la propuesta anticipada de convenio y ello a pesar de la expresión “cualquier acreedor podrá manifestar su adhesión” en cuanto relacionaba el artículo 108 con el 106 LC en el que su redacción original aclaraba que las adhesiones debían provenir de acreedores ordinarios o privilegiados. En la actualidad el artículo 106 igualmente alude a la expresión “la propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase”.

Si bien, en la redacción originaria de la Ley, se indicaba que sólo los acreedores ordinarios y privilegiados podrían adherirse a esta propuesta anticipada de convenio, esta especificación decae en la vigente redacción del artículo 106 LC. No obstante lo anterior, defendemos una relectura de ambos artículos en un sentido diferente a la literalidad de los mismos, y a partir de una interpretación finalista y en conjunto de la norma, que en nuestra opinión, es el adecuado. Por ello, si atendemos al momento en el que se ha de presentar la propuesta anticipada de convenio (recordamos la necesaria adhesión a dicha propuesta de acreedores cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor), lo cierto es que a esa fecha la administración concursal no contará aún con su informe definitivo y por ende, los créditos concursales, en ese momento, no habrán sido calificados. Por tanto, el hecho de que la Ley Concursal se refiera en sus artículos 106 y 108 a “cualquier acreedor” se encuentra íntimamente ligado al momento en que deben producirse las adhesiones, momento este en el que al no encontrarse los créditos calificados podrá adherirse “cualquier acreedor”, sin perjuicio de que una vez la administración concursal haya emitido su informe definitivo, sean excluidos del cómputo de las adhesiones los acreedores subordinados<sup>833</sup>.

En este sentido, acudimos al artículo 110.2 LC el cual atribuye a las adhesiones, en el caso de que se mantuviese la propuesta anticipada de convenio, el valor de votos a favor de la misma para el cómputo del resultado de la votación en la junta, por lo que en coherencia con el planteamiento ofrecido respecto a las adhesiones en la propuesta de convenio convencional, nos ratificamos en la misma, en cuanto los acreedores subordinados se encuentran privados de voto en la junta<sup>834</sup>.

---

<sup>833</sup> Compartimos esta opinión que defiende CORDÓN F.: “Comentario del artículo 106 y 108 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios...* Tomo II cit., pp. 137 y 150-151, respectivamente, quien además, a mayor abundamiento, advierte que el artículo 108 LC no puede derogar para la propuesta anticipada lo estipulado por la Ley Concursal en el artículo 122 LC.

<sup>834</sup> Así, SÁNCHEZ CALERO, F.: “Los cambios que afectan a la propuesta anticipada de convenio”, en [http://eprints.ucm.es/8874/1/Propuesta\\_Anticipada\\_de\\_Convenio-Eprint.pdf](http://eprints.ucm.es/8874/1/Propuesta_Anticipada_de_Convenio-Eprint.pdf), p. 13 alude a un cambio en la redacción del precepto desde una “perspectiva procesal”, en cuanto dichas adhesiones se producen en un momento inicial del concurso de acreedores en el que lo relevante es el uso de dicha propuesta y no todavía la correcta calificación del crédito.

En este mismo sentido, debe tenerse en cuenta que si tenemos en cuenta que la Ley no exige que el deudor clasifique los créditos al plantear la propuesta anticipada de convenio, el pasivo entonces presentado en un primer momento pudiera no coincidir con el resultante en la lista definitiva de acreedores.

En cualquier caso, y puesto que la Ley no exige que el deudor clasifique previamente los créditos al plantear la propuesta anticipada de convenio, pudiera suceder que el pasivo presentado inicialmente como cumplimiento del requisito exigido por la norma a los efectos de admisión a trámite de dicha propuesta fuera modificado al alza por la administración concursal, una vez calificados los mismos. En ese caso, entendemos que no se habría obtenido el mínimo de pasivo exigido por la Ley y el juez debería dejar sin efecto la tramitación de la propuesta anticipada de convenio<sup>835</sup>.

#### **IV. EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN**

La apertura de la fase de liquidación puede ser solicitada por el deudor, por “cualquier acreedor”, o por la administración concursal *ex* artículo 142 LC, así como proceder el juez, de oficio, a su apertura tras no haberse presentado dentro del plazo legal ninguna propuesta de convenio (o no haber sido admitidas a trámite las que se hubieren presentado), no haber sido aceptada en junta de acreedores o en la tramitación escrita ninguna propuesta de convenio o haber sido rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores o declarado, igualmente por resolución judicial firme, la nulidad del convenio aprobado por el juez o el incumplimiento del mismo.

En relación al caso que nos ocupa, nada impide pensar que a partir del tenor literal del precepto referido y de su alusión a la expresión “cualquier acreedor”, puedan resultar incluidos entre estos, los subordinados, quienes podrán solicitar la apertura de la fase de liquidación, al igual que el resto de acreedores concursales, siempre que esta no hubiera sido solicitada por el deudor durante la vigencia del convenio y se acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4 LC.

Presentado el plan de liquidación por parte de la administración concursal y una vez haya quedado de manifiesto en la Oficina judicial el mismo, los acreedores concursales, y entre

---

<sup>835</sup> De esta opinión se muestra ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A.: “Propuesta anticipada de convenio“, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo II cit., p. 2455 y ROJO, A.: “Comentarios del artículo 106 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo II cit., pp. 1962-1964.

ellos, los subordinados, podrán formular las observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación presentado que consideren oportunas, pudiendo estos últimos, al igual que cualquier interesado, solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos por prolongación indebida de la liquidación<sup>836</sup>.

Como hemos podido comprobar hasta este momento de la fase de liquidación, los acreedores subordinados podrán intervenir como un acreedor concursal más sin que la calificación de sus créditos pueda influir o limitar su capacidad de solicitar la apertura de la fase de liquidación en los términos indicados o formular observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación presentado por la administración concursal.

Una vez aprobado este plan de liquidación es necesario proceder a la ejecución y materialización del mismo, momento este en el que se procederá al pago de los créditos concursales, siendo satisfechos los subordinados, tal y como dispone el artículo 158 LC, una vez lo hayan sido los créditos ordinarios, a partir del orden establecido en el artículo 92 LC, y en su caso, a prorrata dentro de cada número. La norma no contiene otras precisiones en esta fase respecto al pago de este tipo de créditos<sup>837</sup>.

El legislador concursal ha utilizado el mismo criterio para el pago de este tipo de créditos que el empleado para los privilegiados generales *ex* artículo 156 LC, esto es, el fijado exclusivamente por el orden establecido en el artículo que regula la calificación de estos créditos, sin entrar a valorar otros extremos, como pudiera ser el vencimiento de los créditos.

En la práctica resulta por todos conocido que una persona física o jurídica con notable insuficiencia patrimonial, debido a su situación de insolvencia, difícilmente podrá finalizar este procedimiento con masa suficiente para satisfacer todos los créditos concursales

---

<sup>836</sup> Tal y como indica el artículo 153.1 LC dicha prolongación indebida de la liquidación se producirá transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta.

<sup>837</sup> La Ley Concursal opta por la subordinación general y completa de los créditos subordinados.

(además de los créditos contra la masa), incluidos, entre ellos, los subordinados<sup>838</sup>. Es por ello, por lo que a diferencia de los créditos ordinarios, no se prevé para los subordinados la posibilidad de efectuar pagos adelantados<sup>839</sup> en cuanto será raro el procedimiento concursal en el que exista remanente para hacer frente a su pago.

Por último, finalizado el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica, el juez acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme *ex* artículo 178.3 LC<sup>840</sup>. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad que pudieran tener los administradores de la misma y las acciones que contra ellos pudieran interponerse.

## **V. CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE LOS EFECTOS DE LA SUBORDINACIÓN *EX* ARTÍCULO 92.5 LC SOBRE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO.**

Los acreedores especialmente relacionados con el concursado en cuanto sus créditos quedan subordinados en virtud del artículo 92.5 LC sufren las mismas consecuencias derivadas de la calificación de sus créditos que el resto de los acreedores subordinados en los términos vistos en el epígrafe anterior.

---

<sup>838</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3910 aprecia la sutileza que la redacción del artículo 158 LC prevé, puesto que a partir del tenor literal del mismo, el sentido negativo de su redacción implica que rara vez podrán ser satisfechos los acreedores subordinados. Este sentido negativo queda contrapuesto con el positivo con el que el legislador dota a la satisfacción de los créditos ordinarios en el artículo 157.1 LC.

<sup>839</sup> El artículo 157 LC prevé que el juez, previa solicitud de la administración concursal, de manera excepcional y motivada pueda autorizar pagos a acreedores ordinarios con antelación, a condición de que estime suficientemente cubiertos el pago de los créditos contra la masa que se puedan producir, así como los privilegiados. Tras la reforma operada en virtud del Real decreto ley 38/2011 no obstará la anticipación de dichos pagos el hecho de que existan impugnaciones aún no concluidas. En cualquier caso deberán tratarse de créditos vencidos y exigibles.

<sup>840</sup> En el supuesto de concurso de persona natural el mismo precepto en su apartado segundo recoge la responsabilidad de dicha persona natural respecto del pago de los créditos restante, sin perjuicio del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del artículo 178 bis LC.

Sin embargo, el legislador concursal ha querido intensificar especialmente las consecuencias de dicha calificación respecto a los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado en cuanto extiende sobre ellos la sospecha de un comportamiento y una conducta fraudulenta. Con estas medidas se pretendería conseguir un efecto disuasorio de dichas conductas a fin de evitar el perjuicio al resto de acreedores.

En consecuencia, estas personas con especial vinculación con el concursado no sólo quedan relegadas, en orden al pago de sus créditos, en el ordinal quinto del artículo 92 LC, lo que conlleva que en el hipotético supuesto de que existiera remanente para atender al pago de los créditos subordinados, deberían ser satisfechos con anterioridad a estos créditos aquellos comunicados tardíamente, los subordinados contractualmente, los créditos por intereses, recargos y sanciones<sup>841</sup>, sino que, como veremos a continuación, la Ley concursal impone para ellas una sanción ‘máxima’ debido a su proximidad con el concursado.

Como hemos visto con anterioridad, la Ley tampoco regula de modo sistemático el tratamiento para los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas *ex* artículo 93 LC, sino que este se encuentra disperso en la norma concursal.

## **V.1 En la fase común**

### **A) NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL**

Como ya se anticipó, el artículo 28.3 LC prohíbe el nombramiento de estas personas especialmente relacionadas con el concursado como administradores concursales, hecho este de sencilla justificación si tenemos en cuenta que el nombramiento y ejercicio de dichas funciones por parte de este tipo de acreedores pudiera realizarse de modo partidista, peligrando no sólo la tutela de los intereses del concurso, sino del resto de acreedores de este.

---

<sup>841</sup> En este sentido advierte SÁNCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3911 que en el más que hipotético caso de que existiera masa activa para satisfacer los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, y existieran más de un crédito calificado por este motivo se atenderán los mismos de modo conjunto y a prorrata entre todos los titulares de dichos créditos al estar todos ellos integrados en el mismo número.

## B) ACCIONES DE REINTEGRACIÓN

Otra consecuencia que la Ley reserva para este tipo de acreedores es la presunción de perjuicio *iuris tantum* del artículo 71.3.1º LC respecto los actos dispositivos a título oneroso realizados por el concursado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas. Esta presunción activa el mecanismo de las acciones de reintegración que atacarán, declarado el concurso, a aquellos actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

## C) EXTINCIÓN DE GARANTÍAS

Quizá la consecuencia más contundente de la subordinación *ex* artículos 92.5 y 93 LC<sup>842</sup> es el recogido en el artículo 97.2 LC, en virtud del cual el acreedor calificado como especialmente relacionado con el deudor verá extinguidas sus garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquel fuera titular, “ordenando en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes”, quedando exceptuados de este supuesto solamente los créditos comprendidos en el número 1 del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural.

La norma contenida en el artículo 97.2 LC afecta a todo tipo de garantías accesorias al crédito o créditos de la persona especialmente relacionada con el concursado, tanto a las personales como a las reales, puesto que la Ley no distingue a estos efectos<sup>843</sup>. En este

---

<sup>842</sup> En opinión de CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al artículo 97 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios...* Vol. I cit., pp. 1120-1121 este precepto es de difícil justificación, puesto que si la condición de acreedores subordinados “determina la inutilidad de la garantía accesoria del crédito” considera que no tiene sentido extinguir y cancelar las garantías sólo para las personas especialmente relacionadas con el concursado, considerando que lo correcto hubiera sido extender esta medida respecto a las garantías accesorias de cualquiera de los créditos subordinados del artículo 92 LC.

<sup>843</sup> CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...* cit., p. 55. También AVILA, A.: “Personas especialmente...” cit., BELTRÁN, E., y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo II cit., p. 2225 sostiene que este artículo comprendía la extinción de todo tipo de garantías y apoya su argumentación no sólo en que la norma no distingue las mismas, sino que además de la lectura del precepto se extraen determinadas consecuencias de esta norma, no siendo la única la restitución posesoria y la cancelación de los registros correspondientes, así como VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentarios al artículo 97 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 763 y FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...* p. 610.

mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia al aseverar que “la cancelación de garantías incluiría las garantías personales y las reales constituidas por terceros -o lo que es lo mismo a estos efectos, constituidas por el concursado, pero que gravan bienes que han pasado a poder de terceros-, de tal forma, que su extinción, beneficiaría exclusivamente a los terceros garantes o titulares de los bienes gravados en perjuicio del concurso<sup>844</sup>”.

El artículo 97.2 LC cuando el sujeto calificado como persona especialmente relacionada con el concursado no impugna en tiempo y forma dicha calificación o cuando el juez dicta resolución negativa sobre la misma, impone *ministerio legis* la extinción de estas garantías para los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado entendiendo que son estas personas las que por la especial vinculación y proximidad que mantienen con el concursado hayan podido servirse precisamente de esa situación para aprovecharse garantizando sus créditos en perjuicio del resto de acreedores<sup>845</sup>.

Sin embargo, si acudimos al artículo 97 LC podríamos apreciar cierta contradicción entre este precepto y el carácter automático de la sanción en los supuestos anteriormente mencionados. Y es que esta situación de indefensión que el automatismo de la norma

---

En contra GARRIDO, J. M.: “Comentario al artículo 97 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1725 para quien este artículo sólo se refería a las garantías reales de cualquier tipo, puesto que ser calificado como persona especialmente relacionada con el concursado no afectaría a las garantías personales que pudieran existir a favor de su crédito. Además, este artículo sólo realizaba alusiones respecto al tratamiento de las garantías reales, por lo que no tendría cabida en el mismo las personales.

<sup>844</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 51/2013, de 20 de febrero (*Tol 3782668*) que en relación a la pérdida de garantías reales manifiesta que <<con antecedentes en el artículo 128 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, el artículo 97.2 de la Ley Concursal dispone que “[s]i el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor no impugnare en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes [...]”. La interpretación rigurosamente literal del precepto transcrito conduce al absurdo ya que no incluye los créditos subordinados cuando el acreedor impugna la calificación en tiempo y forma, aunque su impugnación se desestimase y tampoco incluye los créditos que fuesen calificados como subordinados por la especial relación entre el acreedor y el deudor, a raíz de la impugnación de un tercero o del deudor. Por el contrario, la cancelación de garantías incluiría las garantías personales y las reales constituidas por terceros -o lo que es lo mismo a estos efectos, constituidas por el concursado, pero que gravan bienes que han pasado a poder de terceros-, de tal forma, que su extinción, beneficiaría exclusivamente a los terceros garantes o titulares de los bienes gravados en perjuicio del concurso>>.

<sup>845</sup> SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: “La subordinación de los créditos de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, 2008, p.114 aboga por una postergación de esas garantías en lugar de extinción, pero reconoce la inutilidad práctica de dicha postergación.

pudiera provocar en determinadas personas que verían cómo su crédito queda legalmente postergado, parece que quedaría paliada con el derecho de impugnación, en el plazo de diez días de la lista de acreedores contra la calificación otorgada a partir de su condición de especialmente relacionado estando a lo que determine el juez<sup>846</sup>.

No obstante, y a pesar de que este artículo 97 LC introduciría cierta equidad a lo estipulado en los artículos 92.5º y 93 LC, esta sería más bien una defensa “ilusoria, formal de identidad”<sup>847</sup>, puesto que a pesar de que la norma permite impugnar la calificación crediticia de aquellos acreedores especialmente relacionados con el concursado, lo cierto es que lo único que puede alegarse es el hecho de que no se trata de persona relacionada que no es titular del crédito. Estaríamos ante una auténtica *probatio diabólica*, en cuanto no se admite la causa del crédito como modo de oponerse a dicha calificación<sup>848</sup>, por lo que lo único que pudiera alegarse sería, o bien la no condición de persona especialmente relacionada con el deudor, o bien la no titularidad de dicho crédito.

La extinción de las garantías *ex* artículo 97.2 LC deberá ser dictada por el juez a partir del auto que declarará extinguidas las garantías “de cualquier clase”, entendiendo que dicho auto no tendrá efectos constitutivos, en cuanto el juez no tendrá discrecionalidad en este caso. A pesar de carecer de efectos constitutivos el auto judicial será necesario para proceder a la extinción formal de dichas garantías, pudiendo este ser solicitado por cualquier interesado<sup>849</sup>.

---

<sup>846</sup> En este sentido, véase la sentencia del Tribunal Constitucional número 159/1989, de 6 de octubre (*Tol 81606*).

<sup>847</sup> SASTRE PAPIOL, S: “Los créditos ...” cit., VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal...* Tomo IV cit., p. 3922.

<sup>848</sup> ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 93 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación...* Tomo I cit., p. 936.

<sup>849</sup> En este sentido, ÁVILA, A.: “Personas especialmente...” cit., BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo II cit., pp. 2225-2226 considera el auto del juez obligatorio, aunque con meros efectos declarativos y advierte del vacío legal existente respecto a la ejecución de la garantía frente a un tercero, a diferencia de los bienes del concursado, si bien “la declaración de extinción no puede ser objeto de oposición en la correspondiente ejecución, en la que conforme se establece en la legislación procesal los motivos aparecen tasados, por lo que se configura un nuevo régimen de extinción de las garantías que al margen de las causas ya establecidas en la ley opera de forma exclusiva para el concurso”. Igualmente advierte este autor de la posible colisión entre esta norma y el auto por el que se extingue las garantías y la normativa hipotecaria que requiere una resolución judicial firme que permita la cancelación del registro

Existen diversas justificaciones respecto a la extinción de garantías reguladas en el artículo 97.2 LC. Entendemos que la formalización de dichas garantías a favor de las personas especialmente relacionadas resulta sancionada en cuanto el legislador concursal considera a estas como sujetos que debido a la proximidad que mantienen con el concursado, han podido servirse de dicha proximidad en beneficio propio (así la constitución de garantías) frente al perjuicio causado al resto de acreedores. Esta conducta merecería la sanción referida, evitando la despatrimonialización del concursado al extinguir dichas garantías y quedando disponibles, por tanto, en la masa activa del concurso<sup>850</sup>.

Íntimamente ligada a esta justificación de perjuicio, e igualmente válida, consideramos esta sanción del artículo 97.2 LC como la medida que el ordenamiento jurídico adopta respecto a actuaciones y conductas fraudulentas y contrarias a la buena fe exigida por el artículo 7 Cc, lo que conllevaría, tal y como estipula el comentado artículo de la Ley Concursal, la ineficacia del acto o negocio jurídico formalizado en dichas condiciones<sup>851</sup>. En cualquier caso, la solución aportada por la Ley Concursal a este supuesto es la extinción automática de las garantías, entendiendo que si el fundamento de dicha extinción es el que hemos expuesto anteriormente, no habría duda alguna en admitir que esta medida afecta a todas las

---

practicado. De ahí que este autor reitere el carácter declarativo del auto del juez, siendo el ministerio de la Ley la causa de extinción de la garantía, y entendiendo las garantías extinguidas desde el mismo momento en que deviene firme la lista de acreedores.

En opinión de CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos...* cit., p. 56 aunque el juez omita el trámite de obligada extinción de las garantías, el acreedor subordinado de este tipo nunca podrá ser privilegiado. Del mismo modo, aunque este crédito de persona especialmente relacionada no hubiera sido incluido como tal en la lista de acreedores, considera que siempre podrá impugnarse su condición de privilegiado cuando se proceda a la ejecución (separada en su caso) de este crédito.

<sup>850</sup> Defiende SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: “La subordinación de los créditos...” cit., pp. 113-114 que deberán ser anulados igualmente los contratos de contenido económico equivalente con constitución de garantías, tales como las ventas con pacto de reserva de dominio, los pactos comisorios, etc. “ya que producen el mismo efecto que las garantías explícitas y deben seguir su misma suerte”.

<sup>851</sup> Para ÁVILA, A.: “Personas...” cit., BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia...* Tomo II cit., p. 2225 si bien esta justificación de la buena fe parece ajustarse al fundamento jurídico de la subordinación, no cree que esta sea la justificación subyacente a la extinción de las garantías ex artículo 97.2 LC. Considera que ante un crédito subordinado, el legislador decide la extinción de las garantías, sin más, como un nuevo régimen de extinción de las garantías al margen de las causas establecidas en la Ley y que sólo y exclusivamente opera en el procedimiento concursal.

En opinión de SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: “La subordinación de los créditos...” cit., p. 114 la sanción lógica para este supuesto ex artículo 97.2 LC sería la postergación de las garantías y no su extinción. La sanción radical adoptada por la Ley Concursal, para este autor, “beneficiará a los acreedores ordinarios y favorecerá la disminución de la litigiosidad de los procedimientos concursales”.

garantías que pudieran garantizar los créditos de estas personas especialmente relacionadas y no sólo afectar a unas y no a otras<sup>852</sup>.

A pesar de que el espíritu del legislador ha sido el de dotar a estos créditos subordinados de un antiprivilegio, y así actuar de elemento de desincentivación para la realización de determinadas conductas, es igualmente cierto que ante normas restrictivas de derechos como es la anterior, debemos ser extremadamente cautelosos en su aplicación y extensión.

## **V.2 En la fase de convenio**

Ya apuntado con anterioridad, y con similar fundamento que la prohibición de ser nombrados administradores concursales, la Ley Concursal refuerza el “aislamiento” en la junta de acreedores de estas personas especialmente relacionadas con el concursado a partir de la prohibición que contiene el artículo 118.2 LC y que impide a estos acreedores representar a otros acreedores del concursado en la junta, evitando de ese modo que puedan burlar la calificación crediticia de sus créditos.

Posibilitar la representación a este tipo de acreedores implicaría, no sólo el dotar a los mismos de derecho de voto en junta, sino que estos pudieran, en connivencia con el concursado, decidir el sentido del voto en la junta y con ello la aprobación del convenio.

## **V.3 En fase de liquidación**

La reforma operada por el Real decreto ley 11/2014, de 5 de septiembre, introdujo a partir del artículo 146 bis LC una regulación unificada respecto a la transmisión de unidades productivas que es aplicable respecto a cualquier transmisión que se produzca en sede concursal. Es en este ámbito en el que se determina otra sanción aplicable a las personas especialmente relacionadas con el concursado, ya que el artículo 146 bis LC no reconoce a

---

<sup>852</sup> GARRIDO, J. M.: “Comentario del artículo 97 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario...* Tomo I cit., p. 1725 la pérdida de garantías es la consecuencia lógica de la clasificación de persona especialmente relacionada con el concursado como situación incompatible con la condición de acreedor preferencial.

este tipo de acreedores la exclusión que recoge el párrafo cuarto respecto a la transmisión de unidades productivas.

Con el fin de facilitar la transmisión de la unidad productiva y evitar la liquidación de la misma con las perjudiciales consecuencias que conlleva tanto para el sector empresarial como en definitiva, para el empleo, en dicho artículo se permite que la transmisión de este tipo de unidades productivas no lleve aparejada la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4 LC en relación con la sucesión de empresa.

El legislador entiende que, no excepcionar al acreedor persona especialmente relacionada con el concursado de estas medidas ventajosas para la continuidad de la actividad productiva, pudiendo adquirir dicha unidad productiva este acreedor bien directamente y con fines distintos a garantizar la continuidad pretendida de la unidad productiva, bien indirectamente interviniendo en dicha adquisición como persona interpuesta o testafiero del concursado, quien, de este modo, recuperaría plenamente la misma sin necesidad de pagar sus créditos.

#### **V.4 Acuerdos de homologación judicial**

Si bien ya se indicó que los pasivos de los acreedores subordinados no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de formación del quórum de la junta ni a efectos de las mayorías necesarias para su aprobación, los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado tampoco computarán a efectos de la mayorías requeridas por la disposición adicional cuarta respecto a la homologación de los acuerdos de refinanciación.

## CONCLUSIONES

- I -

Los elementos deuda y responsabilidad son y permanecen indisolubles dentro de la relación jurídica obligatoria, sin perjuicio de su estudio dogmático de modo separado, por lo que la alusión a las obligaciones *naturales* reclama la advertencia inmediata de que no constituyen propiamente supuestos de deuda sin responsabilidad. Deben ser consideradas, si acaso, como un deber social o mejor, como mera 'justa causa' para retener (art. 1901).

- II -

La responsabilidad patrimonial universal ha de verse como la otra cara del poder atribuido al acreedor que le faculta para hacer efectivo su interés obligacional, extrayendo el equivalente del patrimonio de su deudor. Por principio, se halla revestido de un carácter general e inderogable salvo en los casos expresamente previsto por la Ley de limitación de dicha responsabilidad; y sin poder dar al olvido, no ya solo la generalizada mengua temporal resultante del acortamiento del plazo de prescripción de las acciones personales (art. 1964, red. Ley 42/2015), sino asimismo de la exoneración obtenida al amparo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, dictada para modalizar dicha responsabilidad patrimonial universal en los casos de endeudamiento familiar que cumplan los requisitos previstos por la norma. En cualquier caso, entendemos que no puede quedar desvirtuada la finalidad y justificación de dicha responsabilidad en cuanto es un elemento inherente a cualquier relación obligatoria dotando de garantía al acreedor para aquellos supuestos en los que este vea incumplida o insatisfecha su pretensión.

- III -

El ordenamiento jurídico permite que las partes pacten o contraten, bajo determinadas figuras jurídicas, la postergación o subordinación de dichos créditos que les conciernen. Si

bien la finalidad de la asunción de esta subordinación por las partes puede obedecer a diferentes razones, esta posibilidad no resulta conflictiva, en el plano de la autonomía de la voluntad, desde el momento en que no perjudica a ningún otro acreedor; más bien lo contrario, ya que el resto de acreedores en virtud de dicha subordinación podrán ver acrecentadas y mejoradas sus posibilidades de cobro. Tradicionalmente las figuras que han permitido la subordinación convencional han sido los préstamos participativos, así como las financiaciones subordinadas.

- IV -

La Ley Concursal, por contraposición a los créditos contra la masa, instaura una triple clasificación de créditos concursales. Una clasificación que se inicia con los *privilegiados*, sigue con los *ordinarios* y se cierra con los créditos *subordinados*, especificados el artículo 92 de dicha norma, a partir de siete supuestos que no mantienen ningún denominador común al respecto y son llamativamente heterogéneos. La finalidad y resultado alcanzado por esta subordinación deviene, a no dudar, un mecanismo óptimo para favorecer la satisfacción de otro tipo de créditos dignos de una mayor protección según la escala de valores del legislador. Sin embargo, el mecanismo utilizado, sobre todo, en el supuesto de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la automaticidad sobre la que descansa, sin atender a otro tipo de consideraciones, ha ensombrecido el efecto y finalidad pretendidos en relación a esta clasificación crediticia.

- V -

El supuesto de mayor complejidad jurídica y repercusión práctica entre los distintos supuestos de subordinación recogidos en el artículo 92 LC es el que afecta a las personas especialmente relacionadas con el concursado. Estas personas con especial relación son relacionadas en el artículo 93 LC a partir de una lista cerrada que prevé diferentes supuestos dependiendo de si el concursado es una persona física o una persona jurídica.

El legislador extiende sobre estas personas la sospecha de comportamientos y conductas perjudiciales e incluso fraudulentas para el resto de acreedores, por lo que sanciona (con las

excepciones previstas en el artículo 92.5 LC) con la subordinación los créditos de que hayan devenido titulares estas personas, para que no puedan beneficiarse de su situación privilegiada, e incluso actuar en connivencia con el concursado.

En términos generales, la concepción de las personas especialmente relacionadas con el concursado hace alusión a diferentes supuestos que, en términos generales, cuentan o pueden contar con una información cualificada e incluso con la posible influencia sobre el deudor. Sin embargo la generalización de los mismos sin posibilidad de prueba en contrario además de las dudas interpretativas de los mismos conduce, en ocasiones, a situaciones de dudosa justificación y razonabilidad.

- VI -

El amplio círculo de los familiares que son considerados especialmente relacionados con el concursado persona física encuentra su justificación en la proximidad que por razón de parentesco mantienen estas personas con el concursado y en la capacidad de informarse con carácter privilegiado de la situación del concursado, de influir en las decisiones del mismo e incluso en el posible beneficio que de manera indirecta podría conseguir este concursado en el reparto de sus bienes, dentro del procedimiento concursal, entre las personas que forman parte de su ámbito familiar.

Si bien inicialmente la norma sólo contemplaba un listado de familiares y parientes del concursado, dejando sin cubrir la laguna de otros supuestos basados en relaciones profesionales o societarios del deudor, tras la reforma introducida por el Real decreto ley 11/2014, de 5 de septiembre, se amplía el espectro de estas personas con especial vinculación con el concursado persona física incluyendo estos supuestos que quedaban fuera de tal consideración.

- VII -

En el supuesto de los socios con participación relevante en el capital social de la concursada, la Ley Concursal fija un umbral de participación mínima a partir del cual los créditos que dicho socio ostente contra la concursada quedarán postergados por razón de su consideración de persona especialmente relacionada con el concursado. Los socios, por ostentar tal condición, poseen un derecho de información cuyo origen reside en el interés del accionista por conocer la marcha de la sociedad, pero ello no es óbice para considerar que el porcentaje de capital mínimo exigido a estos efectos por la Ley Concursal es exiguo a los efectos pretendidos. La participación significativa fijada por el legislador en el artículo 93.2.1º LC no equivale a contar con capacidad de decisión ni incluso a ejercer una especial influencia sobre la sociedad, aunque en principio sí deba reconocerse que su información respecto a la concursada sería superior a la de cualquier otro acreedor.

Pudiera parecer que, en un intento por rectificar las consecuencias desmesuradas que dicha subordinación automática trajo consigo, la Ley 38/2011, excluyó de la subordinación *ex* artículo 92.5º LC aquellos créditos que titularicen dichos socios y que no ostenten la naturaleza de préstamos o actos de análoga finalidad. Con la distinción realizada cabría pensar que el fundamento de esta subordinación se acercaba más a la sanción por infracapitalización existente en el derecho comparado; sin embargo, ninguna alusión al respecto refiere la norma y el automatismo de la subordinación tampoco favorece tal afirmación, sino que la causa de dicha subordinación habría que buscarla en un conjunto de suposiciones y hechos que llevan al legislador a considerar a los socios que sean titulares de la participación significativa en ella señalada como *insiders*, anudando a esta consideración la calificación de persona especialmente relacionada con el concursado.

- VIII -

La subordinación de los créditos del administrador de la persona jurídica concursada es sin duda el paradigma del grupo de personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a partir de su condición de *insider*. La posición que dentro de la estructura

de la persona jurídica ostenta el administrador implica necesariamente la necesidad de contar con toda la documentación e información precisa para adoptar las decisiones más adecuadas por razón de su cargo. Por este motivo, el binomio ‘administrador social-acreedor’ conlleva el conocimiento e incluso la tenencia de información sensible de la concursada que provoca inexcusablemente una información desigual respecto al resto de acreedores de la concursada, desequilibrio este que ante la posible utilización del mismo en beneficio del acreedor-administrador y en perjuicio del resto de acreedores provoca la reacción del ordenamiento jurídico con la consecuente subordinación de sus créditos.

En aras a evitar el perjuicio que por su condición pudiera derivarse para el resto de acreedores, el legislador decide subordinar todos los créditos de quienes ostenten las funciones y facultades de los administradores sociales, resultando, por esta misma justificación, subordinados los créditos que los administradores de hecho, o los liquidadores, tanto de derecho como de hecho puedan ostentar frente al concursado persona jurídica.

- IX -

La condición de persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica de los “apoderados generales de la empresa” se extiende no sólo a estos, sino a quien igualmente ostente dicho apoderamiento respecto a una persona jurídica, en cuanto no existe razón para excluir de dicha condición a los apoderados de quienes no han sido constituidos como empresas (así, asociaciones y fundaciones).

El legislador considera a estos apoderados generales, gerentes o directores generales como aquellas personas vinculadas a la persona jurídica a partir de una relación laboral (especial o general) que ocupan una posición directiva lo suficientemente relevante como para que sin ostentar la representación orgánica de la misma, y diferenciándose por este hecho del administrador de hecho desempeñen funciones de gerencia. Su posición directiva conllevará inexcusablemente al acceso a información sensible y privilegiada de la

concurrada e incluso a la posibilidad de influir en esta, a diferencia del resto de la masa de acreedores.

No obstante lo anterior, entendemos que si bien pudiera ser considerado un *insider* a partir de la posición jerárquica que mantiene en la persona jurídica, lo cierto es que no debemos olvidar que este apoderado general no ostenta representación orgánica de la persona jurídica, pudiendo resultar un tanto excesivo la subordinación de sus créditos en cuanto por definición y en puridad, a diferencia del administrador de hecho o de derecho, no ejerce la actividad encomendada con total independencia o autonomía de decisión.

- X -

Ha habido que esperar hasta el año 2011 para que la Ley Concursal contara con una definición o delimitación del concepto de grupo de sociedades, ya que si bien era una expresión empleada en reiteradas ocasiones en la misma, ninguna aclaración al respecto se establecía. La Ley 38/2011 remite al artículo 42.1 del Código de comercio a los efectos de determinar un concepto de grupo de sociedades en la Ley Concursal, entendiéndose que, si bien no ha sido la mejor opción entre las posibles, ha servido, al menos para dotar de seguridad jurídica la norma concursal.

Esta remisión al Código de comercio conlleva la servidumbre de no contar con un concepto jurídico propio de grupo de sociedades, debiendo en consecuencia asumir la redacción y el criterio que en cada momento pueda recoger el referido cuerpo legal. Debido a la actual redacción de dicho artículo 42.1 Ccom, quedarían incluidos dentro de este supuesto del artículo 93.2.3º LC los grupos verticales, entendiéndose a tal efecto la existencia de una posición de control *stricto sensu* o el cumplimiento a tal efecto de las presunciones establecidas en el referido artículo 42 Ccom, siendo el momento determinante para la calificación del crédito el del nacimiento del crédito con el límite de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

No obstante lo anterior, el artículo 93.2.3º no sólo subordina los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso, sino que además

incluye dentro de este supuesto a los controvertidos ‘socios comunes’, entendiendo como tal a quienes ostenten la participación significativa referida en el precepto en la concursada y en otra sociedad del grupo, entendiendo que esta interpretación es la que más se ajustaría al tenor literal del precepto, a pesar de las luces y sombras que la misma contiene.

- XI -

El único supuesto dentro del artículo 93 LC que contempla la especial vinculación a la persona del concursado como una presunción que admite prueba en contrario y no como una presunción *iuris et de iure* es el de los cesionarios o adjudicatarios de los créditos pertenecientes a cualquiera de las personas especialmente relacionadas con el concursado enumeradas en los supuestos del artículo 93 LC. Se trata de una cláusula de cierre a partir de la cual se pretende evitar que, a partir de la cesión de un crédito a un tercero estas personas especialmente relacionadas con el concursado, alteren o modifiquen el régimen de subordinación que por su condición les correspondería. La norma impide que quien ha actuado a partir de una posición de *insider* pueda burlar la calificación que correspondería a su crédito cediéndolo a un tercero que actúa en connivencia con él y perjudicando al resto de acreedores con dicha conducta.

La presunción establecida en este supuesto permite al cesionario impugnar su consideración de persona especialmente relacionada a partir de la impugnación de dicha calificación probando que no adquirió el crédito a sabiendas de la condición especial de su titular, habiendo adquirido dicho crédito en condiciones de mercado, sin obtener ventaja alguna en la cesión.

Si bien, en otros supuestos del artículo 93 LC hemos defendido la posibilidad de ejercitar acciones rescisorias frente a la subordinación automática operada por el artículo 92.5 LC, entendemos acertada la inclusión de este supuesto del artículo 93.3 LC en cuanto aquellas rescinden tan sólo los actos perjudiciales para los acreedores realizados por el deudor en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso, y no los realizados por una persona diferente a él.

El pago de los créditos subordinados en la fase de liquidación, no se producirá hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los acreedores ordinarios y los privilegiados. No obstante lo anterior, la Ley Concursal anuda a dicha calificación no sólo la postergación en el pago de dichos créditos, sino también determinadas prohibiciones y restricciones que por su condición de créditos concursales ostentarían. Por este motivo, entre otras consecuencias previstas para esta calificación se determina la prohibición del derecho de voto en la junta de acreedores, así como la imposibilidad de presentar propuestas de convenio convencionales o anticipadas o de adherirse igualmente a las mismas debido a su calificación crediticia.

No obstante lo anterior, sí podrán instar la declaración del incumplimiento del convenio e incluso oponerse al mismo en el bien entendido de que los créditos subordinados son una categoría de créditos concursales dignos de una menor protección por parte de la norma concursal, pero, en definitiva, se trata de créditos concursales que mantendrán los derechos inherentes a los mismos que no hayan sido restringidos por la Ley Concursal.

Respecto a los créditos subordinados de las personas calificadas como especialmente relacionadas con el concursado, el legislador, con una intención disuasoria ha intensificado las consecuencias de dicha calificación al extender sobre ellos la sospecha de un comportamiento perjudicial e incluso fraudulento respecto al resto de acreedores de la masa.

## ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y DE LA DGRN

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 164/1995, de 13 de noviembre (*Tol 82901*)

STC 159/1989, de 6 de octubre (*Tol 81606*)

STC 239/1988, de 14 de diciembre (*Tol 80086*)

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### SALA PRIMERA:

STS 261/2015, de 13 de enero (*Tol 5003817*)

STS 772/2014, de 12 de enero de 2015 (*Tol 4717418*)

STS 770/2014, de 12 de enero de 2015 (*Tol 4742240*)

STS 739/2014, de 29 de diciembre de 2014 (*Tol 4654750*)

STS 650/2014, de 27 de noviembre (*Tol 4592257*)

STS 458/2014, de 8 de septiembre (*Tol 4522484*)

STS 429/2014, de 17 de julio (*Tol 4469488*)

STS 100/2014, de 30 de abril (*Tol 4331151*)

STS 104/2014, de 20 de febrero (*Tol 4142537*)

STS 840/2013, de 20 de enero de 2014 (*Tol 4103965*).

STS 628/2013, de 28 de octubre (*Tol 4014659*)

STS 510/2013, de 25 de julio (*Tol 3887898*)

STS 505/2013, de 24 de julio (*Tol 3887802*)

STS 411/2013, de 25 de junio (*Tol 3845919*)

STS 51/2013, de 20 de febrero (*Tol 3782668*)

STS 50/2013, de 19 de febrero (*Tol 3248755*)

STS 723/2012, de 7 de diciembre (*Tol 2714943*)

STS 721/2012, de 4 de diciembre (*Tol 3406269*)

STS 317/2012, de 25 de mayo (*Tol 2557931*)

STS 145/2012, de 21 de marzo (*Tol 2565568*).

STS 161/2012, de 21 de marzo (*Tol 2494319*).

STS 56/2012, de 24 de febrero (*Tol 2482651*).

STS 939/2011, de 22 de diciembre (*Tol 2387872*)

STS 830/2011, de 24 de noviembre (*Tol 2299608*)

STS 750/2011, de 25 de octubre (*Tol 2278806*)

STS 664/2011, de 10 de octubre (*Tol 2260687*)

STS 566/2011, de 13 de julio de 2011 (*Tol 2232889*)

STS 504/2011, de 1 de julio (*Tol 2188450*).

STS 316/2011, de 13 de mayo (*Tol 2161818*).

STS 229/2011, de 11 de abril (*Tol 2088736*)

STS 256/2011, de 11 de abril (*Tol 2092135*).

STS 56/2011, de 23 de febrero (*Tol 2063687*)  
STS 10/2011, de 31 de enero (*Tol 2046238*).  
STS 662/2010, de 27 de octubre (*Tol 1982638*)  
STS 740/2010, de 24 de noviembre (*Tol 2056658*)  
STS 573/2010, de 30 de septiembre (*Tol 1972357*)  
STS 586/2010, de 29 de septiembre (*Tol 1962062*)  
STS 564/2010, de 29 de septiembre (*Tol 1993323*)  
STS 548/2010, de 16 de septiembre (*Tol 1981027*)  
STS 864/2010, de 19 de enero (*Tol 1790759*)  
STS 802/2009, de 10 de diciembre (*Tol 1748161*)  
STS 805/2009, de 10 de diciembre (*Tol 1762165*).  
STS 589/2009, de 20 de septiembre (*Tol 1723164*)  
STS 492/2009, de fecha 22 de junio (*Tol 1560757*)  
STS 240/2009, de 14 de abril (*Tol 1509932*)  
STS 236/2009, de 14 de abril (*Tol 1494525*).  
STS 211/2009, de 26 de marzo (*Tol 1485173*)  
STS 58/2009, de 11 de febrero (*Tol 1448811*)  
STS 79/2009, de 4 de febrero (*Tol 1459608*)  
STS 1231/2009, de 21 de enero (*Tol 1438950*)  
STS 1232/2009, de 21 de enero (*Tol 1438949*)  
STS 895/2008, de 3 de octubre (*Tol 1386045*)  
STS 778/2008, de 12 de septiembre (*Tol 1371326*)  
STS 409/2008, de 14 de mayo (*Tol 1331065*)  
STS 362/2008, de 7 de mayo (*Tol 1331047*).  
STS 206/2008, de 14 de marzo (*Tol 1353163*)  
STS 55/2008, de 8 de febrero (*Tol 1370057*)  
STS 1002/2007, de 28 de septiembre (*Tol 1153279*)  
STS 501/2007, de 7 de mayo (*Tol 1081760*),  
STS 261/2007, de 14 de marzo (*Tol 1059041*)  
STS 27 de marzo de 2007 (núm. rec. 2081/2000, *Tol 1053709*)  
STS 1280/2006, de 19 de diciembre (*Tol 1025098*)  
STS 668/2006, de 16 de junio (*Tol 961842*)  
STS 314/2006, de 23 de marzo (*Tol 866950*)  
STS 885/2005, de 7 de noviembre (*Tol 759120*)  
STS 628/2005, de 29 de julio (*Tol 703336*)  
STS 375/2005, de 25 de mayo (*Tol 656571*)  
STS 266/2004, de 2 de abril (*Tol 554943*)  
STS 222/2004, de 22 de marzo (*Tol 365381*)  
STS 531/2002, de 31 de mayo (*Tol 4975664*)  
STS 998/2001, de 29 de octubre (*Tol 3265941*)  
STS 828/2001, de 24 de septiembre (*Tol 4974638*)  
STS 803/2001, de 30 de julio (*Tol 4974691*)  
STS 509/1999, de 7 de junio (*Tol 5121047*)  
STS 679/1998, de 10 de julio (*Tol 5156882*)  
STS 552/1998, de 8 de junio (*Tol 5119993*)  
STS 486/1998, de 26 de mayo (*Tol 5120010*)  
STS 288/1998, de 31 de marzo (*Tol 5157390*)

ATS de 10 de febrero de 1998 (*Tol 439584*)  
STS 1083/1996, de 12 de diciembre (*Tol 1658730*)  
STS 356/1993, de 12 de abril (*Tol 1655879*).  
STS 1094/1992, de 4 de diciembre (*Tol 1655407*)  
STS 191/1992, de 7 de marzo (*Tol 1654772*)  
STS 539/1985, de 25 de septiembre (*Tol 1736812*)  
STS, Sala tercera, 27 de octubre 1997 (núm. rec. 4354/1994, *Tol 5149405*)  
STS 198/1986, de 1 de abril (*Tol 1733418*)  
STS 539/1985, de 25 de septiembre de 1985 (*Tol 1736812*)  
STS 959/1977, 3 de marzo (*Tol 4247620*)  
STS 22 de octubre de 1974 (*Tol 4253383*)  
STS 17 de octubre de 1932 (*Tol 5028149*)

#### OTRAS SALAS

STS Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2014 (num. rec. 1158/2013, *Tol 4538551*)  
STS Sala de lo Social, de 30 de enero de 2014 (núm. rec. 991/2012, *Tol 4184084*)  
STS Sala Segunda 59/2007, de 26 de enero (*Tol 1036584*)  
STS Sala Tercera, de 27 octubre de 1997 (núm. rec. 4354/1994, *Tol 5149405*)

#### SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

SAN de 6 de marzo de 2014 (núm. rec. 121/2011, *Tol 4142750*)

#### SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

##### AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA

SAP 79/2014, de 25 de marzo (*Tol 4484714*).

##### AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE

SAP 90/2012, de 30 de marzo (*Tol 2508899*).

##### AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SAP 196/2009, de 7 de mayo (*Tol 1563216*).

##### AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS

SAP 33/2014, de 3 de febrero (*Tol 4187178*)  
SAP 74/2013, de 15 de marzo (*Tol 3406190*).  
SAP 367/2012, de 1 de octubre (*Tol 2686594*)  
SAP 105/2012 de 28 de febrero (*Tol 2490923*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ

SAP 7/2011, de 18 de enero (*Tol 2074958*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES

SAP 161/2013, de 17 de abril (*Tol 3753977*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SAP 170/2015, de 30 de junio (*Tol 5415710*)  
SAP 449/2013, de 11 de diciembre (*Tol 4073969*)  
SAP 11/2013, de 16 de enero (*Tol 3168354*)  
SAP 346/2012, de 24 de octubre (*Tol 3238987*)  
SAP 313/2012, de 4 de octubre (*Tol 2706864*)  
SAP 384/2011, de 4 de octubre (*Tol 4616239*).  
SAP 80/2011, de 24 de febrero (*Tol 2260146*)  
SAP 297/2010, de 5 de octubre (*Tol 1986782*)  
SAP 247/2009, de 15 de julio (*Tol 1650938*)  
SAP 229/2009, de 6 de julio (*Tol 1758409*)  
SAP 171/2009, de 15 de mayo (*Tol 1604254*).  
SAP 434/2008, de 28 de noviembre (*Tol 1467425*)  
SAP 189/2008, de 23 de mayo (*Tol 1356741*)  
SAP 159/2008, de 5 de mayo (*Tol 1356754*)  
SAP 366/2007, de 4 de julio (*Tol 1143586*)  
SAP de 6 de noviembre de 2006 (núm. rec. 449/2006, *Tol 1112066*)  
SAP de 29 de junio de 2006 (núm. rec. 799/2005, *Tol 1053574*)  
SAP 197/2006, de 20 de abril (*Tol 1009930*)  
SAP 8/2006, de 19 de enero (*Tol 964423*).  
SAP 115/2005, de 9 de marzo (*Tol 5164588*)  
SAP 115/2005, de 9 de marzo (*Tol 638012*)  
SAP 14/2005, de 24 de enero de 2005 (*Tol 632072*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES

SAP 106/2014, de 30 de abril (*Tol 4358983*)  
SAP 72/2014, de 12 de marzo (*Tol 4146591*)  
SAP 492/2012, de 21 de noviembre (*Tol 2711292*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

SAP 132/2014, de 3 de marzo (*Tol 4225899*)

#### AUDIENCIA CASTELLÓN

SAP 66/2012, de 9 de febrero (*Tol 2532736*)  
SAP 53/2012, de 1 de febrero (*Tol 2533014*)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL

SAP 218/2015, 11 de marzo (*Tol 4841269*).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA

SAP 283/2014, de 20 de junio (*Tol 4470158*)

SAP 5/2014, de 16 de enero (*Tol 5382012*).

SAP 130/2013, de 30 de mayo (*Tol 4043429*).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA

SAP 25/2014, de 28 de enero de (*Tol 4112169*)

SAP 322/2012, de 27 de julio (*Tol 2619191*).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA

SAP 74/2013, de 20 de junio (*Tol 3943475*).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN

SAP 178/2014, de 30 de abril (*Tol 4442310*)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA CORUÑA

SAP 133/2012, de 26 de marzo (*Tol 2506023*)

SAP 551/2011, de 22 de diciembre (*Tol 2368093*).

SAP 312/2011, de 6 de julio (*Tol 2224336*)

SAP 582/2010, de 29 de diciembre (*Tol 2079165*)

SAP 559/2010, de 29 de diciembre (*Tol 2079165*)

SAP 313/2009, de 26 de junio (*Tol 1603009*)

SAP 75/2008, de 12 de febrero (*Tol 1376443*)

SAP 100/2006, de 26 de junio (*Tol 991987*)

SAP 237/2006, de 16 de mayo (*Tol 963362*)

SAP de 17 de enero de 2000 (*Tol 244139*)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS

SAP 16/2015, de 21 de enero (*Tol 4757738*)

SAP 470/2012, de 21 de noviembre (*Tol 2733062*)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA

SAP 1/2011, de 5 de enero (*Tol 2073539*)

SAP 504/2010, de 27 de diciembre (*Tol 2077446*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN

SAP 134/2012, de 27 de marzo (*Tol 2507576*)  
SAP 355/2009, de 18 de junio (*Tol 1582040*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO

SAP 73/2012, de 26 de enero (*Tol 2443242*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SAP 12/2015, de 16 de enero de 2015 (*Tol 4754542*).  
SAP de 17 de enero de 2014 (núm. rec. 671/2012, *Tol 4085258*)  
SAP de 16 de enero de 2014 (núm. rec. 401/2012, *Tol 4120501*)  
SAP 60/2013, de 25 de febrero (*Tol 3538343*)  
SAP 47/2013, de 15 de febrero (*Tol 3414481*)  
SAP 384/2012, de 7 de diciembre (*Tol 3005807*)  
SAP 342/2012, de 5 de noviembre (*Tol 2693462*).  
SAP 58/2011, de 4 de marzo (*Tol 2179457*)  
SAP 57/2011, de 4 de marzo (*Tol 2101567*)  
SAP 261/2010, de 26 de noviembre (*Tol 2044819*).  
SAP 108/2009, de 30 de abril (*Tol 1726098*).  
SAP 111/2008, de 8 de mayo (*Tol 4173310*).

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SAP 213/2015, de 23 de abril (*Tol 5008378*)  
SAP 4/2011, de 7 de enero (*Tol 2070972*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

AAP 111//2010, de 17 de diciembre (*Tol 2397293*)  
SAP 188/2008, de 18 de noviembre (*Tol 1546890*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA

SAP 163/2013, de 4 de abril de 2013 (*Tol 3660221*).  
SAP 66/2013, de 5 de febrero (*Tol 3530094*).  
SAP 344/2012, de 15 de junio (*Tol 2597291*)  
SAP 137/2011, de 15 de marzo (*Tol 2105315*)  
SAP 183/2010, de 25 de marzo (*Tol 5280495*).  
SAP 624/2009, de 17 de diciembre (*Tol 1841853*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA

SAP 392/2013, de 27 de noviembre (*Tol 4039053*).  
SAP 695/2012, de 28 de diciembre (*Tol 3009979*)

SAP 345/2012, de 20 de junio (*Tol 2589591*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

SAP 393/2013, de 29 de julio (*Tol 3960362*)

SAP 37/2013, de 31 de enero (*Tol 3960227*).

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA

SAP 344/2013, de 24 de septiembre (*Tol 4004749*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SAP 107/2008, de 14 marzo (*Tol 1394782*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA

SAP 71/2013, de 21 de febrero (*Tol 3762897*)

SAP 441/2012, de 10 de diciembre (*Tol 3661560*)

SAP 288/2010 de 14 de octubre (*Tol 2028894*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

SAP 221/2012, de 19 de junio (*Tol 2587681*).

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA

SAP 487/2013, de 17 de septiembre (*Tol 4318622*)

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

SAP 136/2015, de 30 de marzo (*Tol 4841953*).

SAP 211/2013, de de 4 de junio (*Tol 3864328*)

SAP 643/2012, de 11 de diciembre (*Tol 3662411*)

SAP 551/2011, de 5 de octubre (*Tol 2265281*)

SAP 85/2011, de 7 de febrero (*Tol 2160844*)

SAP 375/2006, de 16 de junio (*Tol 1016111*)

#### **JUZGADOS DE LO MERCANTIL**

AJM Barcelona núm. 3, de 24 de enero de 2014 (núm. rec. 40/2014, *Tol 4137579*)

SJ de Primera Instancia núm. 84 de Madrid 60/2014, de 17 de marzo (*Tol 4277919*).

SJM Madrid núm. 5, de 3 de junio de 2014 (*Tol 4501732*)

SJM Madrid, núm. 6, de 12 de mayo de 2014 (núm. rec. 762/2013, *Tol 4482372*)

SJM Málaga núm. 1, de 16 de abril de 2014 (núm. rec. 947660/2009, *Tol 4493542*)

SJM Barcelona núm. 3, de 24 de enero de 2014 (núm. rec. 40/2014, *Tol 4137579*)  
SJM Madrid, núm. 6, de 23 de diciembre de 2013 (núm. rec. 774/2012, *Tol 4184387*)  
SJM Madrid núm. 8, de 12 de noviembre de 2013 (núm. rec. 304/2012, *Tol 4022974*)  
SJ Primera Instancia núm. 1 de Valencia 127/2013, de 17 de junio (*Tol 3914656*)  
SJM Madrid núm. 6, de 18 de febrero de 2013 (núm. rec. 810/2012, *Tol 3538537*)  
SJM de San Sebastián 393/2012, de 24 de septiembre (*Tol 3249310*)  
AJM de Granada 254/2011 de 30 de septiembre (*Tol 2248415*)  
SJM Madrid núm. 6, 260/2011, de 28 de julio (*Tol 2242745*)  
SJM Las Palmas de Gran Canaria número 1, 136/2011, de 18 de julio (*Tol 2200778*)  
SJM Oviedo núm. 1, de 25 de mayo de 2011 (núm. rec. 273/2009, *Tol 2265487*)  
SJM Málaga núm. 1, 160/2011, de fecha 7 de abril (*Tol 2236078*).  
SJM Málaga núm. 2, de 8 de noviembre de 2010 (núm. rec. 338/2009, *Tol 3239754*)  
SJM de Bilbao núm. 1, 406/2009, de 11 de junio (*Tol 1569235*)  
SJM Málaga núm. 1, de 2 de abril de 2009 (núm. rec. 345/2007, *Tol 1553878*)  
SJM de Bilbao 595/2007, de 19 de diciembre (*Tol 1234160*).  
SJM Oviedo núm. 1, 162/2007, de 3 de septiembre (*Tol 1254419*)  
SJM Madrid núm. 1, de 24 de julio de 2007 (núm. rec. 43/2004, *Tol 1986909*)  
SJM Alicante núm. 1, 9/2007, de 3 de enero (*Tol 5266808*)  
SJM Oviedo núm. 1, 210/2006, de 15 de diciembre (*Tol 1078056*)  
SJM Bilbao núm. 1, 319/2006, de 14 de julio (*Tol 1052091*)  
SJM Bilbao núm. 1, 222/2006, de fecha 17 de mayo (*Tol 962483*).  
SJM Sevilla núm. 1, 62/2005, de 14 de julio (*Tol 737196*)  
SJM Sevilla núm. 1, 65/2005, de 14 de julio (*Tol 951739*)  
SJM Madrid núm. 1, de 5 de julio de 2005 (núm. incidente 116/2005, *Tol 5388740*)  
SJM de Oviedo 32/2005, de 14 de junio (*Tol 5271267*)  
SJM de Oviedo núm. 1, 30/2005, de 8 de junio (*Tol 5388905*)  
SJM de Palma de Mallorca 284/2007, de 5 de diciembre de 2007 (*Tol 1258379*)

#### **RESOLUCIONES DE LA DGRN**

R. de 24 de junio de 1968  
R. de 24 de mayo de 1974  
R. de 12 de mayo de 1978  
R. de 30 de diciembre de 1996 (publicada el 7 de febrero de 1997, *Tol 223710*)  
R. de 3 de abril de 1998 (publicada el 5 de mayo de 1998, *Tol 132429*)  
R. de 24 de noviembre de 1998 (publicada el 8 de enero de 1999, *Tol 132848*)  
R. de 15 de febrero de 1999 (publicada el 11 de marzo de 1999, *Tol 132783*).

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.

ALBALADEJO, M. (Dtor.): *Comentarios al Código civil y Comulaciones Forales* Tomo XXII, Vol. 1 (artículos 1740 a 1808) Edersa, Madrid, 1982.

ALCOVER GARAU, G.: “Comentarios al artículo 71 y 103 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación concursal* Tomo I y II, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

ALCOVER GARAU, G.: “Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal”, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Ed. Dilex, Madrid, 2003.

ALEMAN Y EGUIDAZU, J.: “Subordinación contractual y subordinación concursal”, *La Ley*, núm. 6004, de 26 de abril de 2004.

ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Ed. Dilex, Madrid, 2003.

ALONSO LEDESMA, C.: “Comentarios al artículo 89, 92 y 93 de la Ley Concursal”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación concursal* Tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

ALONSO LEDESMA, C.: “La reforma propuesta. Preferencias entre créditos respecto de los buques. Hipoteca naval”, en COLLADO NUÑO, M. J. (Dtor.): *Novedades en la concurrencia y prelación de créditos*. Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2008.

ALONSO LEDESMA, C.: “La reforma en materia de subordinación crediticia”, *Revista de derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009.

ALONSO LEDESMA, C.: “La clasificación de los créditos”, en Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal español (7-11 octubre 2002), *Registro de economistas forenses*, núm. 5, [documento disponible en <[refor.economistas.es/wp-content/uploads/sites/6/2011/03/document5.pdf](http://refor.economistas.es/wp-content/uploads/sites/6/2011/03/document5.pdf)>].

ALONSO LEDESMA, C.: “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos”, en PULGAR EZQUERRA, J. (Dtor.): *El concurso de acreedores*, La Ley, 1ª edición, Madrid, 2012.

ARIAS VARONA, F. J. (Dtor.): *Conservación y empresas en crisis*, La Ley, Monografía núm. 17, Madrid, 2013.

ARIAS VARONA, F. J.: “¿Cuál es la posición de los titulares de créditos garantizados por sujetos especialmente relacionadas con el deudor?”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 2, 2005.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de derecho de obligaciones*. Volumen I, Civitas, Madrid, 2000.

ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A.: “Propuesta anticipada de convenio“, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia de derecho concursal* Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2012.

AVILA DE LA TORRE, A.: “La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

ÁVILA, A.: “Los créditos subordinados”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2012.

ÁVILA, A.: “Personas especialmente relacionadas”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2012.

AVILA DE LA TORRE, A.: “Los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *Revista del Registro de economistas forenses*, núm. 21, 2007.

AVILA, A.: “Comentario del artículo 151 LSC”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* Tomo I, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2011.

BADENAS CARPIO, J. M. y BOLDÓ RODA, C.: “Comentarios del artículo 59 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley Concursal* Vol. 1, Tecnos, Madrid, 2005.

BERMEJO GUTIERREZ, N: *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: “Comentarios al artículo 87 LC”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *La obligación*, Edersa, Madrid, 1989.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: “La responsabilidad patrimonial universal”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, Civitas, Madrid, 1996.

BELTRÁN DE HEREDIA, P.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1990.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Créditos concursales y créditos contra la masa”, en VV.AA.: *La nueva Ley Concursal*, Estudios de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

BELTRÁN, E.: *Las deudas de la masa*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, Cometa, Zaragoza, 1986.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Comentarios al artículo 84 LC”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

BELTRÁN, E.: “Créditos contra la masa”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2012.

BELTRÁN, E.: “Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada”, en SARCINA, A. y GARCÍA-CRUCES, J. A.: *Il trattamento giuridico della crisi d’impresa*, Cacucci Editore, Bari, 2008.

BELTRÁN SANCHEZ, E.: “La reforma de la Ley Concursal español (Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo), *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, núm. 6, 2009.

BELTRÁN, E.: “Comentarios al artículo 375, 379, 376 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital Tomo II*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2011.

BELTRÁN, E.: *La disolución de la sociedad anónima*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

BELTRÁN, E.: “Auxiliares del empresario”, VV.AA.: *Enciclopedia jurídica básica*, Tomo I, ed. Civitas, Madrid, 1995.

BELTRÁN, E., ORDUÑA, F.J., CAMPUZANO, A.B.: *Curso de derecho privado*, 14ª ed., Tirant lo Blanch Valencia, 2011.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), BARBA DE VEGA, J. J., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. A.: *La sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Navarra, 1998.

BISBAL MÉNDEZ, J.: “La insoportable levedad del Derecho concursal”, *Iuris: Quaderns de política jurídica*, núm. 3, 1994.

BLASCO GASCÓ, F.P.: “Concepto y fuentes de las obligaciones”, en VALPUESTA, M.R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BLASCO GASCÓ, F. P.: *El pago a los acreedores concursales*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010.

BLASCO GASCÓ, F. de P.: “La fase de liquidación concursal”, en GARNICA MARTÍN, J. F.: *La nueva Ley Concursal*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid 2004.

BROSETA PONT, M.: “Régimen de los préstamos participativos”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 14, 1984.

BUSTOS CONTELL, E.: “Efecto del préstamo participativo en las variables empresariales más representativas”, en:

<[www.cegea.upv.es/congresos\\_y\\_jornadas/2007\\_Empresa\\_y\\_Sociedad/cd/182b.pdf](http://www.cegea.upv.es/congresos_y_jornadas/2007_Empresa_y_Sociedad/cd/182b.pdf)>

CAMPUZANO, A. B.: “Comentarios al artículo 93 LC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital Tomo I*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2011.

CAPILLA RONCERO, F.: *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación universitaria de Jerez, Cádiz, 1988.

CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004.

CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010.

CARRASCO PERERA, A.: “Nueva vuelta legislativa a la subordinación concursal de los créditos en poder de la SAREB”, *Noticias Breves*, diciembre 2013 de Gómez-Acebo & Pombo.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil común y foral*, Tomo 3, 17ª edición, revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO, Editorial Reus, Madrid, 2008.

CERDÁ, F.: “La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

CERVERA MARTÍNEZ, M.: “Los créditos contra la masa”, en CAMPUZANO LAGUILLO, A. B y SANJUÁN, E. (Dtores.): *El Derecho de la insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CLIMENT SERRANO, S.: “La reestructuración del sistema bancario español tras la crisis y la solvencia de las entidades financieras. Consecuencias para las cajas de ahorros”, *Revista de Contabilidad*, vol. 16, junio-septiembre 2013.

COLINO MEDIAVILLA, J. L.: *Créditos participativos y concurso de acreedores*, La Ley, Monografía núm. 12, Madrid, 2010.

COLINO MEDIAVILLA, J. L.: “Préstamo participativo” en SEQUEIRA, A., GADEA, E. y SACRISTÁN, F.: *La contratación bancaria*, 2007, en: [www.ucm.es/eprints](http://www.ucm.es/eprints).

CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al artículo 1911 Cc”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dtor.): *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CORDERO LOBATO, E.: “Comentarios al artículo 87, 89, 90, 92, 93 y 97 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2004.

CORDÓN F.: “Comentario del artículo 106 y 108 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2010.

CRUZ PADIAL, I.: “Valor normativo de las resoluciones del ICAC: puntualizaciones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 8, 1998.

CURTO, M. M.: “Comentarios al artículo 190 LSC”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* Tomo I, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: “La responsabilidad patrimonial y la acción pauliana”, *Revista de Derecho Privado*, 1932.

DE EIZAGUIRRE, J. M.: *Derecho mercantil*, 4ª ed. Thomson Civitas, Madrid, 2005.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: *Los acuerdos de refinanciación*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015.

DÍAZ MARTÍNEZ, M.: *El proceso concursal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

- DÍAZ MORENO, A.: “Comentario del artículo 128 LC”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- DÍAZ MORENO, A.: “Comentarios al artículo 16 y 14 LSC”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* Tomo I, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial II*, 6ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de derecho civil, Vol. I/2*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- DÍEZ SOTO, C. M.: *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Ed. Reus, Madrid, 2006.
- DUQUE J. F.: “El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal”, en G. VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para al reforma concursal*, Ed. Dilex, Madrid, 2003.
- EMBED IRUJO, J. M.: “Grupo de sociedades y derecho concursal”, VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- EMBED IRUJO, J. M.: “Los grupos de sociedades en el derecho comunitaria y español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 599, 1990.
- EMBED IRUJO, J. M.: “Grupos de sociedades”, en VV.AA.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1995.
- EMBED IRUJO, J. M.: “La protección de la minoría en los grupos de sociedades (El punto de vista del derecho español)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 214, 1994.
- ENCISO MUNTAÑER, M.: “El convenio de acreedores”, NIETO DELGADO, C. (Coord.): *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ESTEBAN VELASCO, G.: “Comentario al artículo 234 LSC”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* Tomo I, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2011.
- FERNANDEZ DEL POZO, L.: *Las participaciones preferentes: un híbrido financiero sjupletorio del capital social*, Civitas, Navarra, Civitas, 2005.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento de los recursos propios*, Marcial Pons, 1992.
- FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos subordinados*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- FERRÉ FALCÓN, J.: “Los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34, 2015.
- FERRÉ FALCON, J.: “El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal”, en VV.AA.: *Estudios sobre la nueva Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: “Reintegración del patrimonio del concursado”, *Anales de Derecho*, núm. 25, 2007.
- FLORES DOÑA, M. S.: *Participaciones significativas en sociedades anónimas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- FLORES DOÑA, M. S.: “Los distintos contenidos y efectos del concepto de participación significativa”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 22, 2004.
- FUENTES NAHARRO, M., SÁNCHEZ-CALERO, J.: “El concepto estricto de grupo en la LC (a propósito de las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial de Tarragona de 24 de septiembre de 2013 y de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de diciembre de 2013)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, 2014.
- FUENTES NAHARRO, M.: “Sobre la subordinación de créditos a los socios del grupo (SJM 2 Madrid 13 de enero de 2012)”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, 2013.
- FUENTES NAHARRO, M.: “La subordinación de créditos de las sociedades del mismo grupo y de sus socios comunes (ámbito subjetivo y aplicación temporal del artículo 93.2.3º LC)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 132, 2013.
- GADEA SOLER, E.: “Comentarios al artículo 68 y 69 Ley Concursal”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación concursal* Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004.
- GALLEGO, E.: “Comentario al artículo 215, 223 LSC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* Tomo I, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2011.
- GARCÍA CRUCES, J. A.: “La reactivación de la sociedad”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Disolución y liquidación de entidades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2009, en: [http://www.unizar.es/derecho\\_concursal/publicaciones/Reactivacion\\_sociedad](http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/Reactivacion_sociedad)
- GARCÍA-CRUCES, J. A.: “Administradores sociales y administradores de hecho”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Sánchez Andrés*, en: [www.unizar.es/derecho\\_concursal/publicaciones/HomenajeSnchezAndres.pdf](http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/HomenajeSnchezAndres.pdf)
- GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Los préstamos participativos y la deuda subordinada”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 36, 2001.
- GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Participación y/o subordinación en los instrumentos de financiación”, *Revista de derecho Mercantil*, núm. 247, 2003.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: “Comentario al artículo 48 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004.
- GARCÍA VICENTE, J. R.: “Comentarios al artículo 61 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Créditos participativos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9 1997.

GARRIDO ESPÁ, L.: “Aceptación e inscripción de administradores”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R, GARRIDO ESPÁ, L. (Dtores.): *Órganos de la sociedad de capital*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARRIDO GARCÍA, J. M.: “La cancelación de garantías de los créditos subordinados”, *Anuario de derecho concursal*, núm. 8, 2006.

GARRIDO GARCÍA, J. M.: “La graduación de créditos”, ROJO, A. (Coord.): *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

GARRIDO, J. M.: “Comentarios al artículo 92, 93, 97 y 134 LC”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I y II Ed. Thomson, Madrid, 2004.

GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Centro de estudios registrales, Madrid, 1999.

GARRIDO GARCÍA, J. M.: *Tratado de la preferencia crediticia*, Civitas, Madrid, 2000.

GARRIDO, J. M.: “La graduación de créditos”, en ROJO, A. (Coord.): *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

GARRIDO GARCÍA, J. M.: “Teoría general de la preferencia”, *Anuario de Derecho civil*, oct-dic 1998.

GARRIDO GARCÍA, J. M.: “Clases de créditos”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., ALAMEDA CASTILLO, M. T., ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A. J. (Coords.): *Comentario de la Ley Concursal*, Vol. I, Ed. Civitas, 2006, Madrid.

GARCÍA MARTÍNEZ, A.: “La determinación de la masa pasiva”, en GARNICA MARTÍN, J. F. (Dtor.): *La nueva Ley Concursal*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2004.

GARCÍA OREJUDO, N.: “Los créditos subordinados”, en NIETO DELGADO, C. (Coord.): *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GIL MIQUEO, J.: “El convenio regulador”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.): *Derecho de familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

GIL RODRÍGUEZ, J.: “La protección del crédito II”, en PUIG I FERRIOL, J., GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de derecho civil II*, 3<sup>a</sup> edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.

GIL RODRÍGUEZ, J.: “Comentarios al artículo 73 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley Concursal* Vol. 1, Tecnos, Madrid, 2004.

GIMÉNEZ RAMÓN, R.: “Créditos subordinados”, en MARTÍN MOLINA, P. B. (Dtor.): *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2012.

GIRGADO PERANDONES, P.: “En torno a la noción de grupo de sociedades y su delimitación en el ámbito español y europeo”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, en: < <http://roderic.uv.es/handle/10550/41517>>.

GÓMEZ-JORDANA, I.: “Financiaciones subordinadas en el Derecho español”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 42, 1991.

- GÓMEZ MENDOZA, M.: “Comentarios al artículo 61 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación concursal* Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004.
- GÓMEZ MENDOZA, M.: “Comentarios al artículo 62 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación concursal* Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ BILBAO, E.: “Formación de la masa pasiva. Reconocimiento y clasificación de créditos en la reforma concursal. Créditos salariales”. *Diario La Ley*, núm. 5671, 6 diciembre de 2002.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B.: “La subordinación concursal de los créditos del socio único contra la sociedad unipersonal”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ GOZALO, A.: “Comentarios del artículo 100, 102 y 103 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004.
- GUASCH MARTORELL, R.: “El régimen concursal de los préstamos de los socios”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GUASCH MARTORELL, R.: “La posición jurídica de los acreedores subordinados en la fase de convenio”, en *Estudios sobre el futuro Código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe, Universidad Carlos III, 2015, en: <http://hdl.handle.net/10016/21078>
- GUASCH MARTORELL, R.: “La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 234, 1999.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al artículo 1798 y 1801 Cc”, en ALBALADEJO, M. (Dtor.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XXII, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1982.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La prelación de créditos en el Código civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1962.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: “Comentario al artículo 108 LC”, SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2004.
- HAZA DÍAZ, P.: *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 1989.
- HERNÁNDEZ-GIL, A.: *Derecho de obligaciones* (Obras completas, Tomo 3), Espasa Calpe, 1988.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F.: “Comunicación de créditos”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dtores.): *Enciclopedia de Derecho Concursal* Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2012.
- HUERTAS ABOLAFIA, A.: “La formación de la masa pasiva”, *Boletín económico del ICE*, núm. 2833, 2005; núm. 2834, 2005 y núm. 2867, 2006.

- IGLESIAS PRADA, J. L., VAQUERIZO ALONSO, A.: “Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- IGLESIAS PRADA, J. L y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “Las sociedades de capital. Aspectos básicos”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.: *Lecciones de derecho Mercantil*, Volumen I, 11ª edición, Aranzadi, Navarra, 2013.
- IGLESIAS, J. L. y GARCÍA DE ENTERRIA, J.: “La disolución y liquidación de las sociedades de capital”, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.: *Lecciones de derecho Mercantil*, Volumen I, 11ª edición, Aranzadi, Navarra, 2013.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: “Los acuerdos de refinanciación y reestructuración”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A., PRENDES, P. (Dtores.): *La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia*. Zaragoza 5 y 6 de mayo de 2011, Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2011.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: “La transparencia de las sociedades anónimas cotizadas y los pactos parasociales”, *Derecho de los Negocios*, núm. 165, 2004.
- JAÉN VALLEJO, M.: “Nuevos sistemas de resolución de conflictos: La mediación”, en MARTÍN MOLINA, P. B., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J. M., LOPO LÓPEZ, M. A. (Coords.): *La ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2014.
- JUSTÉ MENCÍA, J.: *Factor de comercio, Gerente de empresa, Director general*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 2002.
- JUSTE MENCÍA, J.: “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 14, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de derecho civil. Derecho de Obligaciones II*. Volumen 1º, 5ª ed. Revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011.
- LASARTE, C: *Principios de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, 19ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015.
- LASARTE, C: *Principios de Derecho civil VI. Derecho de familia*, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015.
- LASARTE, C.: *Curso de derecho civil patrimonial*, 20ª ed. Tecnos, Madrid, 2014.
- LASARTE, C. (Coord.), LÓPEZ PELÁEZ, P., YAÑEZ VIVERO, F.: *La reforma de la prelación de créditos*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2007.
- LATORRE CHINER, N.: “El apoderado general en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, 2013.
- LATORRE CHINER, N.: “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 253, 2004.

- LÓPEZ APARCERO, A.: “Concepto de grupo de sociedad y concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26, 2012.
- MACHADO PLAZAS, J.: “Comentario al artículo 134”, SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2004.
- MAIRATA LAVIÑA, J. y ROLDÁN SANTÍAS, F.: “Subordinación y grupos de empresas: cuestiones interpretativas”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012.
- MAIRATA LAVIÑA, J.: “Los efectos del concurso en la Ley Concursal”, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A y PULGAR EZQUERRA, J. (Dtores.): *Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Ed. Dilex, Madrid, 2003.
- MANRESA NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, Tomo XII, 6ª ed., revisada por J. J. Gómez Ysabel, Reus, Madrid, 1973.
- MANRESA NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, Tomo XI, 6ª ed., revisada por J. M. Bloch, 1972.
- MANZANARES SECADES, A, y VILLORIA RIVERA, I.: “Algunos apuntes sobre los créditos subordinados en la nueva Ley Concursal”, *Diario La Ley*, núm. 5997, 15 abril 2004.
- MARÍAN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al artículo 69 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 12, 2010.
- MARÍN PÉREZ, P.: “Comentarios al artículo 1755 y 1756 Cc”, en ALBALADEJO, M. (Dtor.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XXII, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1982.
- MARTÍN MOLINA, P. B. (Dtor.): *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2012.
- MARTÍNEZ FLOREZ, A.: “Comentarios al artículo 61 Ley Concursal”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I, Ed. Thomson, Madrid, 2004.
- MARTINEZ FLOREZ, A.: “Comentarios al artículo 62 Ley Concursal”, en ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I, Ed. Thomson, Madrid, 2004.
- MARQUÉS SEVILLANO, J. M. y SANCHÍS ARELLANO, A.: “Los instrumentos híbridos en los recursos propios de las entidades financieras: naturaleza y cambios tras la crisis financiera”, *Estabilidad Financiera*, núm. 17, 2009.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “La prelación de créditos tributarios en el concurso”, *Anuario de derecho concursal*, núm. 7, 2006.
- MENÉNDEZ, A.: “Auxiliares del empresario”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 72, 1959.
- MASSAGUER, J.: “La estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico-societarios)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 192, 1989.

MERCADAL VIDAL, F.: “Comentarios al artículo 92 LC”, en MERCADAL, F., SALA A., ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.): *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.

MERCADAL VIDAL, F.: “Comentarios al artículo 93 LC”, en MERCADAL, F., SALA A., ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.): *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.

MERINO HERNÁNDEZ, S. (Dtor./Coord.): *Manual de derecho de las sociedades cooperativas*, Consejo superior de cooperativas de Euskadi, Universidad País Vasco, Vitoria, 2007.

MILMAN & DURRANT: *Corporate Insolvency*, third edition, Sweet & Maxwell, Ldon, 1999.

MONTÉS PENADÉS, V.: “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 1, 2004.

MÓNTÉS PENADÉS, V.: “La concurrencia de acreedores”, “La responsabilidad por incumplimiento”, y “el incumplimiento de la obligación”, en VALPUESTA, M.R. (Coord.): *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MORÁN BOVÍO, D. (Coord.): *Guía legislativa de Uncitral sobre el régimen de insolvencia*, Monografía 5/2006, La Ley, Madrid.

MORENO QUESADA, B.: “La disolución del matrimonio y medidas y efectos comunes”, en SÁNCHEZ CALERO, F. J.: *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

NIETO DELGADO, C.: “Concurso, grupo de sociedades y administración concursal tras la reforma de 2011”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, 2013.

NIETO DELGADO, C.: “Los presupuestos del concurso de acreedores”, CAMPUZANO, A. B., SANJUÁN, E.(Dtores.): *El derecho de la insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

O’CALLAGHAN, X.: *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 7ª ed., La Ley, Madrid, 2012.

OLIVENCIA RUIZ, M.: “Unidad legal, privilegios y preferencias concursales” en *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al profesor J. A. Gómez Segade*, 2013 en: <[www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1385382448es.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1385382448es.pdf)>

ORELLANA CANO, M. A.: “La reforma propuesta. La clasificación de los créditos, Preferencias especiales”, en COLLADO NUÑO, M. J (Dtor.) : *Novedades en la concurrencia y prelación de créditos*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2008.

PALÁ LAGUNA, E.: “Algunas cuestiones en torno a la figura del préstamo participativo y su nuevo régimen jurídico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 70, 1998.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “De la clasificación de los créditos”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ALVAREZ, M. M. (Coords): *Comentarios a la Ley Concursal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

- PARRA LUCÁN, M. A.: “Comentario al artículo 1798 Cc”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dtor.): *Comentarios al Código civil*, Tomo IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PAZ ARES, C.: “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 36, núm. 4, 1983.
- PAZ-ARES, C.: “La sociedad colectiva y la sociedad comanditaria”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dtores.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, 11ª edición, Aranzadi, Navarra, 2013.
- PAZ-ARES, J. C.: “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dtores.): *Lecciones de derecho Mercantil*, Volumen I, 11ª edición, Aranzadi, Navarra, 2013.
- PAZ-AREZ, C.: “La sociedad mercantil: mercantilizad e irregularidad de las sociedades”, “La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados”, “La sociedad colectiva: representación y responsabilidad”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* Tomo I, Civitas, Madrid, 1999.
- PERDICES, A. B.: “La clasificación de los créditos personalmente garantizados”, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 3, 2004.
- PERDICES HUETOS, A. B.: “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 18, 2002.
- PERDICES HUETOS, A. B.: Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal”, Thomson Civitas, Navarra, 2005.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Los créditos subordinados”, en CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dtores.): *El Derecho de la insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “El singular modelo español...” cit., pp. 228-229.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “Créditos subordinados tras las reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre”, PRENDES CARRIL, P., MUÑOZ PAREDES, A. (Dtores.): *Tratado judicial de la insolvencia*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2012.
- PÉREZ MILLÁN, D.: “La subordinación de créditos y los pactos de socios”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 18, 2013.
- PRENDES CARRIL, P.: “Artículo 92 LC”, en PRENDES CARRIL, P. (Dtor.): *Tratado práctico concursal* Tomo III, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de derecho civil*, Tomo II, 3ª ed., Bosch, 1997, Barcelona.
- PUIG I FERRIOL, L.: “La relación obligatoria”, PUIG I FERRIOL, L, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GIL RODRÍGUEZ, J y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de derecho civil II*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.

- PULGAR EZQUERRA, J.: “Comentarios al artículo 2 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004.
- PULGAR EZQUERRA, J.: “SAREB y paraconcursalidad normativa”, *La Ley*, núm. 8200, 27 de noviembre de 2013 Ref. D-407 (LA LEY 8890/2013).
- PULGAR EZQUERRA, J.: “SAREB y paraconcursalidad normativa”, *Diario La Ley*, 8890/2013, núm. 8200 de 27 de noviembre de 2013.
- PULGAR EZQUERRA, J.: “Reestructuración financiera, paraconcursalidad normativa y SAREB”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014.
- PULGAR EZQUERRA, J.: “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto Ley 11/2014, de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *La Ley* 7151/2014, núm. 8391, de 3 de octubre de 2014.
- QUIJANO, J.: “Comentario al artículo 236 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* Tomo I, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2011.
- QUIJANO, J.: “Comentario al artículo 122 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dtores.): *Comentarios a la Legislación concursal* Tomo II, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- REIXACHS, A., ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., MACHADO PLAZAS, J., VILA FLORENZA, P. (Coords.): *El proceso...* ROJO, A.: “Los grupos de sociedades en el derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 220, 1996.
- REVILLA, F.: “El fraude a los principios concursales”. *Anuario de derecho concursal*, núm. 9, 2006.
- RIVAS, V.: Comentario al artículo 225 LSC”, ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* Tomo I, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2011.
- ROCA SASTRE, R.M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado*, Vol. I, Ed. Aranzadi, Madrid, 2009.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: “Créditos subordinados intragrupo: dos aspectos del estado actual de la cuestión”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 30, 2013.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUETA VIESCA, M. I.: *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Aranzadi, Navarra, 1998.
- RODRÍGUEZ VEGA, L.: “Influencia de la modificación operada por la legislación concursal. Sistema de la LC. Clasificación y prelación de cotos. Contra la masa. Privilegiados especial. Privilegiados generales. Ordinarios. Subordinados”, en COLLADO NUÑO, M. J. (Dtor.): *Novedades en la concurrencia y prelación de créditos*. Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2008.
- ROJO, A.: “La adhesión de los acreedores”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV. Editorial Marcial Pons, Madrid.
- ROJO, A.: “La representación en el Derecho Mercantil”, URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1999.

- ROJO, A.: “Comentarios del artículo 106 y 120 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario a la Ley concursal* Tomo II, Ed. Thomson, Madrid, 2004.
- ROJO, A.: “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 220, 1996.
- ROJO, A.: “La representación en el derecho mercantil”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* Tomo I, Civitas, Madrid, 1999
- RUÍZ GALLARDÓN, J.: “El concepto de socios comunes como personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014.
- RUIZ PERIS, J. I.: “Concurso y empresas económicamente vinculadas”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- RUIZ-RICO RUIZ, C.: “En torno a los controvertibles créditos subordinados”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- SACRISTÁN REPRESA, M.: “El convenio anticipado en la LC (notas sobre su régimen específico)”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- SÁEZ, M. I.: “Comentario al artículo 39 LSC”, en ROJO, A, BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* Tomo I, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2011.
- SALA REIXACHS, A.: “Comentario artículo 116 LC”, en SALA REIXACHS, A., ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., MACHADO PLAZAS, J, VILA FLORENSA, P. (Coords.): *El proceso concursal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013.
- SALA REIXACHS, A.: “Comentario del artículo 122 y 128 LC”, en SALA REIXACHS, A., ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., MACHADO PLAZAS, J, VILA FLORENSA, P. (Coords.): *El proceso concursal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 33º ed. (6ª ed. en Aranzadi), Aranzadi, Navarra, 2010.
- SANCHEZ CALERO, F.: “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- SÁNCHEZ-CALERO, J. y FUENTES, M.: “El concepto estricto de grupo en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, 2014.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: “Los cambios que afectan a la propuesta anticipada de convenio”, en [http://eprints.ucm.es/8874/1/Propuesta\\_Anticipada\\_de\\_Convenio-Eprint.pdf](http://eprints.ucm.es/8874/1/Propuesta_Anticipada_de_Convenio-Eprint.pdf).
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 227, 1998.
- SANCHEZ MEDINA, J.R.: “Real Decreto-Ley 3/2009 ¿reforma concursal?”, *Estrategia financiera*, núm. 261, 2009.

- SANCHO GARGALLO, “Concursos conexos de sociedades pertenecientes a un mismo grupo”, CUÑAT, EDO, V. MASSAGUER, J., ALONSO ESPINOSA, F. J., GALLEGO SÁNCHEZ, E. (Dtores.): *Estudios de derecho mercantil, liber amicorum Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- SANTOS BRIZ, J.: Comentarios al artículo 1901”, en ALBALADEJO, M. (Dtor.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XXIV, Edersa, Madrid, 1984.
- SARAZÁ, R.: “Responsabilidad concursal y grupo de sociedades”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007.
- SARMIENTO RAMOS, J.: “Concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecución singular según el proyecto de Ley 21 de julio de 2006”, *Cuadernos civitas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.
- SASTRE PAPIOL, S.: “Los créditos subordinados”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- SEBASTIAN QUETGLÁS, R.: “La subordinación de los créditos de las personas jurídicas”, *Anuario de derecho concursal*, núm. 15, 2008.
- SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Civitas, Aranzadi, Navarra, 2009.
- SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: “La subordinación de los créditos en los grupos de sociedades”, en VEIGA COPO, A. B. (Coord.): *Créditos, garantías y concurso: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ruiz de Velasco*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010.
- SERRANO GOLDEBERG, J. L.: *La subordinación voluntaria de créditos*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- SILVETTI, E.: “Comentario al artículo 73 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2010.
- TAPIA HERMIDA, A. J.: “La financiación externa de las Cajas de Ahorro, en particular las obligaciones subordinadas y las cuotas participativas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 43, 1991.
- TERREROS, G.: “Grupo de sociedades y concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18, 2009.
- TIRADO, I.: “Comentarios al artículo 27 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario a la Ley Concursal* Tomo I, Ed. Thomson, Madrid, 2004.
- TOLMIE, F.: *Corporate & Personal insolvency law*, second edition, cavendish Publishing, Great Britain, 2003.
- TOMILLO, J. y GONZALO, V.: “Comentarios al artículo 118 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario a la Ley Concursal* Tomo II, Ed. Thomson, Madrid, 2004.
- TORRUBIA CHALMETA, B.: “Comentario al artículo 121 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2010.
- TORRUBIA CHALMETA, B.: “Comentario al artículo 120 LC”, CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2010.

- TOMILLO, J. y GOZALO, V.: “Comentarios al artículo 125 y 118 LC”, ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario a la Ley Concursal* Tomo II, Ed. Thomson, 2004, Madrid.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J.: “Comentarios al artículo 68 LC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004.
- URÍA, R.: *Derecho mercantil*, 28ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Mª Luisa Aparicio, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima. La acción en general”, “La sociedad anónima. Órganos sociales. La junta general de accionistas”, “La sociedad anónima. Órganos sociales. Los administradores”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* Tomo I, Civitas, Madrid, 1999.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., IGLESIAS PRADA, J. L.: “La sociedad de responsabilidad limitada. Órganos sociales: II. Los administradores”, “La sociedad de responsabilidad limitada. Las participaciones sociales II. Transmisión. Negocios sobre las propias participaciones. Derechos reales”, “La sociedad de responsabilidad limitada: disolución y liquidación”, “La sociedad unipersonal”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* Tomo I, Civitas, Madrid, 1999.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: “El reconocimiento de los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentario al artículo 97 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentarios al artículo 90, 89, 92 y 93 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2010.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Comentarios al artículo 103 y 134 LC”, en CORDÓN MORENO, F. (Dtor.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2010.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Guía legislativa de la Ley Concursal. Texto comparado y comentado según la reforma de Ley 38/2011*, Bosch, Barcelona, 2011.
- VAQUERIZO, A.: “Comentario al artículo 1 LSC”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E.: *Comentario de la ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2011.
- VARA DE PAZ, N.: “Cumplimiento e incumplimiento del convenio (artículos 137 a 141 de la LC)”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 102, 2006.
- VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios concursales*, Granada, Comares, 2006.
- VEIGA COPO, A. B.: “Los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 102, 2006.

VEIGA COPO, A. B.: *La masa pasiva del concurso de acreedores*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2012.

VELAZQUEZ VIOQUE, D.: “Concurrencia y prelación de cotos en caso de ejecuciones singulares. La regulación previa a la reforma”, en COLLADO NUÑO, M. J. (Dtor.): *Novedades en la concurrencia y prelación de créditos*. Cuadernos de derecho judicial, 2008, Madrid.

VICENT CHULIÀ, F.: “Tres años de Ley Concursal: temas de reforma”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008.

VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VILLARUBIAS, F.: “La eficacia del convenio concursal”, VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005.

VILLORIA RIVERA, I.: “La subordinación de los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declara en concurso y sus socios”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2007.

VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E, SACRISTÁN BERGIA, F.: *Derecho de las sociedades cooperativas*, la Ley, Madrid, 2015.

YANES YANES, P.: “La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio”, *Diario La Ley*, núm. 7161, 24 de abril de 2009.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia y de la persona. Efectos y medidas de la ruptura conyugal*, Tomo 6, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.