

CAPÍTULO PRIMERO

LA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA MASA PASIVA CONCURSAL. ESBOZOS Y PERÍMETROS. 1.1. *Críticas a una razón de ser cada vez más cuestionada.* 1.2. *La masa pasiva: naturaleza y realidad.* 2. INSINUACIÓN DE CRÉDITOS. LA FORMACIÓN DEL PASIVO Y SU VERIFICACIÓN. INTRODUCCIÓN. 2.1. *Entre la integración y la vis atractiva.* 2.2. *Limitaciones a la integración, exclusiones a la atracción. El perímetro de la insolvencia.* 2.3. *Los inconvenientes de una generosa vis atractiva.* 2.4. *Vis atractiva vs. integración universal: la aparente confusión.* 2.5. *La necesidad de la verificación. Entre el impulso propio y la automaticidad.* 2.6. *El problema de la constancia y el modo de constar.* 2.7. *La paulatina pérdida de protagonismo del acreedor en el proceso.* 2.8. *La facilitación del reconocimiento.* 2.9. *Comunicación del concurso versus comunicación no siempre necesaria de créditos al concurso.* 2.10. *La función integradora de la comunicación del concurso a los acreedores.* 2.11. *La diligencia de los administradores concursales en la comunicación del concurso. La creación potestativa de webs informativas y una preferencia no obligatoria por lo electrónico.* 2.12. *La función de la lista de acreedores elaborada por el propio deudor.* 2.13. *¿Existe obligación de comunicación a los acreedores en caso de reapertura del concurso?* 2.14. *La no comunicación a aquellos acreedores que titulan créditos que gozan de reconocimiento automático.* 2.15. *La especial problemática que plantean los créditos de los trabajadores, ¿competencia u orden social o atracción concursal?*

1. INTRODUCCIÓN. LA MASA PASIVA CONCURSAL. ESBOZOS Y PERÍMETROS

1.1. CRÍTICAS A UNA RAZÓN DE SER CADA VEZ MÁS CUESTIONADA

Los últimos años, o tal vez, por mejor decir, la última década, han sido testigos de años de crisis, pero también, búsqueda de reequilibrio y una deseada utilidad de la norma concursal, cuando no, mera o simple eficiencia. Tiempos de desbordamiento pero también de orillamiento de la norma concursal abocada solo a determinados perfiles de concursos medianos o pequeños. Y donde los vientos han soplado del lado de los procedimientos de reestructuración, que no caben o al que no llegan sin embargo buena muestra del tejido empresarial fallido y siguen atrapados en el proceloso y hasta cierto punto esclerotizado procedimiento concursal.

Años donde ciertos principios, prismas, visiones e incluso deberes, han basculado o incluso pendulado abruptamente, con lo que el interés y el desinterés han ido parejos a los propios vaivenes legislativos, que en un espacio de

diez años se ha prodigado y, a la vez, han incidido, de lleno, en el ámbito concursal (también en sus perímetros pre- y paraconcursoales) y, cómo no, en el de la masa pasiva concursal¹. De aquella legislación motorizada como algunos han denominado la vorágine abulímica de reforma tras reforma, pasamos ahora a un texto concursal que, en lo atinente a masa pasiva, sigue, en el mejor de los casos, estanco e inamovible en su esencia, fases, claves y fines.

Los derroteros doctrinales se han rendido al embrujo de las reestructuraciones forzosas, los acreedores disidentes, los arrastres y la particularidad irresuelta pero fascinante de la formación de clases al albur de los planes. Como botón de muestra la enjundia que esconde, sin desgranar del todo, el artículo 623 del Texto Refundido de 2022, y que revoluciona el quehacer jurisprudencial y despierta al menos a la reflexión y los intereses cruzados. Algo que, irremisiblemente ya no sucede con la masa pasiva concursal. La obra de construcción y re-construcción concursal, al menos legislativa y jurisprudencialmente, sigue activa². Otra cuestión será el rumbo y destino de la misma³.

No toda doctrina ni toda jurisprudencia se ha preguntado en verdad por los efectos que tiene la determinación de un crédito en la masa pasiva, en el concurso de acreedores. Y sin embargo esta es una de las cuestiones más controvertidas en el derecho concursal. La constancia o constatación de un crédito en el concurso es una cuestión, como lo es también si el mismo existe o no, y otra bien distinta es plantearse la fuerza jurídica que supone calificar un crédito como concursal⁴.

1. Como bien señala LENZI, *I doveri dei creditori nella crisi d'impresa*, Milano, 2022, p. 19, con la crisis de la empresa, se asiste, en verdad, a una «valorización de la perspectiva colectiva de todos los acreedores del deudor común, que se convierten en una “masa”, frente a la protección aislada y atomista de las razones del individuo».
2. Tomamos el título prestado prácticamente del trabajo de MADAUS, «Die “Dauerbaustelle Insolvenzrecht” in Brüssel: Was motiviert den europäischen Gesetzgeber?», NZI-Bielage, 2023, Heft 1, pp. 47 y ss.
3. No le falta razón a MARINA, «El devenir del derecho de la insolvencia», Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo, III, Madrid, 2024, pp. 227 y ss., p. 231 cuando afirma: «Las deficiencias y carencias del modelo legal se pusieron en evidencia de modo dramático, lo que obligó a una cadena sin fin de cambios legales, eso sí unos más acertados que otros, que en ningún caso produjeron el resultado esperado, que justifican en última instancia aquella reflexión, ya un tanto manida, de que la historia más reciente de nuestra legislación concursal es la de la reiteración de modificaciones».
4. *Id.*, entre otros, SINZ, § 178, *InsO*, [UHLENBRUCK (Dir.)], 16.^a ed., München, 2025, Rn. 28. Más recientemente el estudio de FUCHS/LEISS, «Hat die Feststellung einer Hauptforderung zur Insolvenztabelle Bindungswirkung für die Feststellung von Zinsansprüchen zur Insolvenztabelle?», GWR, 2024, pp. 15 y ss., quiénes nos recuerdan como el Tribunal Federal de Justicia dejó abierta la cuestión en una sentencia reciente. Sin embargo, dejó claro que, en su opinión, la determinación de un crédito en el cuadro de insolvencia sólo establece el derecho del acreedor a que este crédito sea satisfecho con la masa de la insolvencia, pero no la existencia del crédito como tal (BGH, sentencia 26 de enero de 2023 -IX ZR 85/21, NZI 2023, 383, 386, BeckRS 2023, 4482):

«Hay buenas razones para argumentar que los efectos legales del § 178 III *InsO* limitado a procedimientos de insolvencia (cf. Uhlenbruck *InsO/Sinz* § 178 Rn. 28; *MüKoInsO/Schumacher* Artículo 178 Rn. 62; *Schoppmeyer ZInsO* 2016, 2157; aA *Graf-Schlicker InsO*, 6.^a edición, § 178 marginal número 5). El Tribunal no tiene que decidir esta cuestión [...]».

Indudablemente el derecho de insolvencias o, si se prefiere en una acepción más holística, el derecho de la crisis empresariales —que nos permitiría englobar tanto lo preconcursal reestructurativo como lo propiamente concursal— ha sucumbido a lentos pero implacables cambios de prisma y superación de ciertas rigideces. De entre las cuales jamás ha entrado la experimentación de sacrificios por parte de algunos acreedores⁵. Una rigideces que si en las circunstancias de las reformas de los noventa y primera década de este siglo eran contrariamente percibidos como flexibilidad y aire fresco frente a dogmas más férreos y arcaicos de los viejos derechos de quiebras sobre todo en el continente europeo, hoy no lo son, y sí instrumentos para crear y erigir no pocos cambios diríamos no tanto de paradigma pero sí circunstanciales que han permitido a los legisladores nacionales una notable libertad de cara a estandarizar excepciones.

Nos referimos qué duda cabe a los dictados de la Directiva de reestructuración y, por ejemplo, lo que se ha venido conociendo como exoneración de la deuda de los empresarios y el cuestionamiento de ciertos créditos. Uno de los artículos precisamente más cuestionados, comentados y analizados de esta Directiva es el 23, que alberga las excepciones y que permite por tanto a los estados miembros mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen dicha exoneración o que establezcan planos más largos⁶.

Ya las reformas habidas en el primer quinquenio de esta década, han supuesto un cierto giro gravitacional no tanto sobre los aspectos concursales, cuanto sobre los puramente reestructurativos⁷. Y en ese eje, el arsenal normativo tan dispar y tan afín a unas u otras filosofías e intereses, en todo caso, han sido y son siempre contrapuestos.

Si el derecho concursal ha empezado sin duda a desplazar no pocas normas del derecho societario, supeditadas inequívocamente a los dictados concursales, el derecho paraconcursal o de reestructuraciones ha terminado de cerrar y completar ese desplazamiento. La amalgama de confluencia de intereses, pero también de normativas cruzadas es cada vez más ingente ante la circunstancia

5. Queda claro que, en un plano teórico absoluto, como bien se ha afirmado, el procedimiento concursal impone a todos los acreedores —también a los privilegiados— determinados sacrificios. *Vid.*, PIREs, *Dos privilegios creditorios*, 2ª ed., Coimbra, 2015, p. 363. Pero el sacrificio de un impedimento ejecutorio, si acaso, coyuntural y circunstancial en función de la garantía que ostente un privilegiado especial, y superable como veremos, sobre todo si es una garantía financiera, nada tiene que ver con el verdadero sacrificio, el de la imposibilidad, del resto.

6. Una buena referencia tanto doctrinal como jurisprudencial nos la ofrece AHRENS, «Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 23 IV Restrukturierungsrichtlinie», NZI, 2025, Heft 1-2, pp. 14 y ss.

7. Reformas y cuestionamientos que han llevado a la doctrina alemana a replantear incluso máximas de reestructuración de los presupuestos públicos. *Vid.*, el excelente artículo de CRANSHAW, «Insolvenz (verfahrens)fähigkeit von Gebietskörperschaften - ein geeigneter Ansatz zur Sanierung öffentlicher Haushalte?», NordÖR, Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland, 2008, 3, pp. 97 y ss., y donde se cuestiona la posibilidad versus imposibilidad de insolvencias municipales y el alivio de la deuda.

concursal, como también lo son o puede ser ciertas tangencias que buscan eludir esta⁸.

La cuadratura del círculo ha sido total, como también se han naturalizado expresiones, prácticas y políticas legislativas que han dado cabida en el corazón mismo de la tutela y lucha conflictual del crédito, a detracciones de valor⁹; cuando no, al menos en un plano teórico, a sacrificios «desproporcionados», o a la neutralidad o neutralización de las garantías sin ir más lejos en el procedimiento concursal¹⁰. Mas, algo hemos de dejar claro, ¿es exigible a un acreedor una actuación neutra en la defensa de su crédito o pretensión patrimonial? O en verdad dentro de la relación jurídica acreedor-deudor ¿han de ser exigible ciertos deberes de carácter negativo y positivos de cooperación y evitación en la medida de lo posible del concurso?¹¹

Es esta, la concursal, una norma en tránsito, de tránsitos normativos de sucesivas, a veces imprevistas, reformas. Sin una clara estación de arribo. Otras no. Ya fuere al hilo de trasposiciones de directivas, ya empeño propio del legislador o adláteres próximos que no han, siquiera, esperado a trasposiciones y regulado elefantíacas normas más propias de la época de los códigos que de las actuales.

8. En la doctrina alemana y respeto de bonos convertibles y garantías ocultas ante supuestos de insolvencia sostiene FLORSTEDT, «Die umgekehrte Wandelschuldverschreibung. Eine Kapitalklasse im Spannungsfeld zwischen europäischem Bankrecht und deutschem Aktienrecht», ZHR, 2016, Heft 2, pp. 152 y ss., como en la Unión Bancaria Europea, las garantías de existencia ocultas para instituciones de importancia sistémica deben eliminarse mediante capital convertible condicional. En una crisis bancaria, los acreedores y accionistas se ven directamente afectados por las pérdidas a través del capital convertible, por lo que no es necesario un rescate financiado por el Estado y, por tanto, el riesgo se transmite al público en general. La modificación de 2016 de la ley de sociedades anónimas adapta la división de competencias y la gestión de activos a los nuevos requisitos de capital y de reestructuración de la CRR y la BRRD, pero va mucho más allá de su transferencia neutral y acrítica. Transforma un enfoque de solución basado en los fracasos del Acuerdo de Basilea en una forma general y amplía así el alcance de las posibilidades de financiación corporativa bajo la ley de sociedades anónimas mucho más de lo que podría parecer inicialmente. El artículo apunta a una comprensión básica de esta nueva clase de capital y aborda la tensión necesaria entre el derecho bancario y el de sociedades anónimas.
9. No más gráfico puede ser AZOFRA, «Artículo 275. Deducciones del valor razonable», *Comentario a la Ley Concursal*, [PULGAR (Dir.)], 3ª ed., Madrid, 2023, p. 1489 al aludir a la génesis en 2014 de esta deducción el legislador no explicó la razón de la deducción o descuento de ese 10% de valor razonable del bien o derecho gravado.
10. Sobre esta neutralización, magistral, el trabajo de FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, Paris, 2020, p. 23 quién nos recuerda: «Les droit des sûretés ne pouvait à l'évidence demeurer indifférent au "big bang du droit des affaires" que representa le changement de finalités des procédures collectives. Longtemps traités en véritables "séparatistes" face aux procédures collectives. Les titulaires de sûretés réelles et personnelles ont progressivement subi, comme tout créancier du débiteur en difficulté, les rigueurs de la faillite».
11. Este es un debate que cada vez está calando más en la doctrina, *vid.*, LENZI, *I doveri dei creditori*, cit., que centra la clave cuando el deudor entra en crisis y dice a raíz de las reformas d.l.n. n. 118/2021 y del d.l.gs. n. 83/2022, p. 209: «il creditore destinario non più solo di doveri a carattere negativo, come il divieto generale di porre in essere condotte abusive del proprio diritto, ma soggetto al quale si impongono anche doveri a carattere positivi, di cooperazione attiva, e di più complessa definizione».

Mas también lo ha sido de no pocos cambios de criterio, y de superar rigideces o cuando no, absolutos cuellos de botella que la midriasis o hipertrofia reglamentista en una norma puede acabar provocando, y cómo no, también en el ámbito del reconocimiento de créditos e impugnación y que lastra en definitiva toda eficiencia en el procedimiento¹². Una de tantas como a lo largo de estos más de veinte años de vigencia de la norma concursal hemos tenido ocasión de contrastar y sufrir.

Reformas y tránsitos sin el poso ni el sosiego debido para criticar, sistematizar, escrutar y, también, diseccionar y cauterizar preceptos, amén de aclarar y armonizar otros. Tal vez esta ha sido siempre nuestra particular forma de ser y entender una cultura de la insolvencia¹³. En estas fue como hace ya cinco años se llegó, apresuradamente, a un Texto Refundido de mayo de 2020, con visos y plazos de pronta caducidad, y donde el legislador ha ido más allá de lo que en puridad es, o debería haber sido, una neutra y verdaderamente refundición aclaratoria y armonizadora, no sin escamotear por ejemplo límites y contrafrenos, significativamente, respecto del crédito público y el dictado del artículo 491 a la hora de inmunizarlo frente al esquema de la exoneración del pasivo.

En este marco es en el que hemos de resituar ciertos pronunciamientos del Supremo, así, la sentencia de Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio, introdujo, hasta cierto punto, una interpretación novedosa en relación con la exoneración de deudas y «segunda oportunidad» en materia de créditos públicos interpretando el referido art. 178 bis, apartado 6, Ley 22/2003, Concursal en el sentido de afirmar que el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho o segunda oportunidad «resultaba extensible a los créditos públicos» dado que «*no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público*», esto es, la no inclusión de los créditos públicos dentro de tal posibilidad de exoneración carecería de sentido alguno desde un punto de vista teleológico o de finalidad de legislativa por lo que no resultaría de aplicación a los procedimientos regulados en la Ley Concursal, mas sin embargo, con la nueva redacción del actual TRLC, el legislador ha impuesto firmemente un criterio diverso «y proteger el crédito público» afirmando taxativamente en su art. 497.1.1º TRLC que el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho resultaría extensible a los créditos ordinarios y subordinados salvo para las deudas de derecho público (deudas con AEAT, TGSS, agencia tributaria local y autonómica, etc.).

12. El dispar criterio entre jurisprudencia y legislador, se deja ver claramente en fenómenos como el de resurgir o reactivación cuando no renacimiento del crédito privilegiado en supuestos de flagrantes «lagunas» normativas, como pone de manifiesto la sentencia de Casación italiana, Sez. Uni., ante un supuesto de acción revocatoria y donde la pregunta es simple, a saber, «¿cuál es el grado que debe reconocerse a un crédito surgido en virtud del exitoso ejercicio de recuperación concursal que tenga por objeto el pago de un crédito privilegiado de conformidad con el art. 70, 2º párrafo de la ley fallimentare (cuyo contenido se transfiere ahora en el artículo 171, párrafo 2, CC)?» Vid., MORRA, «La “reviviscenza” del credito privilegiato secondo le Sezioni Unite», Dir. Fall., 2023, n.º 3-4, pp. 681 y ss.

13. Sin ir muy lejos, véase el contraste con Alemania en el trabajo de VALLENDER, «Insolvenz Kultur in Deutschland», NZI, 2024, Heft 1, pp. 1 y ss.

Salvaguardia y defensa a ultranza del crédito público, por nosotros siempre criticado hace ya más de dos décadas el privilegio, ahora bien, ¿era racional tamaña defensa?, ¿acaso vale menos o han de sacrificarse los intereses públicos en detrimento de los privados o particulares y en base a qué? Sin duda interrogantes que en ese momento presidían en el debate, cuestionando, interpretando, estirando y, amputando allí donde la defensa numantina de ciertos privilegios es más débil frente a otros más resistentes y profesionales¹⁴.

Pero más allá de puntualizaciones, algunas correcciones de estilo y gramaticales y una extensión desmesurada e ingente de artículos, verdaderamente los parámetros atinentes a la masa pasiva en el Texto Refundido o como resultado más bien de este se han mantenido en líneas generales incólumes. Si bien empiezan a alzarse, tímidamente sin duda, ciertas voces críticas sobre algunos privilegios.

El momento económico y político social ha querido y quizá necesitado, al mismo tiempo, recurrir a todo un arsenal normativo —atropellado y exuberante en todos los sentidos y contextos— con ocasión de la enorme crisis económica y financiera que el coronavirus ha provocado y que ha trastocado las costuras de la norma, los procedimientos, los plazos e incluso, la imposibilidad misma de solicitar concurso de acreedores.

Si bien es verdad que, en 2020, en mitad de ese proceloso camino y túnel legislativo todavía quedaba por trasponer la Directiva de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, hoy todo aquel marasmo legislativo jalona los diferentes hitos del Texto Refundido. Un texto que ya desde hace años comienza su preámbulo con la rotundidad de una frase que puede leerse desde múltiples ópticas y que encierra y condensa en sí misma una concepción positiva y a la vez negativa, a saber:

«*La historia de la Ley concursal es la historia de sus reformas*». Pero también lo es, y no habrá quién lo jalone abiertamente, de sus deficiencias y fracasos, vacíos regulatorios y una realidad práctica desbordante en medio de sucesivas crisis económicas, primero una financiera bancaria, segundo, la derivada del coronavirus¹⁵.

¿Era necesario todo ese arsenal normativo y, en todo caso, en algún momento, no fue precipitado en exceso? Arsenal lleno de vaivenes interesados y sectoriales, donde se legisla, hoy como ayer, al albur y no menor capricho de algunos intereses, y donde las reformas se suceden sin solución de continuidad, entre la precipitación y la necesidad, el interés y el oportunismo,

14. En otro orden de cosas, y desde un planteamiento de responsabilidad patrimonial y análisis de la sociedad del «debito», aduce la sentencia de Casación italiana de 22 de junio de 2018, n. 16565, a propósito de la indebida salida de ciertos bienes y derechos en una revocatoria: «l'*eventus damni* debe considerarsi *in re ipsa*, consistendo nella lesione della *par condicio creditorum* ricollegabile all'uscita del bene della massa in forza dell'atto dispositivo».

15. Una buena panorámica en KAISER/HÖLKEN, «Gefährdung von Gläubigergleichbehandlung und Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts», NZI, 2021, Heft 1-2, pp. 11 y ss.

hasta que los excesos, como los defectos, evidencian estas notas y una más que deficiente técnica legislativa, que es el santo y seña de la manera que hoy, en España, se legisla.

A qué ratio última obedece que, en algún momento, no se quisiera esperar por la Directiva y encajar ya en un solo texto tremenda tarea normativa y también más práctica y realista¹⁶. Y solo año y medio después se procediese a otra reforma de calado integrativa.

Precipitación, improvisación, o simplemente relecturas de los impulsos legislativos de los diferentes gobiernos de turno y la situación económica. Meses, o quizás, simplemente días después, cuestionado el mismo Texto Refundido, aparecieron ya anteproyectos de reformas, al hilo de la transposición de esta Directiva que, en lo que atiene ahora a masa pasiva, preserva el crédito público y, gráficamente, entierra el perdón de las deudas, *recte*, créditos de la seguridad social y hacienda, los grandes conjuntamente con las entidades financieras, acreedores sofisticados y mejor informados dentro del mundo y la maraña de la asimetría informativa y tutela conflictual del crédito¹⁷.

En verdad ¿se quiere una auténtica armonización de los procedimientos de insolvencia, toda vez que las tornas hoy solo piensan en reestructuraciones y clases de acreedores?¹⁸ Es acaso, ¿más estratégico y nuclear el acreedor que no necesariamente más sofisticado? Véase al respecto y para un plan de rees-

16. Sobre la clasificación de acreedores a raíz de la directiva, y en el marco de la reestructuración no del concurso, véase el trabajo de BUIL ALDANA, «Algunas cuestiones relativas a la formación de clases de acreedores y socios en la directiva de reestructuración temprana y su transposición al derecho español», RDCyP, 2020, n.º 33, pp. 1 y ss. [recurso electrónico], señalando el autor como la Directiva establece en el apartado 4 del artículo 9 en el que se regula la «Adopción de los planes de reestructuración» un criterio general para la formación de clases consistente en la existencia de una «*una comunidad de intereses suficiente basada en criterios comprobables, con arreglo a la normativa nacional*». La Directiva, por lo tanto, abandona el criterio seguido en la Propuesta de Directiva que estaba centrado en el concepto de «derecho» de los acreedores para referirse a la «*comunidad de intereses suficiente*» aunque «*basada en criterios comprobables*». Tampoco añade la Directiva la definición de «*clasificación en categoría de acreedores*» que se incluía en la Propuesta de Directiva dejando por lo tanto muy pocas directrices sobre los criterios que deben seguirse para la formación de dichas clases. Para el autor, una formación de clases basada en el concepto de «comunidad de intereses» podrá suponer la existencia de numerosas clases en cada proceso de reorganización, incluso llegándose a la paradoja de que podrán darse clases con un único acreedor cuyos intereses sean distintos al de otros acreedores como para ser incluidos en la misma clase. Esto en supuestos en los que no cabe el «*cram down*» entre clases puede dar lugar a la existencia de numerosos vetos que fuercen a la búsqueda de la unanimidad (precisamente lo que se quiere evitar con los institutos pre-concursales) y en un escenario en el que sí cabe el «*cram down*» puede dar lugar a conductas abusivas en las que se creen clases separadas con el único objetivo de fragmentar el voto (*gerrymandering*), con el fin de lograr la aprobación del plan frente a la oposición de los disidentes.

17. *Vid.*, en ese momento, el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal para la incorporación a la legislación española de la Directiva (UE) 2019/1023, Directiva sobre reestructuración e insolvencia, del Ministerio de Justicia de 8 de julio de 2021.

18. Acertadas las reflexiones en el marco primero del II Congreso Internacional de Derecho Concursal, celebrado en junio de 2023 en Icade, y la ulterior publicación de, entre otros, WESSELS, «On harmonisation of insolvency law in the EU and a Crystal ball», *Perímetros de insolvencia, parámetros de reestructuraciones*, [VEIGA (Dir.)], Madrid, 2024, pp. 21 y ss.

tructuración la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián, de 8 de enero de 2025 y el rol de un acreedor estratégico en el escenario de reestructuración.

Ahora bien, ¿para quién es más eficiente el que no se perdonen las deudas públicas en la antesala misma de un concurso y luego en la solución concursal? ¿Por qué los mecanismos de pago, exacción, ejecución y recuperación del crédito público no juegan o son eficaces en el momento preconcursal y acumulan el monto en el escenario concursal? ¿Acaso la solución vendrá por esas hipotéticas alertas tempranas en las que los acreedores públicos avisarán al deudor que se encamina hacia una insolvencia? No podemos dejar de soslayo que el debate jurídico-político a favor o en contra de privilegiar a los acreedores concursales de derecho público no es algo propio de España, al contrario, y donde el mismo se lleva a cabo incluso dentro de concepciones irrestrictas pero efectivas de lo que aquí, tachamos de mera idea-valor, la *par condicio creditorum*¹⁹.

Adviértase que una de las grandes dificultades será dirimir a qué lógica y funcionalidad responde que las clases de acreedores existentes en el concurso, nada tienen o tengan que ver en un precurso, en una reestructuración. Y si esa ratio es dispar, cómo incidirá por ejemplo en el coste del crédito y la garantía que unas y otras lógicas concursales y preconcursales tengan fines y soluciones disímiles. Incluso de combinaciones factibles como la clasificación privilegiada o no que ha de darse, en su caso, a acreedores por *factoring* y cesiones de créditos globales o reservas de dominio ampliadas tan típicos en sistemas como el alemán²⁰.

No olvidemos que, incluso el propio acreedor puede renunciar a su posición, a su clasificación. No más contundente puede ser la sentencia de la

19. Imprescindible la lectura del trabajo de VON GLEICHENSTEIN, «Subsidiäre Verteilungsregel oder abstrakte Ausprägung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatzes?», NZL, 2015, Heft 3, pp. 49 y ss., quien afirma en p. 50: «Los argumentos de quienes se oponen a una supuesta sobrevaloración de la par condicio creditorum se dirigen principalmente a la cuestión de su legitimidad, por un lado, a través del principio constitucional de igualdad del art. 3 GG, por otra parte a través de la propia normativa concursal; sobre la dicotomía entre el principio de prioridad en la ejecución individual y el de igualdad de trato en los procedimientos de insolvencia; así como a las incompatibilidades de ordenamiento jurídico que surgen de la coincidencia de la estructura de derecho público de la seguridad social y las autoridades tributarias y sus créditos concursales, por un lado, y la estructura de derecho privado de los créditos de los demás acreedores, por el otro».

20. *Vid.*, entre otros, WAGNER, «Finanzierungsgeschäft», *Handelsgesetzbuch*, [EBENROTH/BOUJONG (Hrgs.)], 5ª ed., München, 2024, Rdnr. 28, cuando afirma: «En caso de colisión entre el factoring y una cesión global que garantiza un préstamo, se aplica generalmente el principio de prioridad. Por tanto, la cesión global de factoring entra en juego si precede a la cesión global al prestamista. Esta es la opinión mayoritaria, pero también en el caso contrario, sobre la base de una autorización de cobro del prestamista (tomador de valores), cuando el prestatario (proveedor de valores/cliente) finalmente recibe del factor el “valor no reducido” del crédito, basándose en el momento de la asignación. Esto debería aplicarse aún más al factoring falso y más barato. Una disposición contradictoria del prestamista no es válida según el artículo 307 del Código Civil alemán (como acuerdo individual según el artículo 138, apartado 1 del Código Civil alemán)».

Audiencia de Madrid de 24 de marzo de 2017 cuando precisamente cuestionando si un pacto de este cariz vulnera la hipotética igualdad de trato de los acreedores en el concurso sostiene:

«... la subordinación no obedece a la voluntad de las partes sino a la voluntad de la Ley, sin olvidar que tal pacto supondría para el acreedor una renuncia a la igualdad de trato en el seno del concurso que deberá ser objeto de una interpretación “estricta”, así las cosas, la jurisprudencia en cierto modo cuestiona este pacto de subordinación, y lo hace condicionándolo a una cierta restrictividad que impida la generalización».

La pugna entre el criterio legal y la autonomía de la voluntad y arbitrio en definitiva de las partes es la que contornea a la postre la clasificación de acreedores en una reestructuración, será la pugna que busque el equilibrio y la razón de ser en suma en la clasificación de acreedores tanto pre- como concursalmente²¹. ¿Tiene sentido una clasificación disímil en ambos escenarios o guardan una cierta identidad de razón amén de función y finalidad?

¿Quid con los acreedores «especialmente vulnerables» de los que habla la Directiva y quid con el acreedor público?²², o qué decir, sobre la misma cualidad de acreedor concursal en supuestos en los que, hasta el presente no

-
21. Nuevamente BUIL ALDANA, cit., p. 2 señala como «las respectivas clases de acreedores deberán estar conformadas por aquellos acreedores que están en una misma posición legal con similares derechos y que reciban el mismo trato bajo la reestructuración de que se trate. Para definir la posición legal y derechos de los acreedores se pueda acudir al rango concursal pero también a otros elementos del propio crédito como pueden ser la fecha de vencimiento del crédito o los acuerdos entre acreedores, entre otros. En este sentido, para determinar aquellos elementos del crédito que sean relevantes para la formación de clases será importante determinar contra qué situación alternativa del deudor se deberán comparar los derechos en liza de los distintos acreedores (“*appropriate comparator*”): deberán compararse contra el trato que esos acreedores recibirían en concurso (si el plan de reestructuración fracasa) o, por el contrario, deberán compararse contra el status que estos créditos tendrían en un supuesto en el que la sociedad continuase como empresa en funcionamiento (“*going concern*”) de ser el plan de reestructuración exitoso y garantizar la viabilidad de la compañía».
 22. Se plantea TREGLIA, el problema del régimen fiscal aplicable a una inscripción de hipoteca de cara a garantizar por el deudor el cumplimiento precisamente de las obligaciones tributarias a raíz de una pregunta de 22 de abril de 2021 a la Agencia tributaria italiana y el rol del acreedor público, véase TREGLIA, «Note minime sull'imposta nell'ambito della transazione fiscale», Dir. Fall., 2023, n.º 6, pp. 1084 y ss., la solución interpretativa propuesta esgrime que el contribuyente «considera que la constitución de la hipoteca en cuestión, por realizarse en interés del Estado, no está sujeta al impuesto hipotecario», ya que la inscripción: i) «es funcional para garantizar el correcto cumplimiento de la obligación tributaria, de hecho, reservada al Estado, siendo este último el sujeto en cuyo interés, en definitiva, se inscribe la hipoteca»; ii) «tiene como objetivo proteger el interés del acreedor (Hacienda) y no del deudor, hasta el punto de que muchas veces se exige la constitución de una hipoteca voluntaria como condición para la aceptación de la propuesta de operación tributaria, a fin de garantizar los ingresos de los créditos cubiertos por los mismos». En sentido contrario, como ya se anticipó, la Agencia Tributaria ha afirmado contundentemente que «... la solicitud de la formalidad por parte del deudor —que, en general, determina, conforme al artículo 11, párrafo 1, la obligación de pago del impuesto—, en ningún caso puede calificarse nunca de realizado exclusivamente “en interés del Estado”, ya que el interés predominante identificado en el presente caso es, contrariamente a lo afirmado

ha sido clara su catalogación. Mas verdaderamente, hoy, en nuestro país, ¿a alguien importa la suerte que corran los acreedores más vulnerables?, ¿realmente se protege a los acreedores en una norma concursal o solo a aquellos que prefieren sus causas patrimoniales?²³

Como botón de muestra véase la sentencia de la Audiencia de Navarra de 30 de septiembre de 2020, en un caso donde a un fondo de titulización se le va a calificar de acreedor concursal de los créditos titulizados de deudores en concurso. Fondo que actúa a través de una entidad gestora. La Audiencia Provincial de Navarra concluye que el Fondo de Titulización Alfa, a través de su sociedad gestora, debe ser considerado acreedor concursal, citando para ello la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de junio de 2020 que indica que:

«la aportación de derechos de crédito a un fondo de titulización supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo o crédito, pero conserva por Ley la titularidad registral y sigue manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración; siendo el fondo de inversión el nuevo acreedor, en todo o en parte, el cual se subroga en la misma posición jurídica que tenía de la entidad cesionaria concedente del crédito, ocupando su lugar en las relaciones con el deudor o prestatario, en lo referente al pago de la deuda».

El ordenamiento reserva a la cedente la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario con obligación de realizar cuantos actos sean necesarios para su efectividad y buen fin. Además, se le reconoce legitimación para instar el procedimiento de ejecución hipotecaria, pudiendo, en su caso, concurrir el titular de las participaciones como ejecutante. No existe sin embargo una previsión normativa que contemple esa especie de legitimación extraordinaria de la entidad cedente del crédito titulizado en caso de concurso del deudor hipotecario a efectos de atribuirle la condición de acreedor del crédito privilegiado.

Y a todo ello una apuesta decidida del legislador y no pocos prácticos del derecho, a saber, la tendencia no disimulada de ir hacia una desjudicialización amplia del proceso y una apuesta igualmente clara hacia lo preconcursal.

por el demandante, el del deudor». La situación de los ingresos que acabamos de expresar plantea dudas que requieren consideraciones adicionales.

23. Como bien ha trazado la doctrina alemana, la tarea de proteger a los acreedores en Alemania se ha confiado tradicionalmente al Derecho de sociedades (de capital). Sin embargo, el modelo de obtención y mantenimiento de capital, que equivale a una protección ex ante de los acreedores, fracasa en el contexto de la competencia entre los derechos corporativos y la orientación del derecho contable que se aleja de la protección de los acreedores hacia la protección de los inversores. Capital en este sentido el trabajo de THOLE, *Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht - Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz*, Tübingen, 2010. El trabajo de Thole se ha fijado la tarea de desarrollar un sistema de protección de los acreedores ex post, que se centre principalmente en la lucha contra la insolvencia y, al mismo tiempo, en la responsabilidad de los administradores y accionistas por acciones legales que perjudiquen a los acreedores (p. 50). El objetivo claro del procedimiento de insolvencia es, como bien señala Thole, la mejor satisfacción posible de los acreedores, incluso en la alternativa de la reestructuración (p. 56).

Todo se fía, *recte*, fiaba, en último caso a la trasposición de la Directiva de 2019. Como si esta fuera la panacea última de años de crisis y de profunda insatisfacción del derecho de insolvencias a la hora de la verdad.

Pero si lo judicial no ha funcionado de un modo óptimo, ¿acaso existe un sustitutivo creíble y eficiente en estos momentos? Mas los interrogantes no solo han de quedarse en este puro formalismo pues cabe pensar que, en las diversas trasposiciones que se han hecho de la Directiva de 2019 a los ordenamientos nacionales si, desde la perspectiva de los derechos fundamentales y en este caso, proyectada hacia los acreedores garantizados, ha habido excesos o, por el contrario, limitaciones cuando no constricciones²⁴.

24. Una visión apegadamente crítica de esta trasposición al derecho alemán en la ley StaRUG, que traspone la directiva, afirma TILGNER, «Grundrechtliche Fallstricke im StaRUG», NZI, 2022, Heft 19, pp. 761 y ss., p. 763:

«Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, también es dudoso que los §§49 y ss. StaRUG no establezcan normas especiales para los acreedores garantizados en la orden de estabilización. Una orden de estabilización en el sentido de StaRUG se dirige indistintamente contra acreedores simples y contra acreedores que tendrían derecho a la separación en un procedimiento de insolvencia. Dado que la regulación subyacente de la Directiva de reestructuración (art.6 II) impone a los Estados miembros que los acreedores garantizados deben estar incluidos en la suspensión de las medidas de ejecución individuales, los derechos fundamentales de la UE son relevantes.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, resulta problemático que los acreedores garantizados *in rem* estén en mejor situación debido a la función excluyente de los derechos *in rem*. Esto ordena este requisito de diferenciación que se deriva del principio de igualdad con respecto al derecho de propiedad del acreedor garantizado sobre la garantía. No es necesario eximir a los acreedores garantizados de cualquier contribución de reestructuración ni compensar íntegramente sus pérdidas. El estatuto de un derecho real que se aplica a todos y está garantizado, sin embargo, requiere que el núcleo de la función de exclusión siga siendo reconocible.

Durante el proceso legislativo de la Directiva de reestructuración, hubo muchos llamamientos para que los acreedores garantizados salieran mejor excluidos de la moratoria. El legislador de la Unión ha cumplido esta exigencia con el art.6 II Directiva rechazada. Dado que esta norma incluye explícitamente a los acreedores garantizados en la moratoria, la regulación de la directiva de reestructuración puede ser cuestionada en términos de derechos fundamentales, ya que no se puede reconocer la mejor situación requerida. Una posible forma de mejora que se ha propuesto para su implementación es compensar financieramente a los acreedores garantizados afectados, por ejemplo mediante la pérdida de uso y la compensación. El deudor tendría que dar prioridad al servicio de dichas obligaciones por pérdida de uso o a la compensación para mejorar realmente la situación de los afectados. Sin embargo, la legislatura de implementación no creó tal regulación. En cualquier caso, es discutible si habría sido suficiente para alcanzar la mejor situación exigida por los derechos fundamentales, porque los derechos reales del acreedor garantizado en caso de reestructuración degenerarían entonces en meros derechos relativos frente al deudor. Esta situación jurídica aún sería inferior a la del procedimiento de insolvencia alemán. Además, en el caso de un derecho de compensación puramente financiero, el acreedor soportaría el riesgo crediticio que desea excluir o minimizar optando por una garantía física.

A falta de una situación suficientemente mejor para los acreedores garantizados, ni las disposiciones de la StaRUG ni la norma subyacente de la Directiva de reestructuración son conformes con los derechos fundamentales en este punto. De este modo se invalidan los intereses reales de las garantías. Si la legislatura no soluciona este problema, es probable que esto aumente los costos de endeudamiento».

Ahora bien, el matiz de la provisionalidad, el albur de la improvisación y el anhelo de dar respuesta inmediata al problema puntual y la solución «benefactora» ante el concurso de ciertas empresas e intereses (no es lo mismo el concurso de la pequeña empresa —no olvidemos que el 55 % de empresarios son personas físicas— que el de un grupo de empresas) que concursaban ha estado igualmente presente en cada reforma, en cada «arrebato» e *impasse* oportuno y oportunista más que impulso legislativo.

Mas también han visto correcciones o propuestas de corrección jurisprudencial a la hora de interpretar no pocas ambigüedades que hoy como ayer sigue presentando la norma concursal, ámbitos, limitaciones, extensiones que, en el concreto ámbito de perimetración de la masa pasiva y, sobre todo, de clasificación de créditos sigue suscitando controversia, interpretación, duda y no menos incertidumbre a la que ha acudido solícito el legislador llegando a enmendarse así mismo, cuando no, a reinterpretarse sin constricción alguna²⁵. O retos de cómo clasificar las nuevas realidades credituales que pueden surgir fruto del avance tecnológico y su acompasamiento en la delimitación pasiva²⁶.

A ello debe unirse un interrogante recurrente, a saber, ¿se ha erosionado o en cierto sentido, se ha declinado la autotutela del crédito más allá de la idea utópica de la *par condicio*?²⁷ Acaso las reformas de 2015 que incidieron sobre todo en el viejo artículo 94 y ese siempre «enigmático» valor de garantía, ¿no carga sus ínfulas contra la hipertrofia de créditos privilegiados que ese mismo legislador no se cansa en acotar, al contrario?²⁸ O qué ocurre en verdad con el

25. En el perímetro mismo de la determinación de la masa pasiva, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2016, realizando una interpretación conjunta de los artículos 86.2 y 92.1 concursales, señala que la administración concursal debe incluir preceptivamente en el listado de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueren firmes, los que consten en documentos 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 que por cualquier otra razón consten en el concurso. De este modo, tales créditos que constan en la documentación del deudor, o en documento con fuerza ejecutiva, garantía inscrita en registro público, en procedimiento judicial, o en cualquier otro modo consten en el concurso, o los que para su determinación sea precisa actuación de comprobación de la Administración, fueran comunicados tardíamente tras el plazo del art. 21.1.5º y antes de la presentación por la administración de los textos provisionales o mediante la impugnación formulada conforme al art. 96 no serán clasificados como subordinados por comunicación tardía.

26. Véase por ejemplo el trabajo de BEGHIN/WAGENER, «Kryptoderivate in der Insolvenz des Emittenten», ZRI, 2025, Heft 1, pp. 13 y ss.

27. Visto lo visto, todavía llama la atención que la jurisprudencia apele a un trato paritario de los acreedores que simplemente no es, o si es, es una idea, un axioma, un principio con escaso valor real. Pese a exposicionandos de motivos y aparentes autocríticas del legislador como en las reformas de 2015. Véase entre otras la de la Audiencia de Castellón de 17 de junio de 2016.

28. Vienen al hilo estos interrogantes a raíz del interesante estudio de AMBROSINI, «La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. N. 119/2016: Il c.d. Patto marciano», Dir. Fall., 2016, n.º 5, pp. 1075 y ss., p. 1078 para quién la excepción de esta derogación singular de cierta autotela creditual viene de la mano de la propia norma 119/2016 que permite el pacto marciano sobre garantías inmobiliarias y siempre que el acreedor fuere una entidad financiera.

acreedor con privilegio especial en los supuestos de beneficio de exoneración de pasivo, ¿acaso no puede un hipotecario ejecutar la vivienda en estos supuestos o es que el BEPI evita la ejecución ex artículo 497 TRLC?²⁹

Muy crítico ha sido el exceso y quizá el ir más allá de lo que estaba habilitado el legislador en la refundición, al tratar el crédito público y su no exoneración en caso de un BEPI. ¿Verdaderamente el legislador ha actuado *ultra vires* en el artículo 491 TRLC? En dicho artículo se ha ido quizá demasiado lejos al excluir de exoneración del pasivo al crédito público, sea este crédito privilegiado, ordinario o incluso subordinado. Téngase presente además que el Auto 1/2001 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de 13 de enero de 2021 apunta en esta línea, excluye el crédito público del beneficio de exoneración.

En efecto, considera que el hecho de que el refundidor optase en la anterior reforma, dentro de los límites de la regularización, aclaración o armonización, por plasmar en el Real Decreto Legislativo una solución contraria a la adoptada por la jurisprudencia no implica que se haya incurrido en un exceso en delegación.

No obstante, reconoce que eso supone abrir un paréntesis temporal de inmunidad entre el 1 de septiembre de 2020 y la fecha en que se haga efectiva la transposición de la Directiva 2019/1023 que vuelve a desamparar el crédito público. Además, se lleva a cabo una interpretación integradora del artículo 491 del Texto Refundido entendiendo que la excepción del crédito público debe aplicar tanto en relación con el apartado 1 (que la menciona expresamente: cuando se ha intentado acuerdo extrajudicial de pagos) como en relación con el apartado 2 (que no la menciona: cuando no se ha intentado el acuerdo).

Sumamente crítico con el legislador refundidor ha sido el Auto de 8 de septiembre de 2020, del Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona, cuando asevera además, como el Texto Refundido introduce en el art. 491 una regulación manifiestamente contraria a la norma que es objeto de refundición, en concreto el art. 178 bis 3, 4º, lo que «supone un exceso *ultra vires* en la delegación otorgada para proceder a la refundición», pudiendo los tribunales ordinarios, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad (sentencias del TC de 28/7/2016 o de 29/11/18), inaplicar el precepto que se considere que excede de la materia que es objeto de refundición.

Pero ¿cuál es hoy en verdad, tanto concursal como extraconcursalmente el valor de la paridad?³⁰, ¿se puede renunciar a un privilegio?³¹, verdaderamente

29. Como bien nos recuerda CUENA CASAS, «La posición del acreedor ante el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho», *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la ley concursal*, [VEIGA (Dir.)], Cizur Menor, 2020, pp. 1099 y ss., p. 1114 al analizar al acreedor privilegiado concluye: «sí es exonerable el crédito cuando deja de ser privilegiado tras la ejecución de la garantía».

30. Ya en 2010 afirmaba THOLE, *Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht - Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz*, cit., p. 292 como en Alemania se hace a menudo referencia a la par conditio creditorum *para justificar todos los motivos de impugnación*, aunque correctamente —como en el derecho angloamericano— se debe hacer una distinción: por un lado, está el «Desafío de competencia de acreedores», que trata de

¿está en cuestión y discusión la naturaleza, esencia y vigor de las causas de preferencias?³², ¿hasta dónde llega o debe llegar la autonomía de la voluntad en este ámbito?³³, ¿dónde radica el mito de la igualdad y dónde el de la prioridad?³⁴ No estamos, como es sabido ante un principio absoluto, al contrario, un simple instrumento de naturaleza procesal que puede ser alterado³⁵. Acaso,

la *ventaja* lograda por un acreedor respecto de los demás a la hora de obtener cobertura. Esta impugnación —que en modo alguno está ligada a una sentencia tortuosa de falta de valor (p. 296)— se basa en realidad en la *par conditio creditorum*: el principio de prioridad ya no se justifica cuando los activos son escasos y es sustituido por el principio de igualdad de trato a los acreedores (p. 293). Aquí debe hacerse una distinción entre «desafíos relacionados con el deudor», que implican defenderse contra una elusión inadecuada de la responsabilidad por parte del deudor, es decir, en la terminología inglesa *de evitación de deuda*; también podría describirse como una «impugnación por mala conducta del deudor».

31. Como acertadamente se pregunta THOLE, «Was kann das Insolvenzrecht leisten?», KTS, 2019, n.º 3, pp. 289 y ss., sobre todo, p. 300 donde desarrolla «Das Stigma der Insolvenz».
32. No más claro podía ser en su magistral conferencia en Icade y ulterior publicación el profesor PAULUS, «Par conditio creditorum: what is this myth all about? Some observations about the ranking of claims in insolvency law», *Perímetros de insolvencia, parámetros de reestructuraciones*, [VEIGA (Dir.)], Madrid, 2024, pp. 79 y ss.
33. Vid. la aportación de DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Paris, 2005.
34. Certeramente hace ya una década señalaba VON GLEICHENSTEIN, «Subsidiäre Verteilungsregel oder abstrakte Ausprägung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatzes?», NZI, 2015, Heft 3, pp. 49 y ss., p. 50 como: «También de la propia InsO, en particular del § 1 InsO, no puede deducirse una justificación de la *par conditio creditorum* como principio de los procedimientos de insolvencia. El §§ 195 y siguientes InsO sólo exigen que “una fracción se reparta equitativamente” en la distribución final, de lo que no se puede derivar un principio de validez general. La primacía de la recuperación de costes, ya de por sí dudosa, sólo deja el principio de igualdad de trato en un segundo plano. También existen otras excepciones legales al principio de igualdad de trato, a saber, “la preservación de numerosos y amplios derechos de separación y derechos preferenciales a pesar de la reforma de la ley de insolvencia”, que es “privilegiado ante una posible entrada en vigor de una obligación de igualdad de trato y preferentemente servido antes que otros acreedores” limitaría su eficacia, de modo que la igualdad de trato de los acreedores sólo se produciría “cuando el ‘pastel’ de la masa de la insolvencia ya se haya distribuido en gran medida entre el administrador concursal y los acreedores garantizados”».
35. Lapidario, señalaba dos décadas atrás STÜRNER, «Der Abschied von der “Klassenlosen” Insolvenz», NZI, 2005, Heft 11, pp. 597 y ss., p. 597: «Man hatte die in der Tat vielfältigen traditionellen Konkursvorrechte und Sicherungsprivilegien als eine wesentliche Ursache für die Masseverzehrung und damit für den “Konkurs des Konkurses” erkannt», y a renglón seguido plantea la dicotomía: «Ahora bien, el principio de “*par conditio creditorum*” es ciertamente el principio fundamental de los procedimientos de insolvencia, que separa la ejecución colectiva de la ejecución individual con su principio de prioridad. Sin embargo, siempre ocurre lo mismo con los principios: *todo principio procesal conoce su antagonista o antípoda; sólo la interacción entre dos principios dialécticos crea justicia. La dialéctica del principio de igualdad es conocida y común a nivel constitucional: exige que los iguales sean tratados por igual y los desiguales, de manera desigual. ¿Esta regla básica no debería aplicarse en caso de insolvencia? ¿Era viable el enfoque más riguroso de la quiebra “sin clases”? También era más probable que una mirada a otros sistemas jurídicos importantes planteara más dudas. El derecho estadounidense, que es en parte el modelo de la reforma, incluye los valores muebles en caso de insolvencia como el derecho alemán, pero en su jurisprudencia finalmente permite una especie de elusión de gran alcance para los “valores respaldados por activos” de*

¿podría la subordinación erigirse en una técnica o instrumento preventivo de la insolvencia misma?³⁶

Nunca en verdad ni legislador ni prácticos del derecho han querido elevar aquél a principio absoluto. Al contrario. O cual es el valor de una acción revocatoria ante un acreedor con privilegio y qué función cumple, ¿puramente distributiva, o quizá, una anti-indemnizatoria?³⁷

El privilegio no es un dogma, como tampoco lo es concursalmente, la igualdad³⁸. Simplemente son la manifestación o el epítome más claro de los conflictos y tensiones de interés entre todos los afectados por una situación concursal³⁹. Otra cuestión diversa es la actuación y los deberes que los acreedores han de cumplir, o deberían, ante la crisis del deudor⁴⁰. Lo que, a la postre, supone, siempre, la imposibilidad absoluta de alcanzar un óptimo de realización y satisfacción para los acreedores toda vez que, finalmente, se impongan las normas imperativas, esto es, la imposición legal del privilegio que, de suyo, discrimina entre acreedores⁴¹.

todo tipo con el “rue sale” modelo efecto desmalezado (“lejanía”). El privilegio fiscal nunca ha sido completamente abolido en la legislación estadounidense. El derecho italiano, al igual que el derecho japonés, tiene complicados sistemas de privilegios que son eficaces al menos en algunos procedimientos de insolvencia; Por regla general, las autoridades fiscales también tienen privilegios con sus créditos fiscales (Privilege du Trésor). Cuando entró en vigor el InsO, surgió la pregunta de si la vía especial alemana, que en realidad sólo compartía Austria en Europa, era realmente prometedora para el futuro.

36. Tomamos prestado este interrogante tras el trabajo de EKKENGA, «Insolvenzvorbeugung durch Rangrücktritt», ZIP, 2017, pp. 1493 y ss.

37. En este contexto, la sentencia de Casación italiana, sez. uni., de 16 de febrero de 2022, n. 5049, afirma el principio de derecho conforme al cuál, la revocatoria, del pago ejecutado a favor del acreedor pignoraticio (en el presente caso, mediante la revocación de la venta del bien pignorado), determina el derecho del acreedor que revocó el crédito a ser incluido en la masa pasiva del concurso con el mismo privilegio.

38. Clásico el trabajo de WEILAND, Par condicio creditorum. *Der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und seine Durchbrechungen zu Gunsten öffentlich-rechtlicher Gläubiger*, 2010.

39. Hace cuatro décadas advertía FERRARI, «L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges», Gaz. Pal., 1978, p. 607 que afirma: «le droit égalitaire des foires de jadis est devenu ... la foire aux privilèges».

40. Afirma LENZI, *I doveri dei creditori*, cit., p. 22 como «de hecho, la perspectiva “funcionalista” de la responsabilidad patrimonial se refleja también en los procedimientos de insolvencia en los que se produce un retroceso de las formas heterónomas de protección —tradicionalmente garantes del interés público— con el correspondiente reforzamiento de la autonomía de las partes en la búsqueda de una solución a la crisis del empresario».

41. En la construcción argumentativa de VON GLEICHENSTEIN, «Subsidiäre Verteilungsregel oder abstrakte Ausprägung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatzes?», cit., p. 51 aquellos que defienden a ultranza el privilegio público se atrincheran en: «La crítica del pensamiento y los principales argumentos de quienes proponen privilegiar a los acreedores públicos debería ir precedida de un retorno a los fundamentos estructurales fundamentales de la aplicación de la ley. De esta manera, las consideraciones detalladas en las que “el bosque ya no se ve por los árboles” pueden clasificarse y evaluarse mejor en una dirección u otra.

a) Estructura básica común de ejecución individual y colectiva

El punto de partida conceptual para esta reconsideración debería ser la supuesta dicotomía entre el principio de prioridad en la aplicación individual y el principio de igualdad de trato en la

Mas, *¿cuál es la relación, la actitud, los límites que han de tener ex ante y ex*

aplicación general. Ambos principios se utilizan repetidamente uno contra el otro en la discusión. Se prioriza al primero como principio subyacente a todo el ordenamiento jurídico privado, de modo que la carga de la presentación y de la prueba recae en el segundo como excepción al primero en cuanto al peso y alcance de su validez. Sin embargo, este enfoque ya está marcando el rumbo equivocado. Parece más correcto comenzar en un punto lógicamente anterior, en un nivel más abstracto, es decir, con los puntos comunes de ambos: en el contexto actual, ambos principios tratan de un procedimiento legalmente regulado para la ejecución obligatoria a través de la intervención soberana en asignaciones de activos organizadas bajo control privado. ley. Antes e independientemente de la distinción entre ejecución general y ejecución obligatoria individual, los principios asignados a cada una de ellas tienen una cosa en común: a saber, su carácter temporal. Este determina —necesariamente en un nivel de abstracción adecuado— tanto al acreedor como a los bienes que se le asignan mediante el embargo y la vinculación de los bienes del deudor en el acto soberano de ejecución forzosa; en el caso de ejecución coercitiva individual mediante el embargo y enredo de dinero, derechos o bienes muebles e inmuebles a favor del acreedor ejecutante por parte de los agentes judiciales o del tribunal de ejecución, en el caso de ejecución global mediante el embargo concursal de la insolvencia masa a favor de los acreedores del concurso mediante auto de apertura del tribunal del concurso. Bajo el aspecto de la relación temporal, la dicotomía entre el principio de prioridad y el principio de igualdad de trato se disuelve: ambos son la otra cara de la misma moneda, es decir, la regla general de justicia, uno de cuyos lados es: ¡El primero en llegar, el primero en ser atendido! Y el otro, lógicamente inseparable: ¡Quien viene al mismo tiempo, come al mismo tiempo! Como ambos son lo mismo, esto último también se aplica a la ejecución individual: el mismo rango se aplica a todos los acreedores que han adquirido un gravamen sobre una cosa al mismo tiempo mediante la ejecución individual.

Por lo tanto, el acreedor es, sin distinción, sea grande o pequeño, sea de derecho privado o de derecho público y cualquiera que sea el motivo de la deuda, quien tiene un derecho obligatorio contra el deudor en el momento de la ejecución. Son bienes exigibles o bienes concursales todos, con independencia de que se trate de derechos, bienes muebles o inmuebles, créditos u otros bienes y bienes monetarios, que tenga el deudor en el momento de la acción ejecutiva individual.

... todos los acreedores reciben el mismo trato tanto en la ejecución individual como en la general, y ni las autoridades tributarias ni las instituciones de seguridad social cuestionan la prioridad de las garantías reales o gravámenes anteriores concedidos contractualmente o adquiridos mediante ejecución en el contexto de la ejecución individual. Términos como garantía, separación y acreedores de separación no se refieren a diferentes acreedores de la insolvencia que recibirían un trato diferente en el Código de Insolvencia, sino que tienen en cuenta el alcance limitado de la masa de la insolvencia definido por el momento de la apertura y se refieren a los titulares. de los derechos mencionados como tales y con respecto a la explotación de estos derechos precisamente fuera de los límites del procedimiento (§§ 47 y ss., aunque también pueden ser acreedores en el sentido del derecho concursal y como tales pueden participar en el procedimiento (§ 52 InsO).

Y otra consecuencia evidente surge del momento y del paralelismo estructural asociado del principio de prioridad e igualdad de trato: los acreedores de costos no son los acreedores de ejecución/insolvencia. Cómo en la ejecución coercitiva individual las costas se ejecutan simultáneamente con la demanda principal y, si es necesario, con prioridad ante ella (§788 ZPO, §367 BGB, §15 GVKostG, §872 ZPO, §109 ZVG), los costes de la ejecución global se deducen de los bienes ejecutados con prioridad, sin que los acreedores de costes (tribunal de insolvencia, administrador, acreedores reales de la insolvencia) se conviertan en acreedores de la insolvencia (§§53 a55, 208 InsO). Tampoco en este caso nadie afirma, en el caso de la ejecución individual, que la prelación de las costas contradiga el principio de prelación. Tan pronto como los costes reales de ejecución de la ejecución individual o total (§788 ZPO, §54 InsO) ya no están cubiertos, no existe o cesa la ejecución obligatoria, a menos que el acreedor o los acreedores estén dispuestos a cubrir los costos de los acreedores (§207 I 2).

durante los acreedores en un proceso concursal?⁴² Y *a sensu contrario*, ¿cómo se protegen diligentemente los acreedores ante fenómenos dilatorios o perjudiciales del deudor cuando este es conocedor de la inviabilidad del camino a seguir en unas negociaciones imposibles pero que solo bloquean la solicitud de concurso?⁴³

Es indudable que el derecho de garantías, sobre todo las reales, cuna y panacea del privilegio especial, se ha aclimatado absolutamente a un procedimiento concursal, tanto en sus efectos paralizantes, como en sus listados que han permitido huir de los mismos, entiéndase garantías financieras, pero hoy precisa de una nueva aclimatación al derecho preconcursal y los planes de reestructuración⁴⁴. Como paralelamente es indudable a su vez que la amenaza de insolvencia y de incumplimiento son los dos grandes riesgos a los que se enfrenta todo acreedor está o no garantizado. Descontar estos dos riesgos y su coste, se consigue en parte solo por quiénes tienen la posibilidad de proveerse y contratar garantías que inmunicen su derecho de crédito. Cuándo hacerlo es clave no siendo idéntica la situación tampoco ante un desconocido por el acreedor —salvo sofisticados y profesionales (hacienda y crédito bancario)— estado de insolvencia sea este inminente, sea actual. Siempre creyendo además que las probabilidades de cobro y saneamiento son aún más factibles en un escenario de inminencia⁴⁵.

El calendario y el principio de prioridad resultante o el principio de igualdad de trato siguen aplicándose incluso durante los procedimientos de insolvencia en curso: mientras los activos de la insolvencia sean suficientes, los gastos de liquidación se deducirán de ellos de acuerdo con el principio de prioridad. Cada acreedor de la masa puede ejecutar sobre la masa y obtener satisfacción de ella según su prioridad. Tan pronto como ya no es suficiente para cubrir las obligaciones masivas, se produce la quiebra».

42. Así, sostiene LENZI, *I doveri dei creditori nella crisi d'impresa*, cit., p. 208 como la propia responsabilidad de un acreedor en la relación obligatoria se acentúa en el momento en el cual el deudor entra en crisis. «Si attivano, infatti, istituti finalizzati a contenere comportamenti dannosi erodere la garanzia patrimoniale generica del debitore o violare ingiustificatamente il principio della *pars condicio creditorum*».
43. Al respecto y este coste de indagación versus información, WAZLAWIK, «Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigernachteilungsvorsatz des Schuldners: Schutz des Vertrauens auf schlüssige Angaben des Schuldners oder des Sanierungsberaters?», NZI, 2022, Heft 19, pp. 765 y ss.
44. Muy claro en este punto FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, Paris, 2020, p. 549 y al hilo de la directiva de 2019, cuando afirma: «... la directiva europea sobre reestructuración preventiva, su transposición no parece que vaya a completar la aclimatación de las garantías reales. Se han explorado dos vías con vistas a normalizar las garantías reales en general y remediar las numerosas deficiencias que se han detectado. En primer lugar, conviene regular los derechos de los acreedores anteriores. Para ello, se propuso la definición de un régimen primario para las garantías reales en los procedimientos de reestructuración, al tiempo que podrían introducirse normas especiales en función de la naturaleza específica de determinadas garantías reales. En segundo lugar, se propuso renovar los derechos de los acreedores posteriores».
45. Realista sin duda al trazar el perímetro de la inminencia KUMPAN/MISTEREK, «VO (EU) 596/2014 Art. Insiderinformationen», *Kapitalmarktrechts-Kommentar*, [SCHWARK/ZIMMER (Hrgs.)], 5ª ed., München, 2020, Rn 309-317 cuando señala: «el motivo de la *insolvencia inminente* (artículo 18 InsO) juega un papel especial. Entra en vigor tan pronto como la empresa ya no sea probable que pueda cumplir con sus obligaciones de pago existen-

Acaso, las normas concursales, en el ámbito de la masa pasiva han sido capaces de instituir o eregir una suerte de deberes de carácter negativo y deberes de no hacer a los acreedores, y máxime a los privilegiados? *¿Cabe todo en la anchura genérica de un principio de buena fe exigible en todo momento a los acreedores aún siendo conocedores de la impotencia e incapacidad de pago o incluso de los porqués reales de esta?*⁴⁶

Hasta qué punto existe el deber de los acreedores, sobre todo, bancarios y privilegiados, de activar comportamientos homogéneos que faciliten la gestión y saneamiento de la empresas en crisis?, ¿qué conoce en verdad y qué acceso y cómo tiene una acreedor privilegiado a una empresa en crisis, incluso ya en concurso, y cómo maneja una potencial pero confidencial información del fallido?⁴⁷

tes cuando vencen (artículo 18, párrafo 2, InsO). La mayoría de la jurisprudencia y la literatura consideran que la amenaza de insolvencia requiere que la insolvencia ocurra con una probabilidad superior al 50%. La insolvencia inminente existe como circunstancia actual si la insolvencia, según el artículo 17 InsO, se define como una circunstancia futura precisamente en el sentido del art. 7, apartado 2, frase 1 del MAR. La insolvencia futura inminente (es decir, una doble previsión) ya sería, por tanto, un dato preciso si el incumplimiento de las obligaciones de pago a tiempo sólo representa más del 25% es probable. Este resultado parece paradójico, por un lado, porque la insolvencia futura y la amenaza de insolvencia (futura) derivan su especial relevancia (precio) igualmente de la posibilidad de insolvencia real (el resultado final). Además, parece absurdo, ya que en caso de insolvencia inminente sólo el emisor tiene derecho a declararse en quiebra (artículo 18, apartado 1, InsO) y, por lo tanto, normalmente no existe un riesgo significativamente mayor de que se inicie un procedimiento. La posibilidad de una exigencia de publicación ad hoc extremadamente anticipada también parece extremadamente problemática dada la gran sensibilidad de la empresa en problemas a las reacciones de pánico de acreedores y prestamistas. Esta es probablemente una de las razones por las que en el pasado se han hecho varios intentos de mantener la amenaza de insolvencia como motivo de insolvencia fuera del alcance de las obligaciones del derecho interno, o al menos someterlo a requisitos particularmente estrictos. En efecto, no es necesaria ninguna modificación, ya que sólo se avanza en la precisión del artículo 7, apartado 2, del MAR. Sin embargo, esto no cambia la evaluación de la relevancia del precio, que, basándose en el valor fundamental, tiene en cuenta principalmente la posibilidad de una insolvencia real y de la liquidación de una empresa. Por lo tanto, una futura insolvencia inminente no suele tener importancia alguna en términos de precios».

46. De un modo genérico LENZI, *I doveri dei creditori nella crisi d'impresa*, cit., p. 209 alude entre las negativas a «il divieto generale di porre in essere condotte abusive el proprio diritto, ma soggetto al quale si impongono anche doveri a carattere positivo, di cooperazione attiva, e di più complessa definizione».

47. Revelador el trabajo de BRIGHENTI, «Sull'accesso dei creditori privilegiati al fascicolo della procedura nel concordato preventivo», *Dir. Fall.*, 2024, n.º 3-4, pp. 714 y ss., p. 723 cuando afirma: «es necesario reconstruir en qué términos se protege la información confidencial en el contexto de un procedimiento de insolvencia, para establecer en qué casos el derecho de los acreedores a acceder al expediente del procedimiento encuentra un límite en la confidencialidad de la información. información solicitada. Una primera categoría de información confidencial está representada por información de naturaleza particularmente delicada y, por lo tanto, debe mantenerse absolutamente secreta para evitar que su difusión ponga en peligro al deudor o las actividades de los órganos procesales o de investigación. Esta primera categoría incluye la información «relativa a la responsabilidad penal del deudor y de terceros y a las actuaciones que el síndico se proponga proponer si pueden conducir a la adopción de medidas cautelares, así como a circunstancias ajenas al interés

¿Existe, intramuros el concurso, un interés «prioritario» de los acreedores? Mas, en todo caso, ¿por parte de qué acreedores? A todas luces, no se desdeña la hipótesis que este interés, solo se predicaría de aquellos acreedores más sofisticados, más aversos al riesgo y, por tanto, con mayores posibilidades de una satisfacción tanto extra como endoconcurzal. Sin obviar que son ellos, los que *a priori* tiene la posibilidad de un conocimiento cierto o muy próximo de la realidad económica y de endeudamiento del deudor⁴⁸. Como también la preferencia por liquidar o ejecutar un bien o activo que tienen como garantía en vez de preservar la actividad y continuidad en una gestión deficitaria y con un riesgo de empeoramiento del activo total.

En otro orden de cosas hemos de interrogarnos si en verdad, los acreedores están capacitados o en condiciones para valorar si la actividad de la empresa tanto en un escenario preconcursal como ya insolvente es capaz de generar valor, continuidad real y efectiva y salir de ese endeudamiento o lastre. Amén de que esa valoración sea racional y hasta cierto punto razonable desprovista de una preeminencia o absolutidad en defensa únicamente de sus específicos intereses. Y aunque previsto en la Directiva de 2019, y por tanto en marcos de reestructuración, es perfectamente extrapolable a todo el espectro o conjunción de pretensiones y de intereses en concurren en la insolvencia, el considerando 3 *in fine* afirma:

«... En los marcos de reestructuración deben protegerse los derechos de todos los implicados, incluidos los trabajadores, de manera equilibrada. Al mismo tiempo, *las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia* deben liquidarse lo antes posible. Cuando *un deudor en dificultades financieras no es económicamente viable* o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas en detrimento de los acreedores, los trabajadores y otros interesados, así como de la economía en su conjunto».

del procedimiento”. y que afecten al ámbito personal del deudor». Se trata de información de la que el juez delegado, conforme al art. 130, párrafo 8, CCIL, puede disponer el secreto con el efecto, en primer lugar, de obligar al síndico a omitir las partes relativas a ellas en el informe resumido que debe enviar cada seis meses al deudor y a los acreedores (art. 130, párrafo 9); y, en segundo lugar, reunir los títulos y documentos relativos a ellos en un expediente confidencial al que ni el deudor ni los miembros de la junta de acreedores puedan tener acceso (art. 199, apartados 1 y 2). En estos casos, cabe destacar, la inextensibilidad deriva de una disposición del juez delegado y por tanto se trata de documentos identificados previamente por su intromisión en intereses superiores y preeminentes respecto del principio general de transparencia. del expediente concursal. Esta misma categoría de información confidencial incluye también las relativas a negociaciones pendientes con terceros (por ejemplo, para la venta o el alquiler de la empresa del deudor) y las relativas a la identidad de quienes solicitan examinar los bienes puestos en venta por el procedimiento porque están interesados «en presentar una oferta».

48. No más clara puede ser LENZI, *I doveri*, cit., cuando señala p. 73 «se è infatti assodato che, con l'avvento della crisi, il debitore debba tener conto dell'interesse dei creditori, non è altrettanto evidente se e fino a che punto il singolo creditore debba considerare le esigenze degli altri creditori o di soggetti "terzi". La valorizzazione delle forme di autotutela non implica, infatti, la definitiva e totale remissione della regolazione della crisi alla discrezionalità delle parti».

Hoy más que nunca deberíamos, de nuevo cuestionar y «plantear una valiente reducción cuando no limitación de las causas de preferencias», sean estas negociales, sean legales —genuinos privilegios—⁴⁹. Sobre una base justificativa y en pro de una finalidad distributiva real. Reducción que no eliminación total, pero sí una decidida purga real de las causas de preferencia, tanto negociales como también, legales o públicas. Dos décadas de experiencia concursal no han favorecido las pretensiones de aquellos acreedores que no han titulado privilegios especiales y en función de su rango. Al contrario, ha erosionado los principios concursales, como buena parte de la lógica del derecho común⁵⁰. Como también deberíamos parametrizar el valor de la subordinación y si la misma, sobre todo la voluntaria ha de encajar o no dentro de un marco de neutralidad ante la apertura de un procedimiento concursal⁵¹.

49. Véase el interesante artículo de ZIINO, «La Suprema Corte limita il privilegio processuale in favore del credito fondiario», *Dir. Fall.*, 2019, n.º 5, pp. 1159 y ss.

50. En parecidos términos señalaba CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, Defrénois, Paris, 2003, p. 4 «Le droit des procédures collectives participe pleinement à une érosion constante du droit commun, puisqu'il procède à une spécialisation des règles de celui-ci, en forgeant un corps de règles adapté aux particularités des entreprises en difficulté».

51. Imprescindible el trabajo de CENTONZE, «Postergazione volontaria e concordato preventivo: il problema distributivo (spunti da un caso concreto)», *Dir. Fall.*, 2024, n.º 3-4, pp. 477 y ss., autor que se hace eco de las diferentes opiniones, por tanto, sobre el tratamiento concursal del acreedor subordinado en virtud de una subordinación específica no concursal: la primera, que, en definitiva, lleva a comprobar si el acuerdo de subordinación prevé o no una disposición de donación a favor del acreedor beneficiario (en un caso, el crédito subordinado participa en el concurso en beneficio del acreedor beneficiario; en el otro caso, el crédito subordinado no participa en el concurso, por tratarse de un crédito incobrable, como en el caso del crédito subordinado crédito fuera de competencia general o absoluta); el segundo, por el cual el acreedor subordinado participa en el concurso en igualdad de condiciones con los demás acreedores, pero el contrato de acreedor subordinado es oponible al deudor, quien debe cumplir a favor del acreedor beneficiario; el tercero, por el que la subordinación deja de tener eficacia externa, continuando operando exclusivamente en las relaciones internas entre las partes (acreedor subordinado y acreedor beneficiario, con la consiguiente obligación del primero de transferir la cantidad recibida al segundo). Los tres enfoques también pueden examinarse desde otra perspectiva: el primero excluye que la apertura del concurso de acreedores altere el alcance de la cláusula de aplazamiento con respecto a la fase de ejecución (el crédito era y sigue siendo incobrable, a menos que la apertura del concurso haga cualquier obligación de dar, de la que se haya dado cuenta varias veces, vigente); el segundo y el tercero, sin embargo, afirman lo contrario, es decir, que el acuerdo de subordinación extracompetitivo opera de manera diferente, antes y después de la apertura del concurso, y hacen de esta afirmación el punto de apoyo de sus respectivas tesis. La cuestión, sin duda compleja, debe abordarse gradualmente. Como punto previo, conviene recordar el principio general del Derecho concursal, según el cual el crédito participa en el concurso con características propias, salvo disposición legal en contrario, como, por ejemplo, las que determinan la suspensión de intereses. (art. 154, apartado 1, cci), la extinción anticipada del crédito (art. 154, apartado 2, cci), o su conversión (ex art. 158 cci). En otras palabras, la apertura del procedimiento colectivo es un hecho que no suele tener influencia sobre el contenido del derecho de crédito.

Recuérdese como hemos avanzado supra como la subordinación podría prevenir o mitigar en algunos supuestos la insolvencia misma, *vid.*, EKKENGA, «Insolvenzvorbeugung durch Rangrücktritt», *ZIP*, 2017, pp. 1493 y ss.

En ocasiones ha acertado, ha resuelto, ha completado espacios, perímetros, intereses y soluciones, en otras, francamente, todo sigue como estaba aun a riesgo de empeorar o agravar la situación⁵². Y por esta senda ha ido, sin duda, también la enésima reforma que ve la luz, el Texto Refundido. Amén de una ignota, hasta ese momento apuesta, decidida por lo preventivo, por la evitación con respaldo legal de la insolvencia misma facilitando y arrastrando con ello la preferencia hacia acuerdos de refinanciación y en su caso, extrajudiciales de pago. Mas eso sí, jamás exento de una conflictualidad de intereses sumamente contrapuesta⁵³.

Mas junto a los propios, específicos y hasta cierto punto egoísticos intereses de los acreedores, el concurso, la insolvencia atesora otra multitud de intereses que concurren con aquellos⁵⁴.

Piénsese en el tránsito conceptual habido entre bienes necesarios y bienes afectos cuando de la paralización y realización de las garantías reales se trate, amén de pseudoasimilados a las mismas aunque la base sea dominical y no de garantía, y el juego de equivalencias y divergencias entre estos dos conceptos que no siempre distan de ser claros, ¿quid con el metálico o tesorería de una empresa en concurso? [Auto de la Audiencia de Barcelona de 25 de noviembre de 2016]⁵⁵. Una impronta en la que el deber de elaboración del inventario y la descripción de bienes y derechos es clave también en masa pasiva, amén del importantísimo rol que juega en la masa activa⁵⁶.

No existe una homogeneidad de intereses en la masa pasiva, la tutela del crédito es una tutela conflictual, contrapuesta, posicional, exclusiva y excluyente⁵⁷. Y donde se han estirado y alargado esquemas, conceptos, decisiones y clasificaciones en aras de una utópica par condicio creditorum que el legislador ha sido el primero en ignorar aviesamente en 2003 pero también en la

52. Por paradójico que pareciere no era claro el límite temporal previsto para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores en fase de liquidación del previsto en fase de convenio. Así, la Sentencia del Supremo de 4 de noviembre de 2016 trata de arrojar claridad frente a esta situación. Para la misma, y tras preconizar la independencia del límite temporal previsto en fase de liquidación respecto del previsto en fase de convenio, zanja la polémica afirmando que, una vez frustrado el convenio y abierta la liquidación, en relación con la petición de modificación de la lista de acreedores, sólo resulta oponible el límite temporal previsto para la liquidación.

53. *Vid.*, SEAGON, «Interessenkonflikte beim Cash-Pool in der Unternehmenskrise», ZRI, 2024, Heft 21, pp. 1002 y ss.

54. Una lectura comparada de esta concurrencia de intereses desde la óptica de diversos ordenamientos europeos y EEUU en NUZZO, *Il conflitto di interessi dei creditori nei concordati*, Milano, 2019, pp. 72 y ss., pp. 106 y ss.

55. En línea y sintonía con el Auto de esa misma Audiencia de 26 de febrero de 2007, este de la sección 11ª, aquella de la 15ª, y en la que considera e incluye a la vez como bienes necesarios «el metálico, siempre que no resulte excedente y cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa».

56. Sobre estos deberes, véase nuestro comentario, VEIGA, «Artículo 198 y 199», *Comentario al texto refundido de la ley concursal*, I, [VEIGA (Dir.)], Cizur Menor, 2021, pp. 1145 a 1161.

57. Ello no empece a que recurrentemente se apele a la igualdad de trato. Sirva como muestra el trabajo de VÖLKER, «Gleichbehandlung im StaRUG», ZRI, 2024, Heft 23-24, pp. 1098 y ss.

última de las reformas anteriores al TRLC cuando autojustificaba un artículo 94.5 pésima y gramaticalmente mal redactado⁵⁸. Y la práctica es desbordante, surgiendo continuamente supuestos, hipótesis, casos y hechos que han sido o preteridos o ignorados o simplemente desconocidos y con el tiempo han irrumpido en la cadena imparable de reformas concursales y tutelas de acreedores⁵⁹.

Una tutela disímil tanto *ab initio* como final, pues no todos los acreedores se encuentran en una idéntica situación, ni tampoco capacidad, selectiva o no frente al riesgo⁶⁰. Más allá del interés recuperatorio del crédito debido, solo ciertas estrategias pueden instrumentalmente pero, también estratégicamente, condicionar ciertos posicionamientos comunes, sea para el convenio, sea, en menor medida, para la liquidación⁶¹. Lo cual acaba siendo el corolario lógico de una apuesta por una preeminencia legal de ciertos acreedores⁶².

58. Así, por utópica y poco realista consideración en lo expuesto, Sentencia del Supremo de 21 de enero de 2009 se atreve a argüir un eje *par condicio creditorum*, interesado y oportunista al señalar: «...A la falta de consistencia de los argumentos de la parte recurrente procede añadir varias razones que permitan dar un fuerte soporte jurídico al criterio de la resolución recurrida. Y al respecto cabe señalar:

a) Un criterio lógico y racional aconseja que se descuenten los *créditos* ya clasificados, no sólo ya para evitar el sin sentido de una doble calificación, sino, además, porque los que tienen un privilegio específico (arts. 90 y 91.2º LC) ya se hacen efectivos con antelación (art. 156 LC), y en cuanto a los *subordinados* no es razonable que se tomen en cuenta para incrementar la base de cálculo que repercute en favor del privilegio general, cuando sucede que dichos *créditos* están sujetos a discriminaciones en diversos aspectos y entre ellas la de postergación en el pago (art. 158 LC); y, b) La solución que se sigue es plenamente ajustada a la regulación legal, tanto en lo que se refiere al texto literal, según se deduce de la exclusión expresada en el inciso primero y la referencia a “este privilegio” del inciso segundo, sin que obste la alusión al “conjunto de los *créditos*” porque hay que entenderla a los “no clasificados”, como al nexo lógico entre los preceptos que conforman el régimen de clasificación de *créditos* y sus respectivas condiciones y efectos. Y asimismo armoniza plenamente con las líneas directrices del sistema consistentes en restricción de los *créditos* privilegiados, interpretación restrictiva de los privilegios, y respeto al principio de igualdad de trato de los acreedores —“*par condicio creditorum*”—; a lo que aún cabe, finalmente, añadir la mención estricta de las “cuotas” de la Seguridad Social que se hace en la E. de M. de la LC (V, párrafo tercero) en relación a la fijación del porcentaje del 50% del privilegio».

59. Piénsese por ejemplo en la situación de los tenedores de bonos y la insolvencia del emisor, quid con ellos y qué posición tienen en el concurso. *Vid.*, sobre todo, FISCHER, «Die Rechtsstellung der Anleihegläubiger in Krise und Insolvenz des Emittenten», WM, 2018, Heft 33, pp.1529 y ss.; también FLORSTEDT, «Lehren aus dem Zusammenbruch des Marktes für sog. Mittelstandsanleihen», ZBB, 2017, pp. 145 y ss.

60. No les falta razón a McCORMACK/KEAY/BROWN, *European Insolvency Law. Reform and Harmonization*, Cheltenham/Northampton, 2017, p. 111 cuando categóricos afirman: «Financial claimants are more likely to take security than commercial claimants». Una distinción que contraponen a otro espejo, el de créditos asegurados frente a ordinarios o no asegurados. Por lo que, prima facie, tienen privilegio los acreedores financieros frente a los comerciales.

61. Así, sobre esta homogeneidad que probablemente solo se puede predicar en ciertos votos de la mayoría, SACCHI, «Lupi e il conflitto di interesse dei creditori nel concordato», Riv. Dir. Comm., 2014, n.º 112, vol. 1, pp. 49 y ss., p. 53 en cuanto a la operatividad del principio mayoritario que obra más allá de la homogeneidad de intereses señala como solo en caso de que esta exista, la decisión mayoritaria produce el mismo efecto para todos los

Más allá de conformar parte de la masa pasiva, más allá de posicionarse con preferencia de otros acreedores y más allá de alcanzar un mecanismo mínimamente eficiente para recuperar lo debido, la estrategia de cada acreedor es disímil a la de otros, pero forzosamente se ve condicionada *intra* muros del concurso a los cauces procedimentales de este⁶³. Caudes que preceptúan e imponen una convergencia donde la excepcionalidad es mínima.

Y es que la posición del acreedor como la de cualquier crédito, es y puede ser, a ojos del procedimiento, *recte*, de la norma y sus interpretaciones jurisprudenciales, claudicante, cuando no cambiante. Buena muestra nos la ofrece la sentencia de la Audiencia de Jaén de 10 de septiembre de 2020 en un supuesto ante la rescisión de un pago que no genera *per se* la existencia o el surgimiento de un crédito contra la masa. En los hechos, los socios de una cooperativa realizan una serie de retiradas de dinero de una cuenta bancaria en fechas próximas al concurso. No se discute la rescindibilidad del pago (que viola la *par conditio* teniendo los socios conocimiento de la situación próxima a la insolvencia) sino las consecuencias de dicha rescisión.

Los socios pretenden que, como no se ha apreciado mala fe en su actuación, se les reconozca un crédito contra la masa. La Audiencia nos recuerda que la rescisión de un pago no es lo mismo que la de un contrato bilateral. La rescisión de un pago supondrá su ineficacia y la condena del receptor del pago a su restitución, con los intereses legales. Lo que se declara ineficaz es el pago, no el contrato del cual surgió la obligación de pago.

Pues, ¿qué impide a un acreedor relegar o postergar voluntariamente su crédito, o qué impide a un privilegiado votar en un convenio cuando puede quedar a expensas de este si así lo hubiere decidido?⁶⁴ Comportamiento y estrategia, voluntarismo y eficacia. Mas prima lo personal, el interés concreto de cada acreedor, no el del concurso ni menos del concursado para todos y

votantes, existiendo una relación de instrumentalidad entre los intereses de los votantes y, por tanto, un interés común que justifica la sujeción de la minoría disidente a la voluntad mayoritaria.

62. Clásica la aportación de LIBONATI, «La tutela del creditore a fronte dell'inadempimento del debitore», *Scritti giuridici*, vol. 2, Milano, 2013, pp. 775 y ss., anteriormente en *Fall.*, 1984, I, pp. 11 y ss., cuando afirmaba tras blasonar la «preeminencia de los acreedores» p. 776: «quella tutela, però, a rigore non è il fine, ma il mezzo. In realtà, ciò che muove il discorso non è l'istanza logica, o ontologica, di dare soddisfazione a chi ha concesso credito; è invece l'istanza economica di consentire a chi ha concesso credito di vedersi rimborsato, affinché possa riattivare, con la sua disponibilità, il mercato finanziario e così il sistema produttivo».
63. Esta es la posición de los acreedores con garantía real en un concurso. Afirmaba hace más de un siglo THALLER, *Traité élémentaire du droit commercial*, 3ª ed., t. 2, Paris, 1904, n.º 121, p. 2 como los beneficiarios de una garantía «ne voient pas leurs intérêts mis en péril par la chute pécuniaire du débiteur: leur sûreté subsiste, l'hypothèse d'un revers a été prévue».
64. Una buena reflexión del peligro innato de llegar a una insolvencia como consecuencia de los créditos subordinados voluntariamente, en BITTER/RAUHUT, «Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten», ZIP, 2014, pp. 1005 y ss.; y a senso contrario, el empleo de la subordinación como mecanismo que previene la insolvencia, *vid.*, EKKENGA, «Insolvenzvorbeugung durch Rangrücktritt», ZIP, 2017, pp. 1493 y ss.

cada uno de los acreedores. Comportamientos que, aun cambiando el foco, quizá llegan demasiado tarde en un procedimiento concursal, y sí tengan un cierto recorrido en marcos de reestructuración. Comportamientos que parten de una lógica simplista, facilitar y vehicular marcos de refinanciación y reestructuración para lo que los acreedores con privilegio, máxime los bancos o entidades financieras, son el eje cardinal⁶⁵.

Quien subordina un crédito no renuncia al mismo, sí a su posicionamiento de cobro, a su satisfacción, pero algo subyace a tal estrategia⁶⁶. Nadie subordina ni relega arbitraria o caprichosamente su pretensión. Siempre hay algo, una causa, un razonamiento, una pretensión, presente o futura. Pues ¿qué hay detrás o qué subyace a un pacto de subordinación?, ¿*quid* con la financiación anómala de una sociedad por sus socios que deja de serlo a raíz de las enormes dificultades postpandemia?⁶⁷ Y si este socio goza además de una garantía real?

Hoy como ayer la doctrina sigue a pies juntilla el postulado categórico del artículo 302.2 del Texto refundido, antes el 97.2 concursal que, leído conjuntamente con los artículos 92 y 93 concursales blasonaba, sin ambages ni tampoco medida, la extinción de la garantía que, en su caso, gozase el acreedor que, en este supuesto, financia a la sociedad, pero que también se extendería a todo subordinado cualquiera que fuere la causa creditual. Impasse que ha venido reforzado sin duda en pronunciamientos categóricos del Supremo como la sentencia de 20 de febrero de 2013, pero también la de 28 de mayo de 2018 y la resolución de la DGRN de 5 de junio de 2019 y sobre las que volveremos *infra*.

65. Es este un esquema simple, simplista absolutamente, donde se busca una cooperación entre acreedores y en lo que se llama el London Approach. *Vid.*, en la experiencia inglesa, copiada luego por la Asociación bancaria italiana, el trabajo de ARMOUR/DEAKIN, «Norms in private bankruptcy: the “London Approach” to the resolution of financial distress», *Journal of Corporate Law Studies*, 2001, pp. 21 y ss.; y en la experiencia italiana sobre todo, BONFATTI, «Il codice di comportamento “banche-imprese in crisi” degli intermediari bancari e finanziari sammarinesi», *Riv. Dir. Banc.*, 2015, n.º 16.

66. Véase FABIANI, «Postergazione, circolazione del credito e diritto di voto», *Dir. Fall.*, 2012, pp. 676 y ss., p. 681.

67. Tema este sumamente controvertido y que ha provocado en ordenamientos como el alemán y el italiano sendas y específicas reformas *ad hoc* sobre esta asunto en particular y que abordaremos en el capítulo décimo de esta obra al analizar el préstamo de los socios. Como bien señala respecto a este ámbito de financiación y postergación de los socios, VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, p. 27 al dualizar la doble relación vertical horizontal: «La postergazione legale imposta dall’art. 2467 c.c.», dunque, non incide sulla «relazione... verticale “debitore-creditore subordinato”, che è e rimane perfetta e certa; quanto sulla relazione... orizzontale “creditore subordinato-altri creditori concorrenti”». Con la conseguenza che nel concorso la postergazione si traduce nell’arretramento del rango del credito del socio rispetto alle altre pretese che hanno ad oggetto il patrimonio del debitore. L’operatività della postergazione legale è allora assimilabile —utilizzando un’efficace espressione— ad un «privilegio negativo, o alla rovescia». De antiprivilegio habla D’AIELLO, *La disciplina concorsuale dei finanziamenti dei soci*, Catania, 2013, pp. 55 y ss. [http://archivia.unict.it/bitstream/10761/1579/1/DLLGZM86A65F839A-D'AIELLO_Disciplina%20concorsuale%20dei%20finanziamenti%20soci_ARCHIVIA%202.pdf].

Somos conscientes de la posición minoritaria que hemos asumido en anteriores ediciones y nos reafirmamos en esta nuevamente. No puede el legislador concursal irrogarse un nuevo mecanismo extintivo de las obligaciones que tienen su sede y paraguas en el código civil, cuando el acreedor que no impugna su atribución subordinatoria, o de hacerlo no consigue mutarla, de contaminar también su crédito y su garantía. Es cierto que, la ley habla de una genérica pérdida de la garantía, si bien se reconduce la misma a las garantías reales, prenda, hipoteca, anticresis y quizás dentro de la coherencia que ha de mantenerse, aunque no lo haga el legislador, toda la suerte de asimilados o pseudo garantías reales que, sin embargo blasonamos en sede del artículo 270 concursal⁶⁸.

Y si es arbitrario y categórico al erradicar y extirpar semejante garantía, ¿por qué este mismo legislador lo excepciona respecto al privilegio del artículo 281.1 concursal? ¿Por qué esa distonía y falta de coherencia en el alcance de las consecuencias? Acaso los vaivenes, los péndulos, aclaraciones, rectificaciones, parches, enmiendas a los artículos de masa pasiva y su interpretación dogmática y jurisprudencial han estado ausentes en estos ya dieciséis años de vigencia de la norma concursal?⁶⁹

El entramado normativo ha sido abundante, otra cuestión es la sincronía entre los mismos textos y el acierto o pasividad, o mera parcialidad reformativa o no y su plasmación efectiva ante la realidad concursal. Entramados, pulsos y atisbos de reforma que no son propios y únicos de nuestro ordenamiento⁷⁰. Mas este entramado normativo ¿ha roto con las numerosas rigide-

68. Aunque nos extenderemos *infra* sobre este supuesto del artículo 97.2, hoy 302.2 y conscientes de abrir una fisura dogmática en este aspecto, incluso ir contracorriente, creemos excesivo que el acreedor que relega o posterga su crédito, que el acreedor que legalmente ve subordinado el mismo, vea como la garantía se extingue. Es una doble penalidad o sanción que sufre, no solo por su postergación o antiprivilegio, cuanto por su pérdida «arbitraria» de la garantía real. Si realmente este es el efecto querido no ha sido la técnica legislativa la más idónea y menos la redacción dada por el legislador. En contra y de modo categórico, ARIAS VARONA, «Artículo 97», *Comentarios a la Ley Concursal*, [PULGAR EZQUERRA (Dir.)], Madrid, 2016, p. 1287 afirmando como resultaría del todo absurdo que la subordinación no llevara aparejada la pérdida de cualquier garantía asociada a la satisfacción del crédito, por lo que éstas deben ser objeto de extinción. Véase nuestro comentario al 270, VEIGA, «Artículo 270. Créditos con privilegio especial», *Comentario al texto refundido de la ley concursal*, I, Cizur Menor, 2021, pp. 1635 y ss.

69. Contundente, aunque en referencia a los «polémicos» créditos tributarios, CERVERA MARTÍNEZ, «Los créditos tributarios», *Las Administraciones Públicas en el Concurso*, [HERNÁNDEZ (Dir.)], Cizur Menor, 2016, pp. 283 y ss., p. 283 cuando advierte: «Han sido muchas las discrepancias jurídicas surgidas en la calificación de los créditos tributarios tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, ..., puesto que la Hacienda Pública, acreedores frecuentes, ha defendido duramente los privilegios. Como veremos en la actualidad, muchas de las discusiones jurídicas han sido superadas y resueltas, bien legalmente con las sucesivas reformas de la LC o jurisprudencialmente con doctrina del Tribunal Supremo».

70. Un buen ejemplo la experiencia italiana. Véase el trabajo de RORDORF, «El proyecto de reforma del derecho concursal italiano», RCP, 2016, n.º 25, pp. 291 y ss., en la que hace referencia al proyecto de ley n.º 3671/2016, que prevé una completa reordenación de los procedimientos concursales vigentes en Italia. Y que en lo atinente a privilegios (*vid.* p. 305) carga contra la fragmentación y obsolescencia de los mismos en el derecho concursal italiano.

ces que la ley concursal abrigaba en su articulado?, ¿verdaderamente se ha producido una poda, sutil cuando menos, en los créditos privilegiados que no fue tal en 2003?⁷¹

O por el contrario, ¿acaso no hemos visto cierta expansión en la tutela del crédito público poco acorde y coherente el legislador con aquella pretensión inicial, hoy bien olvidada y zaherida, de podar los privilegios?⁷², ¿siguen anclados estos, hoy como ayer, en los principios de tipicidad, legalidad y realidad que fueron base y sustento del crédito privilegiado?⁷³, ¿cómo interpretar si no esa enigmática «purga» que blasonan los preámbulos de los ya viejos RDL de 2014 y 2015 que reformaron por enésima la norma concursal?

Esto no es óbice para desinteresadas contradicciones, cuando menos, de algunos que donde hay o existen contratos marco bancarios, no dudan en

-
71. No son pocas las voces que hablan de esta poda o cuando menos atisbable respecto de los créditos públicos, aun confundiendo lo que son créditos contra la masa de verdaderas causas de preferencia. De ello se hacía eco un periódico económico a propósito de la sentencia del Supremo de 12 de diciembre de 2014. Y lo hacía en estos términos: «El Tribunal Supremo ha puesto fin al privilegio que hasta ahora tenía la Administración Pública para cobrar las deudas pendientes durante el proceso de liquidación de una compañía por delante del resto de acreedores, lo que le garantizaba ser el primero en cobrar y, generalmente, el que más dinero recuperaba cuando quiebra una compañía. Sin embargo, en una sentencia del 12 de diciembre de 2014, el TS considera que este derecho, que le otorga el artículo 84.4 de la Ley Concursal, es contrario al espíritu general de la norma y, por tanto, no se puede aplicar». Sobre las rigideces de la norma concursal antes de las últimas reformas, véase respecto de la inclusión de créditos en la lista de acreedores «intempestivamente», la aportación de FLORES SEGURA, «La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores», ADCo, 2016, n.º 38, pp. 11 y ss., p. 20 al abordar la cuestión de las rigideces imperante en el tempus operativo de cara a la inclusión definitiva de la lista de acreedores y la reforma que ha supuesto la ley 38/2011. Para la autora no hay duda, p. 24, de que estamos la posibilidad de tal modificación ex art. 97.3 es un auténtico privilegio para aquellos acreedores que consiguen incluir un crédito concursal no comunicado con anterioridad, mas eso sí, un privilegio «procesal».
72. Participa igualmente de esta crítica ARIAS VARONA, «Artículo 91», *Comentario a la Ley Concursal*, [PULGAR EZQUERRA (Dir.)], Madrid, 2016, p. 1181 a la hora de analizar el privilegio general del apartado 4º del art. 91 y esa falta de coherencia entre lo proclamado y deseable y la realidad vigente, que no es otra, desde la reforma de 2011 de una posición reforzada de las administraciones públicas cuando son acreedoras. Piénsese de otra parte en qué sucede y cual es la posición en un concurso de las ayudas públicas. Véase al respecto la sugerente aportación de GARCÍA MARRERO, «Las ayudas públicas en el concurso», *Las Administraciones Públicas en el Concurso*, [HERNÁNDEZ (Dir.)], Cizur Menor, 2016, pp. 163 y ss., sobre todo a partir, pp. 177 y ss.; pionera en nuestra doctrina al analizar esta problemática, PULGAR EZQUERRA, «El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas de Estado», RdCP, 2004, n.º 1, pp. 131 y ss.
73. Clásico en la doctrina italiana los anclajes en la legalidad, la tipicidad y la «realità» como los caracterizadores del privilegio, *vid.* CICARELLO, voce «Privilegio» (dir. priv.), *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 723 y ss.; sobre el carácter de la «realità» en las causas de prelación entendida esta como la determinación e individualización de algunos bienes del deudor, *vid.* TUCCI, *I privilegi*, Trattato di diritto privato, [RESCIGNO (Dir.)], XIX, Torino, 1987, pp. 602 y ss.; más recientemente insistiendo en esos caracteres y también en el de la realidad, INNOCENTI, «Sulla questione del privilegio speciale “incapiente” nel concordato preventivo. Appunti a margine di una recente pronuncia della Cassazione», Dir. Fall., 2014, n.º 6, pp. 573 y ss., pp. 579 y ss.

tratar de cobijarse bajo la sombra de una prenda de créditos futuros de cara a gozar de un privilegio especial. Buena prueba es la sentencia de la Audiencia de Pontevedra de 12 de septiembre de 2024, y en el que la entidad bancaria establecía un contrato marco en el que cargar una diversidad de operaciones bancarias, que permitiría al acreedor utilizar el mencionado título con finalidad ejecutiva, o bien accionar en función de cada operación bancaria, para el caso de incumplimiento. Y dice la sentencia en su fundamento segundo:

«... en modo alguno consta la constitución de una prenda de créditos futuros, y lo que si consta expresamente es una cesión y transferencia de créditos existentes a la celebración del contrato. Entre la diversidad de instituciones jurídicas que pueden permitir efectos similares, las partes de una negociación pueden acudir a la que les resulte más ajustada a sus intereses. Lo que no cabe es, en situaciones no deseadas que afectan a la posibilidad de cumplimiento de una de las partes, pretender transmutar la elección llevada a cabo por otra interpretación que permita a una de las partes garantizarse, frente a otros acreedores, un cierto privilegio en situaciones de insolvencia. Lógicamente esta afectación de terceros en la interpretación contractual en el marco de un proceso concursal, exige una interpretación, si cabe, más restrictiva y cuidadosa, a fin de evitar prelaciones en realidad no justificadas».

O qué decir igualmente de la irrupción y consolidación como privilegio de aquellas obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística por la vía de la hipoteca legal tácita, que, aunque desarrollaremos *infra* al abordar los privilegios, ha sido concebida, habida cuenta la unidad de actuación de la urbanización como una obligación de carácter real que otorga un preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualesquier otro derecho inscrito con anterioridad (véase la sentencia de la Audiencia de Lugo, de 7 de abril de 2016).

El tiempo, como juez implacable nos lo dirá con su veredicto. Mas, qué ha pretendido purgar el legislador y no podar, ¿el crédito privado o el crédito público?, ¿acaso el privilegio?⁷⁴ Desde luego que este último no, si uno se detiene en profundidad en el artículo 281 y explora toda la posibilidad y ductibilidad de crédito público, sea tributario, sea laboral, pero sobre todo de la Seguridad Social que cobija tamaña tutela⁷⁵. Piénsese a su vez el trato de favor que la propia Administración recibe en supuestos de concursos de concesionarias de obras o de servicios públicos y la posibilidad de proponer convenios incluso por sociedades públicas no directamente afectadas, o los supuestos de la posibilidad de resolución del contrato, si bien potestativamente⁷⁶.

74. Véase aunque anterior a las últimas reformas el sugerente artículo de TOBÍO RIVAS, «Los privilegios en la Ley Concursal», ADCon, 2010, n.º 20, pp. 185 y ss.

75. En la dialéctica antitética autotutela del crédito, declive del privilegio, se pronuncia AMBROSINI, cit., p. 1078 afirmando cómo de un lado destaca la constante proliferación de los privilegios en la legislación general y también en la especial; de otro lado, el fuerte redimensionamiento del remedio revocatorio concursal pero también en el concordato preventivo, la facultad de subdividir a los acreedores en clases con previsiones de tratamiento diferenciado.

76. Así, el artículo 212.5 de la LCSP señala que la declaración de concurso es causa de resolución potestativa. Así el precepto reza:

La clasificación creditual no ha sido ajena, ni tampoco menos polémica, correctora y cercenadora en unos ámbitos, más permisiva de lo que quizás debiera en otros. Clasificar créditos es buscar el hilazón nervial de intereses económicos no precisa ni necesariamente homogéneos entre los distintos acreedores. Conflicto en intensidad extrema. Ni siquiera los privilegiados, como tampoco los postergados o subordinados, tiene esa identidad de intereses entre ellos⁷⁷. Qué decir del sempiterno erre que erre entre el crédito privilegiado y la clasificación del crédito de los fiadores tras hacer pago del crédito del banco afianzado, y el carácter de clasificación más beneficiosa para el concursado es la que determina a la postre la clasificación de este crédito. Véase al respecto la sentencia del Supremo de 3 de febrero de 2020.

Al dislate que siguió la reforma del artículo 90.1.6º concursal, le prosiguió su reforma en ámbito de prenda de créditos a través de la norma 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al margen de todo escrúpulo de residenciar semejante reforma en un *corpus* ajeno *a priori* a lo concursal. Acción-reacción. Sin olvidar por ello la importante sentencia del Supremo al respecto de 18 de marzo de 2016. Sentencia a la que posteriormente se superpuso y siguió la de 13 de marzo de 2017 igualmente del Supremo sobre la prenda de créditos futura de la administración tributaria ante el concurso de un club de fútbol⁷⁸. Norma y reforma en pocos años,

«En caso de declaración en concurso la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, siempre y cuando el contratista prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución.

En todo caso se entenderá que son garantías suficientes:

- a) Una garantía complementaria de al menos un 5 por 100 del precio del contrato, que deberá prestarse en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 108.
- b) El depósito de una cantidad en concepto de fianza, que se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 108.1, letra a), y que quedará constituida como cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte del contratista».

77. No cabe duda de que en lo atinente a la confección y configuración de la masa pasiva, la formación de esta y la posición jurídica en el concurso pero también ahora en lo preventivo al concurso, clasificar, ordenar acreedores significa discriminar intereses económicos heterogéneos. En genérico sobre las clases de acreedores véanse las aportaciones de, entre otros, LO CASCIO, «Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative», Dir. Fall., 2009, pp. 1134 y ss.; también FERRO, «Classe di creditori», *Le insinuazioni al passivo*, [FERRO (a cura di)], III, Padova, 2011, pp. 920 y ss.

78. La sentencia del Supremo de 13 de marzo de 2017 en los puntos 5 y 6 del fundamento tercero al argumentar y anclar la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros señala:

«5. La consecuencia de lo expuesto es que los créditos de que era titular la AEAT frente al Deportivo de la Coruña que estaban garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivaban de contratos concertados o de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración del concurso, han de considerarse resistentes a este y otorgan a tales créditos la calificación de créditos con privilegio especial, aunque el crédito pignorado haya nacido tras la declaración de concurso.

6. Por el contrario, no puede aceptarse la pretensión formulada por la AEAT de que también son resistentes al concurso las prendas sobre créditos que deriven de contratos o relaciones jurídicas cuyos caracteres definitorios estén recogidos en la escritura de

rectificación pendular. También contención sobre todo ante la inmunidad de algunos privilegios ante en aquel momento poco comprensible y menos operativo y crucial apartado 3º del artículo 90 al tasar —al menos teóricamente— el umbral de alcance del privilegio especial respecto al valor razonable introducido en el artículo 94 tras la reforma de 2015. Sobre este valor razonable y su alcance diluyendo su operatividad o no en función de convenio o de liquidación volveremos *infra*.

Experimentación o cesión ante la presión de demasiados intereses, pero por el camino, desazón, inseguridad y perplejidad. Pero al lado de ese mero devenir temporal está la labor inescrutable del Supremo en materia de clasificación de créditos⁷⁹. Labor e interpretación que a lo largo de estos años ha ido perfilando, depurando, destilando y situando la verdadera posición del crédito en la masa pasiva, a modo de ejemplo piénsese en los vaivenes jurisprudenciales y no pocos silencios doctrinales que ha tenido por ejemplo la clasificación del crédito del subcontratista que pretende o pretendía ejercitar la acción directa. Entre otras véase la posición que fijó el Supremo a través de la sentencia de 26 de marzo de 2015.

Al lado de esta reforma significativa siguen otras en materia y ámbito de clasificación creditual, tales como la que incide respecto de las personas especialmente relacionadas con el concursado y, por ende, configuran el perfil del crédito subordinado, habida cuenta que la Ley 9/2015 traslada al Real Decreto-ley 11/2014 las mejoras técnicas introducidas por el Real Decreto-ley 1/2015, en el viejo art. 93.2.2º de la Ley Concursal y que extendió tanto a personas especialmente relacionadas en concurso de sociedades o personas jurídicas como respecto de personas físicas, si bien la redacción es formal, y por ende, la esencia de la misma, pero no de fondo.

Quizás una de las reformas más significativas en nuestro ámbito no fue otra que la de introducir el concepto de «valor razonable de la garantía», reflejando la nueva normativa los cambios introducidos en el art. 94.5 LC por el Real Decreto-ley 1/2015 que delimitaba los informes requeridos para la valoración de las garantías, al tiempo que establecía una regla para el cálculo del valor de bienes o derechos denominados en moneda distinta al euro y consideraba el coste de estos informes como crédito contra la masa⁸⁰. Por otra parte, y en

constitución de la prenda pero que se encuentren pendientes de concertar o que no hayan nacido aún cuando se declaró el concurso».

79. No puede ser más claro SASTRE PAPIOL, «Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en materia concursal», RCP, 2016, n.º 24, pp. 31 y ss., p. 35, cuando asevera que siendo esta una materia que por su frecuencia en los concursos haya prodigado el mayor número de sentencias, el Supremo se ha pronunciado en determinadas cuestiones por primera vez, y no siempre al gusto de la doctrina científica.
80. Sobre este tema nos hemos pronunciado en VEIGA COPO, «Garantías, privilegios y valores razonables o menos razonables de las garantías en el concurso de acreedores», RCP, 2017, n.º 26, pp. 35 y ss.; véase la importante aportación de CORDERO LOBATO, «El valor de la garantía en el concurso (adaptado a la reforma introducida por la Ley 9/2015)», en *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, [DÍAZ MORENO/LEÓN SANZ (Dir.)], Cizur Menor, 2015, pp. 265 y ss.; ALONSO ESPINOSA, «Art. 94», *Comentarios a la Ley Concursal*, [PULGAR EZQUERRA (Dir.)], Madrid, 2016, pp. 1252 y ss.

el ámbito laboral respecto de la lista de acreedores, se aclaraba que quedaran comprendidos dentro de la clase de acreedores de derecho laboral los trabajadores autónomos económicamente dependientes («TRADEs») en cuantía que no exceda de la prevista en el art. 91.1º LC para los créditos con privilegio general por salarios (art. 94 LC).

De igual modo la sutileza del lenguaje lleva a erradicar expresiones o matices que cercenan la otrora ambigüedad deliberada de algunos textos. Sirva como botón de muestra la eliminación en el supuesto de créditos subordinados por comunicación tardía, de la expresión «oportunamente», dejándolo ahora el legislador en un mero «no habiendo sido comunicados» sin que la oportunidad del mismo dependiese de un lapso extrínseco, a saber, la oportunidad, o lo que es lo mismo, la tempestividad. Ahora o se comunica o no se comunica, pero no se hace en función de ese parámetro ambiguo y confuso de la oportunidad. Cierra no obstante un precavido legislador en aras a la sanción, la relegación del crédito en la clasificación, con aquellos que lo fueron, es decir, fueron comunicados, pero de forma tardía.

No puede empero negarse la enorme evolución y ampliación tanto en su anchura como en su concreción de los perímetros de la masa pasiva a lo largo de estos años. La labor dogmática no siempre exenta de controversia, amén de sana contraposición entre posturas doctrinales, la enorme actividad jurisprudencial generada durante estos dieciséis años, con el cierre de bóveda del Supremo, así como distintos pero continuados vaivenes, a veces, también certidumbres claras, del legislador, han terminado por perfilar, limar, aquilatar y pulir la clasificación creditual, incluso el no siempre sencillo trámite de la verificación de créditos y su impugnabilidad.

Esto no impide que en otros supuestos, el Supremo admita una cierta huida hacia esa integración en la masa pasiva o perimetración. Sirva como botón de muestra la sentencia del Supremo de 10 de enero de 2022, y en la que se analiza la compensación de un crédito que no consta en la lista de acreedores. Para el Supremo el crédito compensado no precisa haber sido incluido en la lista de acreedores pues no se integra en la masa pasiva del concurso para someterse a la solución concursal que se adopte en este.

Baste comprobar la primigenia redacción de 2003 y la actualmente en vigor. Se ha hecho camino de la única forma que se puede hacer, transitándolo, haciéndolo, enmendando, corrigiéndose así mismo el legislador, atemperando la solución por el rictus de la realidad, de la crisis financiera, del haber previsto un texto en tiempos que nunca vaticinaron la crueldad financiera y económica que la crisis trajo a las empresas. También aclarando dudas, ambigüedades, lagunas⁸¹. No es ni mejor ni peor uno y otro texto, es lo que es, lo

81. Así, buena muestra, de nuevo traemos a colación la sentencia la Sentencia TS (Sala Primera) de 4 de noviembre 2016, Rec. 519/2014, que fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «(i) El límite temporal previsto en el art. 97 bis.1 LC para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores al amparo del art. 97.3 LC, varía según se esté en fase de cumplimiento del convenio o de liquidación. (ii) Cuando la modificación se solicita durante la fase de liquidación, con independencia de que haya venido o no precedida de una aprobación judicial de convenio, el límite temporal aplicable es el propio de la

que hemos querido que sea, siendo conocedores y conscientes que la próxima reforma tampoco tardará, con idénticas carencias, vaivenes, y lo que es peor, el apresuramiento no exento, en muchas ocasiones, de contrariedad⁸².

1.2. LA MASA PASIVA: NATURALEZA Y REALIDAD

Como es sabido, la declaración del concurso provoca o hace surgir la masa pasiva de acreedores que, junto con la masa activa de bienes del concursado, son dos agrupaciones, dos colectividades o agregaciones, una de personas —acreedores concursales—, otra de patrimonio, conjunto de bienes y derechos, que conforman dos de las operaciones transcendentales del concurso de acreedores y por tanto del procedimiento mismo. Es un agregado de pretensiones patrimoniales verificado y, por ende, reconocido por la administración concursal, que buscan una satisfacción endoconcursal⁸³.

Un agregado de pretensiones tanto privadas como públicas de acreedores que pugnan por la satisfacción de sus créditos bajo la égida de la jerarquización y sistematización de una clasificación legal, tasada, exclusiva y excluyente.

Acreedores que existían antes de la declaración, pero de un modo desagregado, individualizadamente, sin consciencia y conocimiento exógenamente cuando menos al deudor, por la totalidad de quiénes aspiran a una satisfacción y cumplimiento de sus obligaciones, de la índole que fuere⁸⁴.

liquidación: la presentación de cualquiera de los dos informes previstos en el art. 152.2 LC y el art. 176 bis.1 LC. (iii) Frustrado el convenio y abierta la fase de liquidación, sobre la posterior petición de modificación de la lista de acreedores sólo resulta oponible el límite temporal previsto en el art. 97.bis.1 LC para la liquidación».

82. Tampoco le falta razón en esta crítica a FLORES SEGURA, «Las refinanciaciones de grupo», ADCo, 2017, n.º 40, pp. 11 y ss., p. 13 cuando señala: «Entre 2009 y 2015, el Derecho concursal español fue objeto de sucesivas —y, por qué no decirlo, apresuradas y no siempre certeras— reformas. Las mismas estuvieron orientadas hacia variopintos objetivos, representativos, según el caso, de distintas tendencias legislativas».
83. Así, sobre la naturaleza jurídica de la declaración de los créditos en el concurso afirman JACQUEMONT/BORGA/MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, 13ª ed., Paris, 2025, p. 346: «Par cette déclaration, les créanciers manifestent leur volonté d'être payés dans le cadre de la procédure collective. Leur droit de créance doit donc être reconnu par l'autorité judiciaire, cette reconnaissance supposant une véritable instance judiciaire». Cuestión bien distinta, es si este reconocimiento se asimila o no a una demanda judicial.
84. Desde la óptica del concurso de una empresa proveedora de datos en la nube, se plantean ZURTH/LERSCH, «Daten und Informationen als Teil der Insolvenzmasse?», ZfDR, 2021, Heft 2, pp. 176 y ss., p.190 qué ocurre con esos datos y si los mismos pertenecen a la masa activa o pasiva, o si se pueden vender datos de proveedores o acreedores que tuviere el deudor, y dicen: «Los clientes de un proveedor de nube insolvente, por ejemplo, no pueden exigir la separación de “sus datos” porque no les han sido asignados según la ley de activos. Además, el derecho de daños garantiza con §823 párr.2 BGB en combinación con §§202a,303a StGB sólo proporciona una protección fragmentaria, ya que se supone una acción intencional. También la fuerte afirmación de §667 Alt. 1 BGB se aplicará en casos de procesamiento de datos, pero no en general en relaciones jurídicas relacionadas con información o archivos. Si se caracterizan los servicios gratuitos de telemedia como una relación contractual (§662 BGB), esto lleva al §667 Alt. 1 BGB. La prestación de servicios típicos en la nube por una tarifa de lo contrario no se pone en servicio o características

El nexo o nervio común —el crédito— frente a un mismo o mismos deudores. Su debilidad explícita y a la vez implícita a un patrimonio responsable pero insuficiente. Entre ellos, acreedores que, tipológicamente, responden a perfiles, parámetros y tutelas completamente diversas. Incluso los propios acreedores profesionales y más aversos al riesgo, pues lo valoran, lo perimetran y lo terminan antiseleccionándolo y, por tanto, blindándolo.

Los que permiten, restringen la financiación, los acuerdos de homologación, o permiten un convenio o empujan hacia la liquidación. Todos tendrán una u otra posición, lo que les termina abocando a ser acreedores con derechos pobres o débiles y acreedores con derechos fuertes⁸⁵. Unos, profesionales, otros, públicos, otros preferentes y, tras los comunes u ordinarios, los relegados, los subordinados, los postergados⁸⁶.

Es el concurso, no los contratos, los que producen los efectos en y sobre la esfera y expectativas de todo potencial acreedor concurrente⁸⁷. Pero ¿quién termina pagando el precio, el coste, de un concurso, de una insolvencia?,

similares a la administración de empresas, pero tienen elementos de un contrato de alquiler y posiblemente también de un contrato de servicio o de trabajo. La provisión de una cuenta de correo electrónico a cambio de una tarifa también constituye un contrato de servicio con la provisión permanente de espacio de almacenamiento como elemento del contrato de alquiler.

Por lo tanto, estos casos deben resolverse principalmente conforme al Derecho contractual. Si uno acepta un contrato mutuo, la clasificación tipológica del contrato presentada muestra una aplicación del §108 párr.1 InsO. Esto daría lugar a que siguieran existiendo contratos con efecto para la masa de la insolvencia. En el caso de relaciones jurídicas libres, es decir, contratos que no están cubiertos por los §§103 y siguientes del Código de Insolvencia, el derecho de insolvencia queda del §.667 Alt. 1 BGB, si los expedientes obtenidos se consideran recibidos para la ejecución de la orden.

Reclamaciones relativas a datos personales de los afectados en virtud del art.15 y siguientes del RGPD no se ven afectados por el derecho concursal y, por lo tanto, están sujetos a la responsabilidad del responsable en el sentido del art.4 no.7 RGPD a cumplir. Una segregación (§47 InsO) que no es necesaria».

85. Baremizan en una clasificación entre 0 y 4 (0 = poor creditor rights), (4 strong creditor rights), el poder de los acreedores garantizados, LA PORTA/LÓPEZ/SHLEIFER/VISHNY, «Legal Determinants of External Finance», Journal of Finance, 1997, n.º 52, pp. 1131 y ss.
86. En la clásica doctrina italiana ya se preguntaban si el crédito postergado era en realidad, en el ámbito concursal, una forma de garantía indirecta, así, entre otros, PIZZIGATI, «Postergazioni di credito con garanzia nel concordato fallimentare», Giur. Comm., 1977, II, pp. 284 y ss. también PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, p. 2237. Para estos autores, el empeño de uno o más acreedores de postergar los propios créditos constituye garantía de ejecución del «concordato, laddove l'attivo consenta» de asegurar el cumplimiento de las obligaciones concordatarias.
87. Crítico con la noria de reformas que ha sufrido igualmente la ley fallimentare italiana, TERRANOVA, «Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto», Riv. Dir. Comm., 2016, n.º 2, pp. 195 y ss., p. 197 cuando tras plantear el ámbito de los acuerdos de restructuración y la posición de los acreedores toda vez que se ha introducido el concepto de «categoría» de acreedores que el autor asimila a la de «clase», señala: «... la compressione dei diritti dei terzi non viene prodotta dal *contratto*, ma dalla *procedura*». Es la ley del concurso la que justifica los sacrificios impuestos a los sujetos que permanecen extraños al acuerdo. Es la par condicio creditorum la que hace extender ciertos efectos a todos los sujetos que componen la categoría.

¿acreedores privilegiados, acreedores garantizados, o el resto de los no garantizados y no privilegiados?⁸⁸ ¿Es justo el privilegio?

Y no son o no han sido pocos ni inexistentes los subterfugios que los acreedores han tratado de buscar y experimentar, máxime cuando entran en juego normas sobre conflictos de interés y ley aplicable⁸⁹.

Por tanto, la masa pasiva no es sino, la colectividad de acreedores que concurren a la solución concursal, un agregado instrumental y holístico de posiciones credituales-patrimoniales en busca de satisfacción. Una concurrencia que no es más que la consecuencia inmediata del principio de concursalidad, que conjunta e inescindiblemente con la *pars condicio omnium creditorum* conforman lo que, *a priori*, podría denominarse el eje cartesiano del procedimiento concursal. Lo que no empece a que afirmemos que ese eje, es un eje debilitado tanto en la integración real [piénsese tanto en la excepcionalidad que a la postre significa el derecho de separación y los privilegios sobre el buque y aeronave como la redimensión efectiva que la normativa sobre garantías financieras y la autoinmunidad otorgada para estas garantías supone de cara a su efectiva pero a la vez inmediata ejecutabilidad, incluso en supuestos de negocios fiduciarios], como en la igualdad, sólo hipotética al quebrar la paridad frente al privilegio⁹⁰.

Pero es una concurrencia disímil. Donde no todos ocupan ni tienen por qué ocupar igual posición. Al contrario. Configurar la masa pasiva, significa e

88. Imprescindible la reflexión de FINCH, «Security, Insolvency and Risk: Who Pays the Price?», *Modern Law Review*, 1999, n.º 62, pp. 633 y ss., sobre todo, pp. 652 y ss.

89. MÜLLER, «Das europäische Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung zwischen Gläubigergleichbehandlung und Vertrauensschutz», *EuZW*, 2016, Heft 6, pp. 212 y ss., p. 213 nos recuerda el posicionamiento del TJUE en el caso Lutz, y dice: «En las Rs. C-557/13 - Lutz, un acreedor había obtenido un embargo preventivo de una cuenta antes de que se iniciara el proceso. Una vez abierto el procedimiento, hizo que el tercero deudor le pagara. En su decisión, el TJUE se centra principalmente en el derecho de embargo. En términos prácticos, niega el significado independiente del pago. Queda por ver si de esto se puede extraer una afirmación generalizable, a saber, que se requiere un enfoque uniforme tanto para las transacciones de obligación como para las de cumplimiento y que las primeras deben tenerse en cuenta. El factor decisivo para el TJUE fue que, de lo contrario, la regulación especial para los derechos reales según el art.5 habrían sido cancelados. No existe una regulación especial general comparable para los contratos de deuda. En cualquier caso, existe una clara tendencia hacia una interpretación global y autónoma del art. 13. Las diferencias en la estructura de los sistemas jurídicos de los Estados miembros no deberían tener ningún impacto. Lo que hizo el TJCE respecto de la asignación nacional de plazos al derecho procesal o al derecho sustantivo, por un lado, por el contrario, se pronuncia expresamente a favor de calificar una norma como requisito formal o no formal para interponer un recurso, puede trasladarse a la cuestión del principio de separación o de unidad. También en este caso la respuesta debe interpretarse de forma autónoma en la Unión».

90. Como bien señala GALÍNDEZ, *Verificación de créditos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 7, este principio preceptúa que todos quienes se consideran acreedores sólo pueden hacer valer sus respectivos derechos con ajuste al proceso de insinuación, necesario y típico, que la ley prevé. De modo que, en aras a la reconstrucción del pasivo concursal, no cabe la elección unilateralmente, ni con acuerdo de parte, de otro proceso distinto al de la verificación, trámite este, por lo demás, que garantiza el contralor de cada pretensión por parte de los órganos del concurso y de los sujetos legitimados para intervenir.

implica, finalísticamente, ordenar, clasificar, priorizar, pero también relegar a unos y otros acreedores concurrentes al procedimiento de insolvencia⁹¹.

Ordenación que ha mutado o cuando menos su primigenia concepción de 2003 a lo largo de estos años y con el ímpetu que la crisis económica ha arrojado. Basta comprobar la primera redacción de clasificación creditual de 2003 a la última de ellas, 2022, tras las sucesivas y distintas reformas legislativas que han terminado por reconfigurar el posicionamiento final de los acreedores, alterando incluso el orden y la entidad de los mismos. Piénsese además la inmunidad y blindamiento que tuvieron los acreedores privilegiados donde ni legislador ni acreedores profesionales se preocuparon nunca del valor real de la garantía respecto al crédito, salvo en que el mismo fuese notoriamente superior. cuestión diversa ha sido ese enjuague último del valor de que goce cada acreedor tras deducir los nueve décimos del valor razonable del bien con el que se dispensó el legislador de 2014⁹².

Adviértase como con las reformas de mediados de la década pasada, los artículos 90 y 94 de la Ley Concursal establecían el límite para el importe que podía considerarse como realmente privilegiado en «*nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía*». De este modo, y bajo esta premisa que sólo la virulencia de la crisis económica hizo despuntar y regular, si el importe del crédito garantizado resultaba superior a dicha cuantía, «*el importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza*» en la lista de acreedores. La administración concursal no cuestionaba ni valoraba si la garantía excedía o no y si *quantum* respecto a la obligación del deudor, simplemente computaba y clasificaba porque así lo hacía el dictado normativo, todo el valor de la garantía, todo el importe se conceptualizaba como privilegiado⁹³.

91. Pese a que el artículo 89 concursal señalaba la clasificación creditual a efectos del concurso en la triada ya clásica, no le falta razón a ARIAS VARONA, «Artículo 89», *Comentarios a la Ley Concursal*, [PULGAR EZQUERRA (Dir.)], Madrid, 2016, p. 1144 cuando enfatiza que la finalidad de este precepto es simplemente la de fijar las categorías en las que serán clasificados los acreedores, por lo que su alcance es limitado, dado su carácter esencialmente programático.

92. Así, aún siendo muchos los que han escrito sobre esta cuestión, véase sobre todo, CARRASCO, «El “valor de la garantía real” y el “sacrificio desproporcionado” en los acuerdos de refinanciación del RD Ley 472014», *Análisis GA&P*, marzo, 2014, pp. 1 y ss., p. 2 va de raíz a la cuestión: «El procedimiento legal de cálculo del valor de la garantía real introduce una ecuación que permite obtener el valor económico común de cualquier clase de garantía real».

93. Como bien señalan CUESTA/CARLES, «Los nuevos créditos ordinarios de acreedores privilegiados tras la reforma de la Ley Concursal», <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/los-nuevos-creditos-ordinarios-de-acreedores-privilegiados-tras-la-reforma-de-la-ley-concursal>, sin embargo, a partir de ahora los administradores concursales tendrán que verificar el valor razonable de los bienes que sirven de garantía y diferenciar, si la garantía no llega a cubrir el importe total del crédito, qué importe de dicho crédito ha de considerarse como privilegiado (el cubierto por la garantía en los términos del artículo 94 de la Ley Concursal) y qué importe ha de considerarse como ordinario (el que no esté no cubierto).

En la práctica, por tanto, aumentará el valor del pasivo ordinario en los concursos (en el importe que no quede cubierto por la garantía), por lo que los acreedores con crédi-

Sin duda el impasse y dureza de la crisis ha recortado la fuerza de, o llegado incluso a cuestionar al menos aparentemente, los privilegios, de algunos privilegios. Se volvía a hablar al socaire de una nonata todavía transposición de la Directiva de reestructuraciones de la amputación o pérdida de privilegio del crédito público, al menos desde ciertos organismos regulatorios o de supervisión. La trasposición y el Texto Refundido de 2022 fueron por otros derroteros.

Nada decimos en este momento sobre toda la pléyade regulatoria de soluciones paraconcursales y el efecto arrastre que determinados acuerdos y sus proponentes pueden deparar en el procedimiento. Arrastre que en sus dos lecturas supone una suerte de suma cero para algunos pero también de un vaciamiento para otros. Incluido acreedores con garantía. Tampoco si siguen valiendo los viejos, y en ocasiones anacrónicos conceptos y especulaciones aun sin concluir del interés e intereses colectivos en el concurso⁹⁴.

Al mismo tiempo nuevos conceptos, nuevos intereses irrumpen en el imaginario doctrinal, así ha de entenderse el de «*corporate rescue*», concepto que entronca con viejas teorías del derecho anglosajón como el del «*creditors' bargain*»⁹⁵. No sin ir a una poda radical pero sí anclarla en un genérico avalúo, no sin ir como mantuvimos en algún trabajo anterior, a un concurso sin clases.

No podía ser más elocuente la Exposición de Motivos de la Ley 9/2015, que a la hora de justificar el avalúo del valor cuando aseveraba:

«es necesario acomodar el privilegio jurídico a la realidad subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venían a ser el obstáculo de acuerdos preconcursales. Se intenta respetar las premisas de la naturaleza jurídica de las garantías reales pero siempre tomando en cuenta su verdadero valor económico. De no adoptarse tal medida, los créditos privilegiados pueden multiplicarse *ad infinitum* cuando su garantía recae sobre un bien, sin que el valor de dicho bien se vea incrementado en absoluto.

to ahora solo parcialmente privilegiado habrán de pensarse dos veces si mantienen una mera actitud pasiva ante la aprobación del convenio, ya que su inactividad sí perjudica a la continuidad de la concursada. Porque con la nueva modificación de la Ley Concursal el importe ordinario de su crédito sí computa a efectos de alcanzar la mayoría necesaria para aprobar el convenio y que la concursada pueda continuar con su actividad, la potencial futura fuente de ingresos para el recobro de los créditos de los acreedores ordinarios. Véase igualmente la aportación práctica de THOMAS PUIG, «El crédito con garantía real en el concurso», RCP, 2016, n.º 24, pp. 291 y ss., p. 295 y 296.

94. Como aportación crítica, *vid.* VALLANSAN, «La notion d'intérêt collectif vue par la chambre commerciale de la Cour de Cassation», *Bully. Joly Entreprises en difficulté*, 2016, pp. 212 y ss.
95. Exponente de esta teoría, el trabajo reciente de XIE, *Comparative Insolvency Law. The Pre-pack Approach in Corporate Rescue*, 2016, Northampton, p. 4 y 5 donde define corporate rescue como aquel conjunto de procedimientos estratégicos de rescate colectivo «under a legal framework designed to facilitate either the preservation of the distressed company itself or the rescue of its underlying business by transferring it to a new owner». El especial juego para los acreedores, tanto preferentes como no, así como el rol de un comité de acreedores, se trata exhaustivamente en pp. 177 y ss.

El principio *pars conditio creditorum* es totalmente contradictorio a la extensión indefinida de los privilegios»⁹⁶.

Lo que no ha impedido por otra parte al legislador persistir en la amplitud intrínseca de algunas garantías reales a las que robustece con el privilegio, como es el caso de la redacción y reconocimiento de la prenda constituida sobre créditos futuros, máxime tras la confusa, incompleta y errática redacción que el legislador brindó en 2011 y corrigió en 2015⁹⁷. Significativa al respecto la sentencia del Supremo de 18 de marzo de 2016 que acorde con la modificación de 2015 supuso un giro en la errática interpretación habida a propósito de la regulación dada en 2011 a la prenda de créditos futuros⁹⁸. Sentencia de 2016 que trata de cerrar la polémica, aseverando:

«... la admisión de la cesión de créditos futura va pareja a la admisión de la pignoración de créditos futuros, sin perjuicio de la distinta relevancia concursal derivada de los diferentes efectos generados con la cesión de créditos y con la pignoración de créditos. Si se admite la validez de la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del concurso de acreedores, siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, bajo las mismas condiciones deberíamos reconocer el privilegio especial del art. 90.1.6° LC a la prenda de créditos futuros: siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados. Esta solución jurisprudencial que aflora bajo una normativa —anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre— en la que se reconocía explícitamente el privilegio especial de la prenda de créditos, siempre que constare en documento con fecha fehaciente, sin que existiera mención expresa a la prenda de créditos futuros, viene a coincidir con la solución aportada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, al regular expresamente la prenda de créditos futuros en el art. 90.1.6° LC».

Desde otra óptica, la de la rescisión, la sentencia del Supremo de 26 de marzo de 2015 llevó a sus últimas consecuencias la reintegración concursal del artículo 71, ante la demanda de reintegración instada por un acreedor, y en la que se solicitaba *la rescisión de dos préstamos con garantía hipotecaria*. Se trataba de un crédito concedido en garantía de otro anterior, garantizado a través de la constitución de una hipoteca. El segundo de los créditos renovaba el primero

96. Gráficamente TERRANOVA, «Concordati senza consenso», cit., p. 199 afirma: «L'articolazione del passivo ovviamente confligge con l'idea di una comunione d'interessi o, addirittura, di diritti: ogni categoria di creditori tira acqua al proprio mulino, e non tollera d'essere messa sullo stesso piano di una classe diversa».

97. Sobre este particular, véase la seria aportación de GINÉS CASTELLET, «Bienes pignoraables. Obligaciones asegurables», *Tratado de derecho civil, Las garantías*, Tomo I, [PRATS ALBENTOSA], Madrid, 2016, pp. 643 y ss., p. 657. Véase además en esta misma obra el trabajo de MIQUEL RODRÍGUEZ, «La prenda de créditos», *Tratado de derecho civil, Las garantías*, Tomo I, [PRATS ALBENTOSA], Madrid, 2016, pp. 747 y ss., sobre todo pp. 756 y ss.

98. Aunque en epígrafe ulterior y específico de prenda de créditos en el concurso volveremos, anticipamos el valor de sentencias que han «interpretado» y reescrito la confusa redacción de 2011 del art. 90.1. 6, tales como la de SJM de 24 de abril de 2014, así como las sentencias del Supremo de 6 de noviembre de 2013 y la de 25 de febrero de 2014.

de ellos, volviéndose a otorgar garantía hipotecaria sobre la primera finca. Estamos ante la constitución de una garantía real sobre *obligaciones contraídas en sustitución de otras preexistentes*, novación en suma de un crédito. Además el objeto sobre el que recae la garantía, la hipoteca, *había sido transmitida con anterioridad a la declaración de concurso*.

El Tribunal Supremo, afirma que en estos casos, los *efectos* de la reintegración no pueden ser la cancelación, puesto que con ello no se satisface el interés de la masa. En base a este interés determina que *la beneficiaria de la garantía debería «restituir a la masa el importe de la deuda de la concursada que se cubrió con la constitución de la garantía», siempre que no conste que el valor de la garantía era inferior* (en atención al valor de realización del bien en ese momento). En cierto modo, la pérdida de valor experimentada por la finca o bien garantizado, se produjo cuando se realizó el acto objeto de rescisión.

Integrar a todos los acreedores bajo el paraguas de la masa pasiva, tanto formal como sustantivamente de cara a reconocer y verificar su crédito en primer lugar y, en segundo lugar, y dentro del parámetro idea-valor en que se ha convertido la *par condicio creditorum*, situar jerarquizada y escalonadamente a esa totalidad de acreedores que intitulan créditos anteriores a la declaración del concurso, es, en definitiva, la esencia y finalidad de determinar la masa pasiva que arranca con la comunicación creditual ex art. 255⁹⁹.

Si bien cada ordenamiento es soberano para situar, subdividir, categorizar o clasificar a los acreedores. Incluso para imponerles procedimental ciertas situaciones, condiciones así como limitaciones o diluciones del crédito¹⁰⁰.

99. Como bien apunta SACRISTÁN BERGIA, Art. 255, *Comentario a la Ley Concursal*, [PULGAR (Dir.)], 3ª ed., Madrid, 2023, tomo I, p. 1421 la comunicación es el sistema/medio previsto para que los acreedores puedan participar en la defensa y reconocimientos de sus derechos en el concurso.

100. Una visión específica de la verificación del pasivo sobre todo en el crédito laboral y los intereses que concurren, en RENDINA, *Accertamento del passivo, crediti di lavoro e pregiudizialità*, Milano, 2024, quién ante el conflicto tutelar de un crédito laboral, y la competencia o no de un juez laboral y concursal sostiene p. 73:

«cómo el objeto del proceso de determinación del pasivo concursal, lejos de estar constituido por el “derecho a reclamar” alegado por el peticionario, parece más bien estar representado por la facultad de imponer al juez delegado el deber de ordenar, en última instancia mediante el decreto que haga ejecutivo el plan de reparto, la adjudicación de una parte de la masa activa del concurso a favor del peticionario, en ejecución de ese concurso material entre el peticionario y la masa concursal, que se abre con la declaración de quiebra o la apertura de la liquidación judicial.

De ello se desprende, en rigor, que el acto de admisión a trámite del crédito al pasivo no ejecuta directamente la facultad de obtener del juez delegado la atribución de una parte de la masa activa, sino que ejecuta la facultad, instrumental de la otra, de determinar un elemento de este último y de hacer surgir en el juez de la quiebra el poder-deber, en las condiciones previstas en el artículo 110 de la ley concursal. (art. 220 c.c.i [4]), de declarar ejecutar el proyecto de reparto y hacer así efectiva la atribución solicitada. Esta consideración, útil a efectos de precisión dogmática, no cambia el fondo de la argumentación, pues que, sin embargo, siempre y sólo los hechos constitutivos de un poder procesal (y, por tanto, su correcto ejercicio) son conocidos por el órgano jurisdiccional que aprecia la responsabilidad, y que el ejercicio de dicha(s) potestad(es) procesal(es) es (son) objeto del procedimiento pertinente».

Piénsese, aunque ajeno en puridad al perímetro concursal, aquellos acuerdos de restructuración en los que algunos acreedores se ven arrastrados por el voto o decisión por mayorías de otros acreedores¹⁰¹.

Acreedores que se ven inmersos en un procedimiento en no pocos casos, y muy a su pesar, y sin posibilidad de obtener una satisfacción extraconcursal, salvo cierto tipo de acreedores que gozando de garantía real y asimilados pueden ejecutar, o continuar con una ejecución ya iniciada según los casos al margen del procedimiento concursal¹⁰². Y esa concurrencia o si se prefiere, confluencia de acreedores, es una concurrencia conflictiva¹⁰³. Conflictividad en la que además, se ignora el umbral de quiebra o del pasivo deuditorio desde el punto de vista cuantitativo amén de lo cualitativo, el resto de co-acreedores concurrentes y en su momento, concursales¹⁰⁴.

Algo que no empece a esa vocación genérica y holística de integrar a los acreedores en la masa pasiva tal y como reza el artículo 251 TRLC al subrayar como 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 leyes¹⁰⁵. Así mismo, en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal.

101. Insinúa esa lesión incluso violación de la par condicio creditorum en estos supuestos TERRANOVA, «Concordati senza consenso», cit., p. 204, cuando afirma: «Nel concordato con continuità aziendale, poi, l'intervento del giudice è ancora più pregnante, perché può aprire le porte a palesi violazioni della par condicio creditorum (il soddisfacimento integrale di alcuni creditori concorsuali e il pagamento in prededuzione di certi finanziamenti), pur d'assicurare il proseguimento dell'attività economica».

102. Sobre la cultura de la insolvencia escribe VALLENDER, «Insolvenzkultur gestern, heute und morgen», NZI, 2010, n.º 21, pp. 838 y ss.

103. Como bien ha señalado TIRADO, «Interés del concurso», *Enciclopedia de Derecho Concursal*, II, [BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (Dirs.)], Cizur Menor, 2012, pp. 1881 y ss., p. 1889: «Los acreedores son una pluralidad heterogénea que se sitúa en posiciones relativas distintas en el seno del procedimiento. La mayor satisfacción de un acreedor, incluso dentro del concurso, normalmente supondrá la menor satisfacción de los otros. Pero, además, la regla inicialmente enunciada es insuficiente para cumplir su principal función, que es: servir como instrumento interpretativo de la Ley Concursal y como criterio para que los órganos del concurso (y, paradigmáticamente, la administración concursal) resuelvan todos los conflictos que surjan en el seno del concurso», y en p. 1890 asevera: «...La Ley concursal establece imperativamente una jerarquía a través de la clasificación de los créditos. Por todo ello, no puede afirmarse que la finalidad del concurso sea la mayor satisfacción posible de los acreedores, sino la mayor satisfacción de algunos, en detrimento de otros, según un sistema de reparto legalmente establecido».

104. La sentencia de Casación italiana, secc. I, de 25 de julio de 2024, n.º 20671 nos ofrece una buena muestra de cómo se computan estas deudas de cara a superar el umbral concursal.

105. Un caso gráfico y que en ocasiones podríamos decir de laboratorio y que el legislador no ha sido consciente, por ejemplo, el de aquellos créditos excluidos como consecuencia de condonación de deudas residuales en una insolvencia, sobre la inscripción y reconocimiento de los mismos, *vid.*, ERDMANN, «Die Anmeldung von der Erteilung der Restschuldbefreiung ausgenommenen Forderungen zur Insolvenztabelle», VIA, 2024, pp. 49 y ss.

Las pretensiones de unos y otros acreedores son tan disímiles como antagónicas. Preferencias y privilegios conviven con la subordinación, la relegación legal del crédito, pues la convencional es más residual. Otra cuestión es que, sin embargo, para la apuesta por las reestructuraciones esta subordinación sí tenga su sentido o se convierta en una posibilidad más cierta.

Costes de agencia, de vigilancia, de monitoreo del crédito y del riesgo, costes y asimetrías en suma de información¹⁰⁶. Y en este espacio, mínimo pero estratégico juegan su rol las garantías, las asimilados a estas, las causas de preferencia de origen sobre todo negocial mas también legal, que a la postre discriminan, diacronizan y parten en dos categorías la masa pasiva, los que tienen oportunidad de cobrar sus créditos, o gran parte de los mismos, y los que no.

No todo acreedor puede permitirse el coste de vigilar la actividad del deudor cuyo comportamiento estratégico no siempre se puede supervisar y menos prever¹⁰⁷; los considerables costes de vigilar la actividad y el riesgo moral del deudor se desactivan perfectamente a través de la contratación de garantías y las preferencias que estas llevan consigo¹⁰⁸. Como tampoco no todo acreedor tiene la posibilidad de ceder o transmitir sus créditos ante la inminencia de una insolvencia¹⁰⁹. Mas no todo garante puede acabar afectado por un anillo de seguridad o de protección que le inmunice en un procedimiento concursal. Véase la sentencia del tribunal de Nápoles de 24 de enero de 2024, donde además se señala:

«las medidas de protección, aunque potencialmente atípicas en su contenido, no pueden extenderse más allá de los límites subjetivos establecidos por el legislador y, por lo tanto, no pueden extenderse en beneficio de terceros como los garantes».

O el mismo hecho de verse atrapado por los dictados tanto de la norma concursal como la societaria. Nos referimos al socio que ejerce su derecho de separación y donde además la sociedad está en concurso. Dos sentencias han

106. Véase el capítulo cuarto sobre instrumentos jurídicos preventivos de la insolvencia: información y «monitoring» que elabora GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, pp. 257 a 336, donde se parte de una constatación más que evidente, a saber, un procedimiento concursal prevé y provee per se a realizar un reparto del riesgo ex post, modificando en alguna medida los derechos contratados o perfeccionados entre los acreedores y el deudor después de que la impotencia financiera se ponga de manifiesto.

107. No más elocuente puede ser el mismo título de la aportación de Thoms respecto de los empleados o trabajadores como acreedores de segunda clase, *vid.*, THOMS, «Arbeitnehmer als Gläubiger zweiter Klasse? Wiedereinstellungsanspruch und Insolvenz», RdA, 2024, pp. 227 y ss.

108. Un buen análisis desde la óptica económica del valor tanto de los mecanismos o instrumentos de supervisión como del propio valor de las causas de preferencia negocial en ARRUNADA, *Teoría contractual de la empresa*, Madrid, 1998, p. 363.

109. Así, a propósito de la sentencia del BGH de 16 de febrero de 2023 - IX ZR 21/22, señala «Forderungsabtretung durch Insolventgläubiger nach Anmeldung», si un acreedor concursal cede un crédito controvertido registrado en el cuadro y sobre el cual estaba pendiente una disputa legal en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, después del registro, el cesionario puede retomar la disputa legal incluso sin el consentimiento de la parte contraria si el la sucesión legal es entre el cesionario, la parte contraria y es indiscutible para el cedente y ha sido probada ante el tribunal del concurso, anotada en el cuadro e informada a la parte contraria.

CAPÍTULO TERCERO

LA CONCURSALIDAD DE LOS ACREEDORES. INCLUSIONES Y EXCLUSIONES SIGNIFICATIVAS

SUMARIO: 1. LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE LA CONCURSALIDAD. 2. LA CONCURSALIDAD A TRAVÉS DE LA INSINUACIÓN RECONOCIMIENTO. 3. LA NO CONCURSALIDAD DE CIERTOS CRÉDITOS Y LAS PERIPECIAS PRECIPITADAS DEL LEGISLADOR. EL BLINDAJE FINANCIERO. 4. EL LLAMAMIENTO A LA INSINUACIÓN DE CRÉDITOS Y EL DIES A QUO. EL JUEGO DE LAS DIFERENTES PUBLICIDADES O SISTEMAS DE PUBLICIDAD CONCURSAL. 5. EL CONOCIMIENTO Y LA PUBLICIDAD DEL CONCURSO ANTE ACREEDORES EXTRANJEROS. 6. EL DEBER DE COMUNICAR EL AUTO DECLARATORIO DEL CONCURSO POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES. 7. ACREEDORES QUE DESCONOCEN EL CONCURSO Y NO HAN ANTICIPADO EX ANTE EL RIESGO DE INSOLVENCIA. 8. LA CARGA DE INSINUAR EL CRÉDITO. 9. LA COMUNICACIÓN DE LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS. 10. LA COMUNICACIÓN DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS. 11. LA COMUNICACIÓN DE LOS CRÉDITOS POR INTERESES. 12. COMUNICACIÓN EN CASO DE CONCURSOS SIMULTÁNEOS. 13. LA COMUNICACIÓN TARDÍA DE LOS CRÉDITOS. 14. LA PECULIARIDAD DEL DERECHO DE SEPARACIÓN Y LA COMUNICACIÓN DEL CRÉDITO.

1. LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE LA CONCURSALIDAD

La Ley Concursal ha querido que los acreedores en aras de hacer efectiva esa máxima de integración universal o principio de concursalidad, insinúen, o lo que es lo mismo, soliciten formalmente ser admitidos en el listado de acreedores comunicando de modo justificado sus créditos a la administración concursal, órgano competente para reconocer y rechazar créditos¹.

-
1. Como bien señalan los directores de la publicación colectiva ROJO/SÁNEZ/CAMPUZANO/LARA, *Las ejecuciones en el concurso de acreedores. VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Cizur Menor, 2016, p. 30 conforme al principio de la par condicio creditorum, todos los acreedores concursales habrían de insinuar sus créditos en el concurso para poder obtener satisfacción, de modo que todos ellos perderían la facultad de instar ejecuciones individuales mientras se tramitase el procedimiento universal; deberían ser reconocidos y graduados en el propio procedimiento para ser satisfechos con lo que se obtuviese de la liquidación del patrimonio concursal o de acuerdo con las disposiciones del convenio, y siempre de conformidad con la clasificación correspondiente.

Sin concreción y especificación del crédito por parte del acreedor no sirve o no es eficaz la insinuación². Mal se puede insinuar o comunicar aquello que no se especifica. La insinuación no casa con la ambigüedad ni tampoco con lo abstracto o indefinido. Una comunicación que implica un actuar, un hacer, una actividad en tiempo oportuno, un acreditar, pues no de otro modo se puede, *a priori*, pretender hacer valer la condición de acreedor en el procedimiento concursal³.

Comunicar no es constatar, es verificar, poner de manifiesto. La constatación de créditos que no se comuniquen es un vehículo que permite y hace efectiva aquella no comunicación o insinuación de parte del crédito. Comunicaciones que han de ser tempestivas y que, desde los primeros momentos de la Ley Concursal han sido objeto de controversia por los tiempos, los plazos, las impugnaciones incidentales o el cierre mismo del listado definitivo. No en vano, sucesivas reformas concursales introdujeron el artículo 96 bis —hoy artículo 268 TRLC— de cara a dar abrigo a aquellas comunicaciones de créditos verificadas tras la conclusión del plazo de impugnación y hasta el umbral temporal de la presentación de los textos definitivos.

Adviértase además, como la ley 38/2011 ya amplió el ámbito subordinatorio de aquellos créditos no comunicados o comunicados tardíamente al establecer en el numeral 1º: «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».

Pero comunicar no solo es poner en conocimiento, es justificar. Así, pensemos en el préstamo bancario que una entidad concede a la concursada y que además fue insinuado en tiempo, donde además, la constancia documental del crédito era cierta y clara.

Significativa de este supuesto la sentencia de la Audiencia de Navarra de 29 de octubre de 2019, donde la entidad financiera, concedente de dos préstamos personales a la concursada, había además insinuado a la administración

2. Conforme HÄSEMEYER, *Insolvenzrecht*, 2ª ed., cit., p. 483.

3. Se ha discutido en la doctrina esencialmente italiana la naturaleza jurídica del acto de verificación del pasivo, decantándose unas posturas que reconducen el procedimiento a un proceso ordinario civil y otras mantienen que se trataría de un procedimiento de tipo administrativo, de modo que la demanda de insinuación tiene un significado análogo al de una demanda dirigida a una autoridad administrativa y en la que se busca por parte del solicitante una actividad que ha de ser desempeñada por él. Véase como partidarios de la primera tesis PURCARO, «L'avviso ai creditori nel fallimento», cit., p. 297; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, pp. 1380; a favor de la tesis administrativa FERRARA, *Il Fallimento*, 3ª ed., cit., p. 466 y ss., quien recuerda que la necesidad de verificación no es solicitada sino por agilizar la actividad del juez en aras de la formación del pasivo, la cual podría prescindirse si se desarrolla de oficio sobre la fase de los documentos y escrituras del concursado. No obstante hay que tener en cuenta el grado de diligencia y ocultación de ciertos acreedores por parte del concursado o la incorrecta contabilidad del mismo. Sobre esta discusión *vid.* BONFATTI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento*, cit., pp. 3 y ss.

concurstal los créditos y aportado las correspondientes pólizas y certificaciones de saldo deudor con fecha, desglose de capital concedido, el amortizado y todo lo que se había ido adeudando por conceptos diversos. Para el juez de lo mercantil la certificación empero, no era suficiente para la justificación del crédito ya que según el artículo 84.5 LC es la administración concursal quien tiene la facultad de decidir qué documental resulta necesaria para calificar el crédito, no habiéndola facilitado la entidad bancaria según se acreditaba en diferentes correos así como tampoco se había aportado hasta el momento de contestar la demanda incidental el extracto de la cuenta corriente en que se cargaron las cuotas del préstamo y no se proporcionó el histórico del préstamo que hubiere permitido comprobar si las operaciones que se detallaron en el certificado o certificación eran o no conforme a la realidad. En el caso, la administración concursal requirió la aportación de más documentación pero la misma era difícil de proveerse al estar la cuenta corriente bloqueada, habiendo sido aportados los extractos en el momento en que había sido posible, con el escrito de contestación a la demanda incidental, extremo que llevó a la Audiencia a entender que no cabía hablar de falta de colaboración. Para el juzgado de lo Mercantil el retraso de aportación de los extractos era exponente de una falta de colaboración, extremo este que en modo alguno podría dar cobijo a una falta de insinuación o tardía puesto que el crédito sí había sido reconocido inicialmente por la administración concursal como contingente ordinario.

La concursalidad exige a la globalidad de acreedores del deudor común —*ex ante* de la declaración de concurso— la integración en el proceso concurso⁴. Lo cual no está exento de dificultades y tensiones, piénsese por ejemplo en los problemas que supone la comunicación cuando ha habido una cesión de créditos de forma masiva. Por ahí han ido los derroteros de la reciente sentencia del Tribunal de Ferrara, sección civil, de 2 de enero de 2025.

A diferencia con el derecho derogado de quiebras, ya no podrán, al menos *a priori*, los acreedores garantizados, bien a través de una garantía personal, bien real, buscar una satisfacción al margen del procedimiento. Todos han de insinuarse, todos han de ver reconocidas sus pretensiones patrimoniales en el procedimiento⁵. Cuestión distinta es que paralizada la ejecución de una garantía real al menos por un año o antes si se aprueba un convenio, puedan

4. Agudamente señala LLEBOT MAJÓ, *Las garantías en los procedimientos concursales*, Madrid, 2000, p. 80 como el principio de integración obligatoria debe extenderse a todos los acreedores, pues de otro modo no sería posible colmar la función concursal.

5. Como bien recuerda ETXARANDIO HERRERA, *La ejecución laboral separada*, cit., p. 83 el enfrentamiento o tensión entre os acreedores anteriores a la apertura del concurso y los surgidos de la continuación de la actividad es claro. Los créditos contra la masa hacen posible que el procedimiento concursal progrese hasta su fin, pero también pueden constituir un obstáculo coyuntural cuando la ausencia de liquidez pudiera traducirse en el desgase de la empresa. En el conflicto entre acreedores con garantía real y los prededucibles debiera propinarse a los primeros una reducción por los gastos específicos derivados de la conservación, administración y liquidación del bien sobre cuyo valor del bien afecto, y una cuota de los gastos generales del procedimiento que benefician a todos los acreedores, con lo que habría que clasificar dificultosamente los créditos contra la masa.

reactivarla los acreedores garantizados conforme a los postulados de los artículos 145 y ss., de la Ley Concursal⁶.

Y como ya sabemos, no sólo las garantías reales, sino toda una suerte de lo que se ha llamado quizás demasiado eufemísticamente, pseudogarantías reales, de contratos e institutos que gozan igualmente de un efecto, *a priori*, paralizador, pero que, en algunos casos, se convierte en ejecución inmediata. Así, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio siempre que estuvieren inscritos en el Registro de Bienes Muebles, las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, o las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución, acción y ejecución esta última modificada en la reforma de 2011.

El auto declarativo del concurso abre y señala el momento a partir del cual todo acreedor con pretensiones patrimoniales insatisfechas comunique, esto es, exteriorice, justifique y haga valer su crédito. En realidad, conforme al dictado del artículo 28.1 es el hecho de la publicación del auto concursal en el BOE, el que abre el plazo taxativo de comunicación, un mes, señalando «... a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 35».

El auto tiene eficacia *erga omnes* en la que no solo se declara una situación jurídica concreta, la concursal, que da pie a un procedimiento colectivo de ejecución, sino que exterioriza también la constatación de los presupuestos de hecho de esa situación concursal. Paralelamente el auto se convierte en el inicio de toda una serie de efectos legales tanto sustantivos como procesales sobre el deudor, los acreedores y el patrimonio⁷. El auto no supone la apertura de una ejecución *ad hoc*, es más, todavía se ignora en ese momento si finalmente la solución al concurso que declara el auto concluirá en liquidación o convenio.

El dictado del artículo 251 de la norma concursal no puede ser más elocuente cuando asevera que todos los acreedores del deudor, privados o públicos, ordinarios o no, privilegiados e incluso subordinados, por mucho que su posición sea marginal o residual en el concurso, 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 leyes⁸.

6. Sobre este particular ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos en VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, 2ª ed., cit., pp. 70 y ss.; también SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Art. 56», *Comentarios a la Ley Concursal* (ROJO/BELTRÁN [Dirs.]), I, Madrid, 2004, pp. 1036 y ss.; SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «La ejecución de las garantías reales en el concurso», ADCo, 2004, n.º 3, pp. 65 y ss.; SANCHO, «Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado», ADCo, 2005, n.º 5, pp. 199 y ss., pp. 204 a 206.

7. Aseveran ROJO/TIRADO, «Auto de declaración de concurso» (Art. 21), *ComLC*, p. 473, que el auto de declaración de concurso no tiene una naturaleza estrictamente ejecutiva.

8. Contundente afirmaba PAGENSTECHE, *Il Fallimento*, 3ª ed. (BONSIGNORI [traducción de]), Milano, 1968, p. 139 sobre el deber de todo acreedor de insinuarse tanto privilegiados como no, públicos o privados y también los conocidos como «crediti titolari», expresión extraña a la ley pero común entre la doctrina. Con mayor profundidad BONSIGNORI, *Il Fallimento*, cit., pp. 579 y ss.

Es el principio de concursalidad formal, principio genérico que implica entre otros extremos que todos los acreedores que tengan como deudor al concursado fallido deberán insinuar sus créditos en el concurso, si realmente desean obtener satisfacción⁹. No cabe otra opción, no hay otro camino. Ahora bien, entiéndase correctamente, una cosa es ser acreedor concursal y otra bien distinta es ser acreedor concurrente. Genérico derecho a concurrir, específico derecho a ser concursal si el crédito es, de una forma u otra, reconocido *ad intra* del concurso de acreedores.

La integración en la masa pasiva de acreedores se produce objetivamente sin necesidad de ninguna actuación por parte de los acreedores, pues todos los acreedores del concursado deudor al momento de la declaración del concurso forman *ex lege* parte de esa masa pasiva, lo que no obsta para un ulterior paso, la de convertirse en acreedores concurrentes, *cum currere* al procedimiento, lo cual exige en una primera fase la comunicación de su pretensión y, en una segunda, el reconocimiento y clasificación de su posición crediticia sin que la misma se vea impugnada ante el Juez del concurso¹⁰.

Y cuando se habla de todos los acreedores ha de entenderse, todos, absolutamente todos, con independencia de la causa de su crédito o pretensión, su condición pública o privada, garantizada o no, ordinarios o no, condicionados o no, litigiosos, etc., y ello con independencia de que ciertos créditos vean facilitado su reconocimiento bien sea por su constancia, bien por gozar documentalmentemente de prueba y exteriorización ineludible. Los créditos públicos también han de comunicarse o manifestarse a la administración del concurso, cuestión que no escuda que estos créditos tengan ciertas peculiaridades específicas a la hora de proceder a su insinuación¹¹.

La no comunicación del crédito acarreará, qué duda cabe, las mismas consecuencias que de si un crédito de carácter privado se tratare. Morosidad o pérdida de todo derecho a participar en las resultas del proceso concursal si la comunicación procede tras la formación del listado definitivo de la masa pasiva, dado que tales créditos devendrían inexigibles. Así las cosas el insinuante presentará el certificado administrativo correspondiente, sea este provisional o definitivo, lo cual no es óbice como bien establece el artículo 259 de la norma concursal al reconocimiento automático de los créditos que constan en certificaciones administrativas.

-
9. Sobre este principio general y sobre todo sobre su extensión *vid.* GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., pp. 643 y ss.; también YANES YANES, «La formación de la lista de acreedores», cit., p. 3391. *Vid.* TATO PLAZA, «El informe de la administración concursal (II): Determinación de la masa pasiva», en *Las Claves de la Ley Concursal* (QUINTANA, *et. al.* [Dirs.]), Cizur Menor, 2005, pp. 420 y ss. También PULGAR EZQUERRA, «Comunicación y reconocimiento de créditos con garantía personal en el nuevo concurso de acreedores», *RPJ*, 2005, n.º 77, pp. 11 y ss., p. 17.
 10. En parecidos términos BELTRÁN, «Integración de la masa pasiva» (art.49), en ROJO/BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 991.
 11. Nos recuerda VÁZQUEZ LÉPINETTE, *Administraciones públicas y derecho concursal*, Madrid, 2006, p. 124 cómo la Administración pública no puede disponer de los créditos públicos, cuando tenga conocimiento de la declaración del concurso, debiendo insinuar sus créditos en la masa pasiva (art. 7 aps. 2 y 3 NLGP), salvo en el caso específico de los créditos tributarios si se ha celebrado un convenio singular con el concursado (art. 10.2 NLGP).

Recuérdese además, como tras la reforma de 2009, todos aquellos créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía¹².

El reconocimiento necesario de créditos contenidos en certificaciones administrativas no significa una actitud pasiva de la administración concursal. El reconocimiento forzoso no excusa de la labor clasificatoria en el concurso, tampoco de la posibilidad, en su caso, de una impugnación del mismo. Es más, el que la ley otorgue tamaño prebenda al crédito público no empece su insinuación.

La administración concursal reconocerá y clasificará lo que conoce, lo que consta, pero no aquello que ignore o no conste, pudiendo o solo constando *ad intra* de una administración. Así, la sentencia de la Audiencia de Madrid, de 21 de noviembre de 2014, de la Sección 28^a, señala como en el «*caso de la Administración Pública el juez del concurso está obligado a admitir la existencia y cuantía del crédito de carácter institucional reclamado por la misma, ..., para lo que ha de atender para su reconocimiento al contenido de la correspondiente certificación administrativa. “No resulta vinculante”, sin embargo, porque eso invadiría las atribuciones exclusivas de los órganos del concurso, la clasificación que hubiera de atribuirse a dicho crédito. Esta última debe asignarla la administración concursal y si criterio es revisable ante el juez del concurso ... En consecuencia, no incumbe a la Administración acreedora, sino a los órganos del concurso, el fijar definitivamente la condición de crédito concursal (y dentro de este la de privilegiado, ordinario o subordinado)...*».

Ahora bien, ¿toda certificación administrativa de una pretensión pública ha de reconocerse o se ve reconocida automáticamente o solo cuando la misma acredita créditos de derecho público? Nada dice al respecto la norma concursal sobre la fuente o el origen del crédito que explicita el certificado administrativo. Pero la Administración también contrata, es sujeto de derechos y obligaciones, también responsabilidades. La no ejecución o incorrecta de un contrato de suministro, de obra, de servicio, etc., amén de causar un daño a la administración pública u órgano contratante, genera un crédito, una pretensión patrimonial, un resarcimiento, etc., que ha de insinuarse, en su caso, en el concurso de la parte *in bonis*¹³.

12. Como bien señala ANTÓN GUIJARRO, «Especialidades en la comunicación y reconocimiento de los créditos públicos», cit., p. 206 el ámbito de libre discrecionalidad de que goza la Administración concursal en la labor cuasijurisdiccional de verificación de créditos se ve constreñido en aquellos supuestos previstos por el legislador concursal en el art. 86.2 al resultar catalogados como de reconocimiento forzoso, supuestos entre los que figuran los créditos «reconocidos por certificación administrativa». Acierta cuando señala como la norma no es sino una traslación al ámbito concursal del principio de ejecutividad inmediata y presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos (arts. 98 y 39, respectivamente, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y con ella se viene a imponer a la administración concursal la tarea de incluir necesariamente en la lista de acreedores la suma certificada por una Administración Pública como crédito de su titularidad.

13. Para ANTÓN GUIJARRO, cit., p. 209 una interpretación correcta de la norma lleva a la conclusión de que tan sólo los créditos de derecho público son merecedores del reconoci-

El que se sirvan estos créditos de esa suerte de reconocimiento semiobjetivo y automático no implica la aquiescencia con el crédito en todos sus extremos por el acreedor, pues no siempre puede estar seguro de la correcta calificación del mismo que lleve a cabo la administración concursal, de ahí que la carga de la insinuación pese a ese reconocimiento automático sea lo más aconsejable. No serán infrecuentes los desajustes y confusiones por ejemplo entre certificaciones provisionales y definitivas en el ámbito de los créditos tributarios y máxime si se tiene en cuenta el desfase o divergencia que puede haber entre período impositivo y el momento del devengo en el impuesto de sociedades por ejemplo¹⁴. Calibrar y definir la constancia y el modo de constar es harina de otro costal.

Esto también quiere decir, recte, quería decir, pues hasta la reforma de 2009 no era claro el contenido y alcance real de la misma, que desde una lectura escéptica cuando menos, que la norma no es aplicable o no está pensada para aquellos acreedores que sí han insinuado créditos y enmascarado bajo una suerte de cláusula residual una, digamos, comunicación holística o en abierto, o vulgarmente, «por si acaso», aunque para ello se tergiversen las normas y el sentido del propio procedimiento de verificación. Tal es el caso cuando se camufla esa no insinuación a través de labores de inspección pero que a través de una cláusula se pide que tales créditos al menos inicialmente se invistan que no revistan del atributo de la contingencia o de la condicionalidad, algo que nada tiene que ver, con el dictado del artículo 87.3 de la norma concursal¹⁵.

Reconocimiento que no está exento de impugnaciones por parte de la administración concursal si bien conforme a los propios cauces aplicables a la legislación específica de ese acto administrativo, pero ¿cuál es esa legislación específica a la que abiertamente alude el legislador?, ¿significa acudir a otras vías u órdenes judiciales, especialmente la vía administrativa y, en su caso, la contenciosa, o implica de lo contrario una acumulación o *vis atractiva* que se antoja compleja y complicada?

Indudablemente la legitimidad de la certificación no empece su impugnabilidad. Amén de interrogarse por el órgano o actor competente para expedir tamañas certificaciones administrativas. Nadie olvide la enorme complejidad que tiene un procedimiento concursal, donde todo o casi todo está por

miento necesario. Se trata de una prerrogativa que por ellos mismo debe ser interpretada con carácter restrictivo y a la que solo se podrán acoger aquellos créditos que reúnan los requisitos exigidos por la STS de 16 de julio de 2013 para poder ser tenidos, en el ámbito concursal, como créditos de derecho público, como son: el corresponder a la titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos, y que además deriven de potestades administrativas.

14. Ejemplo del que se hace eco VÁZQUEZ LÉPINETTE, *Administraciones públicas y derecho concursal*, cit., p. 126 y que trae a colación precisamente la Instrucción segunda, apartado 3, de la Instrucción conjunta AEAT/Abogacía del Estado cuando distingue entre una certificación provisional y una certificación definitiva.
15. Véase nuestro crítico comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid de 30 de abril de 2008, VEIGA COPO, «Sobre el reconocimiento de créditos de la Agencia Tributaria», *ADC*, 2008, n.º 15, pp. 375 y ss.

reconstruir, desde la contabilidad, informes, documentación, así como la enorme falta de simetría informativa.

La labor de la administración concursal no debilita ni suplanta la carga que todo acreedor tiene en el concurso, cuando menos, la de defender, tutelar y saber vehicular sus propios derechos, o cuando menos, pretensiones patrimoniales en el procedimiento. De ahí que el coste de que cada acreedor se erige en garante propio de su pretensión es mucho menor que el coste que ocasionaría para la colectividad de la masa pasiva que tal garante lo fuere la administración concursal.

Pero la proporcionalidad solamente la brinda el grado de diligencia y autotutela que cada acreedor esté dispuesto a asumir, con independencia de las dificultades de información y publicidad que un procedimiento concursal todavía arrastra. Pero el interrogante es claro, a saber, un acreedor o pretendido acreedor que conoce la existencia de la situación concursal, o que debía razonablemente conocerla, ¿debe comunicar el crédito, tiene dicha carga?, y demos aun un paso más.

Y si ese acreedor que no solo conoce la existencia del concurso sino que además comunica un crédito pero no otro, ¿tiene realmente derecho a asirse a que los créditos no comunicados, quizás porque todavía desconoce la existencia real de los mismos, fruto de una inspección, entren en el concurso por la vía residual de ser créditos contingente sin cuantía previa, o que en un determinado momento y como fruto de esa labor de inspección se manifiesten de ser positiva la misma extemporáneamente?, como ya sabemos y hemos señalado supra esta situación se excepcionó de la subordinación al ser crédito que dimana de una actividad o procedimiento de comprobación o inspección.

¿Hasta qué punto la administración concursal queda obligada al reconocimiento de un crédito eventual de un acreedor que él mismo no solicita pues ignora su consistencia y existencia real?

Esta y no otra, es la situación tan arraigada como alambicada de la Agencia Tributaria cuando pretende, al menos esta fue la tónica inicial con la nueva ley, que más allá del período de comunicación, se incluyan créditos a través de una cláusula residual que como pauta o estrategia *ad cautelam* tiene por norma incluir en todas las comunicaciones que realice. No es tolerable ni debe serlo la práctica, sórdida y poco rigurosa, de además de exigir la admisión al pasivo del crédito que expresamente se comunica, lo cual sí es plausible siempre que se demuestre y justifique su existencia, —pues comunicar es acreditar, justificar, probar—, la de aquellos créditos cuya existencia pudiera resultar de la documentación del deudor o de las actuaciones de comprobación e investigación ulteriores que realicen los órganos administrativos competentes, que tendrán el carácter que les corresponda según su naturaleza, de acuerdo con lo previsto en el artículo 309.º de la norma concursal.

O dicho de otro modo, o se insinúa todo, o no se puede pretender que se admita la comunicación de lo único que es real, y se deje a merced del albur y capricho arbitrario de lo que a ciencia cierta y en el momento de la comunica-

ción inicial se ignora o simplemente se indicia, pero no se sabe. Insistimos por tanto en el sustantivo de carga y no en el de obligación¹⁶.

El acreedor que no comunica su crédito y por tanto, el acreedor falto de diligencia y salvo que opere la comunicación automática que prevé la propia Ley Concursal y en la que eso sí, cabe renuncia del propio acreedor, no deviene concurrente y por tanto, tampoco participa *per se* en el convenio o en la liquidación. Sólo si por el motivo que fuere fueren incluidos en la lista de acreedores por la actuación de los administradores concursales en el plazo que media entre la preclusión de la comunicación y el de la elaboración y entrega del informe de la administración verán su crédito relegado a la subordinación y a los escasos derechos que estos acreedores ostentan en el procedimiento.

Su falta de comunicación, o lo que es lo mismo, su falta de diligencia, pero también su insinuación intempestiva, implicará colocar su crédito dentro de la categoría de los créditos subordinados. Si ni siquiera los administradores tienen constancia de estos créditos que no se comunican por parte del acreedor no concurrirán en modo alguno en el proceso y toda pretendida satisfacción sólo sería viable extraconcursalmente, de suyo harto improbable.

2. LA CONCURSALIDAD A TRAVÉS DE LA INSINUACIÓN RECONOCIMIENTO

La verificación de los créditos se inicia con su insinuación o «demanda» de insinuación o admisión al pasivo escrita aunque no formal, acompañada eso sí de los documentos que justifiquen los créditos por parte de los acreedores¹⁷.

16. Se plantea e interroga ANTÓN GUIJARRO, cit., p. 211 si el reconocimiento necesario de los créditos reconocidos en certificación administrativa ¿opera con carácter absoluto o tiene algún tipo de límites? A raíz de analizar si existen problemas cuando la certificación administrativa contiene conceptos ajenos al créditos concursal. El supuesto que plantea el autor es por ejemplo cuando el reconocimiento se hace o no extensivo a créditos contra la masa, a recargos de demora devengados con posterioridad a la declaración del concurso. Tribunales que están divididos en este ámbito. Véase la STS de 18 de febrero de 2015 al respecto (2015, 970).
17. El viejo artículo 1100 del Código de Comercio de 1829 rezaba que el examen y reconocimiento de los créditos contra la quiebra se hará en Junta general de acreedores con vista de los documentos originales y de los libros y papeles del quebrado. Por su parte el artículo 1102 del mismo cuerpo legal señalaba que los acreedores estaban obligados a entregar a los síndicos los documentos justificativos de sus créditos dentro del término prefijado, acompañando copias literales de ellos, para que cotejadas por los síndicos y hallándolas conformes, pongan a su pie una nota firmada, de quedar los originales en su poder, y en esta forma las devuelvan a los interesados para guarda de su derecho. En el ordenamiento alemán conforme al parágrafo 126 BGB cuando se pide forma escrita significa que el documento ha de ser firmado de propio puño mediante la aposición de firma o bien de sigla con autenticación notarial, si bien ya se admiten la utilización de medios electrónicos de comunicación, como el fax, los correos electrónicos, etc. *Vid.* entre otros, EICKMANN, *Insolvenzrechtshandbuch*, cit., p. 796; NOWAK, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., par. 174 RdNr. 9. Sobre la forma escrita en la insinuación a los administradores véase el minucioso análisis que lleva a cabo UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung. Kommentar* (UHLENBRUCK [Dir.]), München, 2003, 12ª ed., pp. 2321, RdNr. 13 y ss. En cambio en la regulación anterior a la *InsO* el parágrafo 139 de la *KO* permitía que la comu-

Una demanda de insinuación documental que nada tiene que ver con los concretos documentos que acreditan y justifican la existencia y consistencia del crédito que la administración concursal verificará¹⁸.

La práctica y los administradores concursales han ido ideando determinados formularios incluso fichas de créditos y acreedores —en ocasiones dotadas además de notas explicativas que facilitan el cómo rellenar sin errores ni incómodos entorpecimientos dilatorios los mismos—, que se envían a los distintos acreedores para que puedan de un modo racionalizado y eficiente comunicar su crédito¹⁹. No sólo se agiliza el procedimiento sino más importante se homogeniza en cierto modo el fluir y discurrir de toda comunicación, facilitando sin duda la labor verificadora.

La apuesta, decidida y sin duda más eficiente, de agilizar y dinamizar esta comunicación vino de la mano de la reforma concursal de 2011 al apostar alternativa y decididamente por la comunicación por medios electrónicos, de modo que el domicilio y la dirección electrónica señalados a efectos de comunicaciones serán únicos y deberán ser puestos en conocimiento del juzgado por el administrador concursal al tiempo de la aceptación del cargo o, en su caso, al tiempo de la aceptación del segundo de los administradores designados (*ex art.* 85.2 de la vieja Ley Concursal).

En el mismo se recogen aquellos extremos que permiten una individualización y especificación de los aspectos cualitativos y cuantitativos del crédito en cuestión, con lo que se gana en homogeneización, celeridad y también en la valoración que habrán de desempeñar los administradores. No cabe duda que de este modo se facilita pero también se fagocita el estímulo para que los titulares de pretensiones crediticias las comuniquen a los órganos del concurso.

nicación del crédito se llevase a cabo también oralmente dado que se hacía en el Juzgado. En la nueva regulación el órgano competente es la administración y no el juez para recibir la insinuación o *Anmeldung*.

18. Distingue la sentencia de Casación Civil italiana de la Sección VI de 9 de febrero de 2016, n.º 2561, que matiza como el material probatorio que concierne al juicio de oposición al estado pasivo, distingue claramente lo que es la demanda de admisión al pasivo, que no es un documento probatorio del crédito y no puede, por tanto, considerarse comprendido entre los documentos que deben ser depositados so pena de decadencia del recurso de oposición *ex art.* 99. Así, si una copia de la demanda de insinuación al pasivo no ha sido adjunta o añadida al fascículo del juicio de oposición o a aquel del oponente, el tribunal debe proveer su adquisición de cara a evitar la reconstrucción del contenido. Sobre el particular véase la aportación de BACCAGLINI, «Due criticabili decisioni che escludono l'operare del principio di conservazione della prova documentale nell'opposizione allo stato passivo», *Dir. Fall.*, 2016, n.º 5, pp. 1302 y ss.
19. Sobre la utilidad de los formularios y notas explicativas *vid.* SANGIOVANNI, «La domanda di ammissioni al passivo», cit., p. 1207. Ya nos hemos referido con anterioridad por ejemplo a la labor de los administradores del concurso de Afinsa, en cuya página web www.amministrazioneconcursalaafinsa.com estos han introducido información de cómo proceder a la insinuación de los créditos, llegando a elaborar dos pdf distintos en función de si se conoce o consta ya el crédito y cómo consta este o por el contrario se presume la condición de acreedor en determinadas personas, adjuntándose dos modelos de fichas, una para los créditos ya conocidos por la administración y rellenada por estos con la posibilidad de rectificación por el titular de la pretensión crediticia, y una segunda ficha en blanco que ha de rellenar el pretendido titular que además justificará su pretensión.

La única condición es la de ostentar una pretensión de contenido obligacional y de indudable carácter patrimonial, pues no en vano el artículo 267 de la Ley Concursal apuesta decididamente por la conversión en dinero de todos los créditos.

Pero la ambigüedad de la propia norma concursal deja una serie de interrogantes en el aire, como por ejemplo, ¿podría un acreedor no insinuado y a lo postre no reconocido solicitar la calificación del concurso?, ¿puede el acreedor tras la comunicación de su crédito modificar el *petitum* antes de que expire el plazo de insinuación?, ¿pueden los administradores del concurso excepcionar en sentido propio, o incluso revocar de oficio un título alegado por el instante del procedimiento?

3. LA NO CONCURSALIDAD DE CIERTOS CRÉDITOS Y LAS PERIPECIAS PRECIPITADAS DEL LEGISLADOR. EL BLINDAJE FINANCIERO

Entre las exclusiones a la concursalidad señalar que no formarán parte de la masa pasiva aquellos titulares de bienes que estuviesen en depósito, o en tránsito en poder del concursado, o de los tradicionalmente conocidos como acreedores de dominio, pues bastaría con ejercitar la acción reivindicatoria, *vindicatio rei*, como *a priori* también lo serían los acreedores de arrendamiento financiero, a los que paradójicamente la Ley Concursal regala el privilegio especial del artículo 270, una suerte de pseudogarantía real adornada con el plus de un privilegio si bien referido a las cuotas del arrendamiento²⁰.

Situación distinta se produciría si el concursado hubiese enajenado estos bienes a un tercero a título oneroso y de buena fe aun careciendo del poder de disposición sobre los mismos. Pero ¿qué sucedería si el ejercicio del derecho de separación se imposibilita o se hace inviable habiendo el concursado transmitido a título oneroso el bien o derecho a tercero de buena fe irreivindicable?, ¿debe o no comunicar ese crédito y, en todo caso, cuándo?, ¿qué consideración o calificación merecería tal crédito, el propio de la naturaleza mismo que le sirve de basamento o el que aparentemente se establece en el artículo 240 y por tanto ordinario²¹?

No obstante recuérdese que la propia norma concursal establece que no formarán parte de la masa pasiva los derechos a la restitución de que disfrutan los sujetos afectados por el ejercicio de acciones de reintegración a menos que hubiesen actuado de mala fe, es decir, actuación en fraude de la contraparte, en cuyo caso entrarán en la delimitación de la masa pasiva en el último rango de los subordinados²². Tampoco formarán parte de la masa pasi-

20. Sobre este privilegio *vid.* nuestra posición crítica en VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, 2ª ed., Granada, 2006, pp. 201 y ss.

21. Sobre este y otros interrogantes nos centraremos *infra*.

22. En el mismo sentido BELTRÁN, «Art. 492», en ROJO/BELTRÁN, *ComLC*, p. 992; LEÓN, «Efectos de la rescisión» (art. 73), en ROJO/BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 1333.

va aquellos acreedores titulares de una obligación personalísima del deudor o de no hacer.

El artículo 251 TRLC paladín de la universalidad del concurso pone su acento en la condición de *acreedor del deudor*, con independencia de la calificación del crédito, cualquiera que sea la naturaleza del crédito y cualesquiera que sean los acreedores, sean estos ordinarios o no, preferentes especiales o generales, o subordinados —incluso estos han de comunicarse por mucho que ocupen una posición marginal o meramente residual en el concurso, no obstante y aun careciendo de demasiado interés en participar en el concurso sólo formarán parte del pasivo si comunican sus créditos aunque lo hagan tardíamente en cuyo caso la posición sigue siendo la misma de subordinados dado que no cabe la subordinación de la subordinación siendo simplemente créditos comunicados tardíamente—, presentes o futuros, condicionados o no, litigiosos, etc., mas la frontera es clara y nítida, a saber, acreedores del deudor anteriores a la propia declaración concursal, no simultáneos o posteriores, pues estos no serán sino créditos contra la masa o lo que es lo mismo, créditos extraconcursales y que paradójicamente facilitan y favorecen la sustanciación y desarrollo del proceso y, en su caso, la continuación de la actividad de la empresa²³.

La objetivación del acreedor se extiende a estos con independencia de la categorización por la procedencia que podamos realizar o establecer del crédito, pues será acreedor del concursado tanto un acreedor por crédito contractual como por crédito dimanante de una responsabilidad civil extracontractual que a mayores gozará de privilegio general, como lo serán tanto por titular créditos privados como públicos, sometidos a condición o término, presentes o futuros, como pendiente litigio, con garantía real o garantía personal si bien el garante o fiador una vez satisfecho el crédito sustituirá al acreedor en la posición que este ocupaba.

Ya tendrá ocasión en su demanda de admisión al pasivo o insinuación de expresar y fundamentar el acreedor todos los datos relativos al crédito y no sólo los subjetivos, cuales son, el concepto del crédito, su cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda, además de indicar los bienes o derechos sobre los que se sustenta un privilegio especial así como los datos registrales en su caso (artículo 256.1 y 2 TRLC).

La universalidad aboca además a un concurso sin fronteras, la condición de acreedor del deudor lo será tanto para acreedores nacionales y domiciliados en nuestro país, como para acreedores foráneos y domiciliados en otro país, si bien la participación en el concurso se verá modulada por las especificidades propias que comporta internacionalmente un concurso principal y un concurso o concursos territoriales²⁴.

No quedarán empero integrados en la masa pasiva y por tanto se relativizará esa universalidad o concursabilidad de los acreedores del deudor, aquellos créditos que gocen de un derecho de ejecución separada como sucede con

23. Vid. entre otros MAZZOCCA, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., p. 359 y ss.

24. Conforme, entre otros, BELTRÁN, «Art. 49», en ROJO/BELTRÁN, *ComLC*, cit., p. 993.

los titulares de créditos con privilegios sobre buques y aeronaves (*ex art.* 241) y que se acogen a la misma. Genuina excepción entre excepciones. Como también sucederá si así lo desean aquellos acreedores que ejecutan una garantía real conforme a los postulados de los artículos 142 y ss. del Texto Refundido de la Ley Concursal, créditos laborales y créditos públicos que ejecutan por la vía de apremio antes del auto que declare el concurso²⁵.

No ha tardado incluso el legislador en inmunizar a ciertos acreedores, significativamente del lobby financiero, de la situación concursal permitiendo incluso una ejecución de una garantía financiera aún constituyéndose en documento privado el mismo día que se declara el concurso.

El juego de los artículos 6, 7 y 9 del Real Decreto-ley de 5/2005 de 11 de marzo, sobre reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, permite prácticamente cualquier fórmula de pignoración que se blindará frente a un procedimiento concursal. Indudablemente el legislador ha vuelto a las andadas. Y este reajuste lo que viene a significar entre otros extremos, es que, podrán ejecutarse las garantías con independencia del procedimiento concursal, algunas incluso apropiarse, con la debida valoración, aunque no se diga por quién se habrá de hacer tal valoración, cuando de valores negociables se trate, por mucho que la Ley Concursal establezca unas reglas muy claras en sede de ejecución (artículos 142 y ss.).

Y no sólo se podrán ejecutar esas garantías, o proceder a las oportunas compensaciones contractuales, sino que además las entidades financieras cobrarán en esa ejecución o en esa compensación la totalidad de lo que se les deba, es decir, tanto el principal como intereses remuneratorios y no remuneratorios, además de recargos y comisiones, por lo que la subordinación de estos últimos créditos será además hurtada por la puerta de atrás. Recordemos que estos créditos por intereses, sanciones, recargos, etc., son esencialmente subordinados con independencia de quién sea el titular esté o no esté especialmente relacionado con el concursado.

Así las cosas, se subvierte deliberadamente la calificación legal y automática de dichos créditos que se cobijan dentro de los privilegiados y no entre los subordinados como realmente les correspondería. Por tanto, este Real Decreto-ley lo que viene a hacer es blindar las garantías financieras advirtiendo que no cabe el ejercicio de las acciones del artículo 71 y siguientes de la norma concursal y que tienen la posibilidad de ejecutarse de modo separado sin interferencia alguna del procedimiento colectivo (véanse los artículos 15 y 16.1 de este RDley).

La resistencia e inmunización de las garantías financieras a verse arrastradas a un procedimiento concursal es total pero lo paradójico es que también ha sido consentida meses después de entrar en vigor la Ley Concursal, y lo peor, se ha llevado a cabo a través de una auténtica chapuza jurídica. La práctica bancaria conoce desde antiguo, la inclusión de cláusulas *omnibus* y de

25. Nuevamente y entre otros, *vid.* nuestro trabajo VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, 2ª ed., cit., pp. 70 y ss.

cláusulas de garantía o compensación en sus contratos de financiación, mecanismos todos extraconcursales, cláusulas que se establecen para supuestos de incumplimiento, impago y, sobre todo, de insolvencia, un tratamiento unitario y unificado de los saldos de todas las cuentas abiertas así como de todos los productos financieros que el deudor tuviere con la financiera o con el grupo²⁶.

Es cierto que el Real Decreto se basa en que los créditos a compensar estén vencidos y por tanto sean compensables, baste una mera lectura del artículo 16 que viene a inmunizar el acuerdo o imposición de compensación contractual de la apertura de un procedimiento concursal o liquidación administrativa. Y ya se sabe, las entidades financieras no estaban dispuestas a renunciar a tamaña prebenda, así que lo que ha salido por la puerta de la Ley Concursal entra ahora por la ventana²⁷.

No puede obviarse sin embargo, que este RDley es fruto de la transposición de la Directiva sobre garantías financieras de 2002, y es incomprensible que la Ley Concursal cuyo trasiego legislativo y no legislativo ha durado años y años no haya tenido en cuenta las directrices de aquella directiva, pero lo más escarecedor es que aprovechando la transposición de la misma a través de este RDley toda la filosofía que inspiró la graduación y ya falsa poda de privilegios, pues es lo que realmente ha sucedido y como ha de calificarse, salte ahora por los aires a la primera de cambio²⁸. Y lo que es peor, no será este el único ataque a la línea de flotación de la ley concursal, cual es, los privilegios. El tiempo nos dará o nos quitará la razón.

No ha estado en cambio tan diligente el legislador, el gobierno, o ciertos lobbies en proteger a quienes menos tutela tienen, los acreedores ordinarios, esos mismos que no pueden proveerse de garantías, ni tampoco analizar realmente el nivel de riesgo del futuro concursado quien sigue trampeando con una empresa deficitaria y que conduce al abismo pero que poco le importa o

26. No nos vendría mal a todos leer el pequeño pero agudo estudio de DÍEZ PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid, 2005.

27. Es cierto que la Ley Concursal no ha tenido en cuenta las exigencias de la Directiva 2002/47 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. No le falta razón a DE CASTRO ARAGONÉS/FERNÁNDEZ SEIJO, «Los créditos de entidades financieras en la Ley Concursal: reformas, contrarreformas y chapuzas legislativas. (A propósito del RDley 5/2005 de 11 de marzo sobre reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública)», *RCP*, 2005, n.º 3, pp. 25 y ss., cuando señalan que la Ley Concursal ha actuado como una «norma fantasma» dado que recogía para deudas financieras y crediticias a un régimen distinto e incluso contradictorio al previsto en la directiva no transpuesta. En cierta medida la entrada en vigor del RDley 5/2005 no hace sino corregir los errores o despistes del legislador concursal.

28. Críticos y acertados se muestran DE CASTRO ARAGONÉS / FERNÁNDEZ SEIJO, «Los créditos de entidades financieras en la Ley Concursal: reformas, contrarreformas y chapuzas legislativas», cit., p. 35 cuando aseveran que la Ley Concursal al no recoger expresamente el régimen previsto por la Directiva se convierte así en una bienintencionada chapuza y el RDley, al no poder modificar formalmente la Ley Concursal, se convierte también en otra chapuza no tan bien intencionada pero de efectos incuestionables. Unas líneas más abajo señalan: «tal vez este Real Decreto-ley no es sino el aperitivo de un reajuste sector por sector que obligará a rastrear Boletines Oficiales en busca de normas residuales en las que puedan cobijarse nuevas alteraciones de la estructura concursal».

bien engañar a todos, cuando no así mismo, bien en huir hacia delante²⁹. Y es que a través de este Real Decreto-ley los acuerdos de garantía financiera no se verán limitados, restringidos o afectados en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa, *y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada*, de acuerdo con lo pactado entre las partes, y si cabe ejecutarse ¿han de insinuarse necesariamente en el procedimiento concursal? La respuesta no es otra que negativa.

Es más, el artículo 11. 4 de este RDley de 11 de marzo de 2005 llega al paroxismo cuando señala que la ejecución de una garantía se hará de conformidad con lo previsto en el acuerdo de garantía financiera correspondiente, sin que pueda supeditarse, salvo pacto en contrario, a ninguna exigencia de notificación previa, ni a su aprobación por un tribunal, un funcionario público u otra persona, *ni que deba efectuarse mediante subasta pública* o de cualquier otro modo regulado normativamente, ni que deba subordinarse al cumplimiento de cualquier plazo adicional.

La contradicción con el artículo 142 del Texto Refundido la Ley Concursal no puede ser más palmaria, recordemos que este artículo señala que «Desde la declaración de *concurso*, *no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni tampoco apremios administrativos, incluidos los tributarios, contra los bienes o derechos de la masa activa*».

Adviértase que en la redacción inicial del viejo artículo 55 no se especificaba tan nítidamente esa inclusión de los tributarios, y la referencia era genérica al patrimonio del deudor, pero no a los bienes o derechos de la masa activa. La falta de efectos que la declaración del concurso tiene sobre estas garantías a favor de las entidades financieras es tan absoluta como, a nuestro juicio, inaudita, incomprensible y quizás también, por qué no decirlo, inadmisibile. Las amplísimos márgenes de disponibilidad que se regalan a las entidades financieras tanto para compensar como sobre todo, para llevar a cabo ejecuciones de garantías cuando no apropiaciones a expensas de los dictados de los artículos concursales (ver artículo 11.3 RDley de 11 de marzo de 2005) acabarán generando importantes conflictos tanto jurídicos como procedimentales.

Parémonos a pensar por un momento que el Juez del concurso dicte como medida cautelar el embargo de una o unas cuentas corrientes del concursado,

29. No tiene desperdicio la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona (Asunto: 172/2005Cl, vinculado al concurso 36/2004), de 13 de mayo de 2005. En esta Sentencia se dirime exactamente el impacto del Real Decreto-ley con los privilegios especiales que diseña la Ley Concursal, impacto que se produce entre otros extremos entre los requisitos de forma de una prenda financiera conforme al RDley y los que establece el artículo 90.1.6º de la LC. El problema surge por que amparado en este Real Decreto cierto acreedor trata de hacer valer una prenda de créditos que no consta en documento público y cuya fehadencia resultaba débilmente acreditada. Como señala la citada Sentencia «en esta situación jurídica lo que si se ha de advertir es que el artículo 91.1.6º de la Ley Concursal no recoge en toda su extensión los efectos y circunstancias de garantías, privilegios y compensaciones financieros. También debe advertirse que estas fórmulas comunitarias de garantía del sistema financiero tal vez deberían haber llevado a reflejar en la Ley Concursal estos mecanismos no ya de privilegio sino de ejecución separada, mecanismos que difícilmente encajan en el artículo 154 y 155».

o que ordena a un deudor del concursado el pago de un determinado crédito que por su parte ha sido descontado o cedido a una entidad de crédito, ¿qué hará la entidad financiera que a la vez es acreedora del concursado? Muy simple, compensar y ejecutar con las potestades absolutas que le brinda el RDley, pues es impensable que renuncie a tamañas prebendas y que por ejemplo se lance a una tercería en caso de embargo o peor aún, pretenda impugnar la calificación de los créditos de otros acreedores. Para qué dilaciones y entorpecimientos innecesarios si su posición es casi inatacable salvo que se pueda demostrar fraude.

La impunidad llega a su cimax cuando en el artículo 16 *in fine* de este RDley señala a modo de advertencia que las operaciones financieras o acuerdos de compensación no podrán ser objeto de las acciones de reintegración del artículo 226 de la Ley Concursal, salvo mediante acción ejercitada por la administración concursal en la que se demuestre perjuicio en dicha contratación.

No sólo se altera el régimen impugnatorio y probatorio establecido en la Ley Concursal sino que somete a una *cuasi probatio* diabólica a la administración concursal que queda compelida a hallar y acreditar un específico perjuicio en cada operación financiera, sea esta de compensación sea de garantía, en contra del resto de acreedores. A todas luces es evidente que poder acreditar tal perjuicio o tal fraudulencia por mejor decir, va a ser totalmente imposible, sobre todo si se tiene en cuenta la poca o nula información documental que puede llegar a tener la administración concursal³⁰.

4. EL LLAMAMIENTO A LA INSINUACIÓN DE CRÉDITOS Y EL *DIES A QUO*. EL JUEGO DE LAS DIFERENTES PUBLICIDADES O SISTEMAS DE PUBLICIDAD CONCURSAL

¿Son necesariamente llamados al concurso los potenciales acreedores, sólo los que constan, o precisamente los que no constan a través de un llamamiento general, para que a su vez comuniquen y verifiquen sus pretensiones? Resulta evidente que aquel acreedor que no quiera estar integrado en la masa pasiva no comunicará su crédito y si el mismo constase de un modo objetivo y automático siempre la cabe la posibilidad de renunciar³¹. De lo contrario, o

30. Como bien señalan DE CASTRO ARAGONÉS/FERNÁNDEZ SEIJO, «Los créditos de entidades financieras en la Ley Concursal: reformas, contrarreformas y chapuzas legislativas», cit., p. 33 vuelve a surgir un conflicto entre las normas de protección general del interés del concurso y las normas específicas de salvaguarda de las entidades financieras que se amparan en esta clase de cláusulas y mecanismo de garantía. No les falta razón cuando aseveran que no puede buscarse el amparo en un perjuicio genérico de este tipo de operaciones respecto del resto de acreedores, sino que habrá de acreditarse el específico perjuicio que cada concreta operación, garantía o compensación haya causado para los intereses del resto de acreedores.

31. Advierte JAEGER, *Il Fallimento*, cit., p. 195 la posibilidad de que ciertos acreedores no quieran verificar sus créditos, bien por *sfiducia* bien por *indolezza* o por motivos de economía absteniéndose por tanto de todo acto en el procedimiento, reservándose eventualmente de actuar directamente contra el deudor después de la clausura del concurso.

bien se condena o sanciona al acreedor a la subordinación o el mismo opta por preterirse al no desear ver satisfecha su pretensión a través del procedimiento concursal.

Ahora bien, para realizar este acto de conservación de una pretensión propia de indudable contenido patrimonial, el acreedor necesita información, por lo que en cierto modo el acreedor ha de conocer la situación concursal de su deudor hasta el presente presumiblemente solvente, o al menos estar en situación de conocer tamaña contingencia. Y esa situación se convierte en estado concursal con el auto que declara el mismo. Toda actividad empresarial consiste en un riesgo, pero ese riesgo no puede trasladarse sin más a acreedores y terceros que probablemente ignoren la verdadera intensidad y entidad del riesgo. La aversión al mismo compete a un diligente empresario habiendo medios para mitigarlo.

Pero un auto que declare un concurso carece por sí solo de efectos *erga omnes* en el sentido de que sin más no es accesible —otra cosa bien distinta es que sea oponible—, a los pretendidos acreedores del fallido, pues el mismo ha de ser comunicado individualmente por los administradores concursales³². A mayor número de acreedores mayores son también las posibilidades de que el hecho concursal sea ignorado por una gran cantidad de acreedores. No se olvide que en los procedimientos concursales de grandes dimensiones y salvo supuestos en los que el hecho concursal roza la alarma social como hemos comprobado recientemente en los concursos de Forum y Afinsa o de alguna compañía aérea con miles de potenciales acreedores, dado el ingente número de afectados, lo normal es que un gran número de pequeños acreedores —ordinarios en su casi totalidad— ignoren la declaración concursal.

A ello ha de unirse la propia complejidad del procedimiento, su desconocimiento, el elevado número de créditos que tratan de verificarse, las dificultades de contactar en tiempo oportuno con todos los acreedores, etc., hacen que el plazo concluya rápidamente sin que las insinuaciones se presenten tempestivamente, lo que hace que los créditos se aboquen a un reconocimiento tardío con las consecuencias de la subordinación.

Lo que el acreedor difícilmente puede saber o probablemente ignora es si el crédito y su titularidad consta o no y, en su caso, de qué modo en la contabilidad o libros del deudor concursado. Y la Ley Concursal ha diseñado un doble esquema o régimen de comunicaciones, uno genérico y global, a través del llamamiento inserto en el BOE y en periódicos, y otro, el segundo, más específico e individualizado a través de notificación personal a los potenciales acreedores que completa y complementa a aquél. Acreedores en este segundo supuesto que, de un modo u otro, constan o se presume su condición para la administración concursal.

Cumple esta comunicación individualizada una suerte de acto preparatorio o preliminar destinado a estimular la actuación ulterior de los acreedores de cara a verificar sus créditos. De otra parte la ley no ha priorizado un orden temporal de esas publicaciones, es decir, será indiferente que primero sea en

32. En parecidos términos PAJARDI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, 5ª ed., cit., p. 415.

el boletín oficial o en los diarios. En todo caso, la coletilla del art. 23.1 de la norma concursal exige la mayor urgencia en su publicación³³.

Será el procurador del solicitante del concurso a quién se le entreguen los oficios con los edictos quien se encargará de procurar su inmediata publicación. No será por tanto responsabilidad del órgano de administración la efectiva publicación así como el grado de diligencia y consecuente responsabilidad desplegada en tal labor. Únicamente cuando el concurso se inste a instancias de la Administración sí será el Juzgado quien trasladará de oficio los edictos a los medios de publicidad en conformidad con el art. 35.1 de la ley³⁴.

Es cierto que tanto el auto de declaración de concurso así como la comunicación individualizada de los administradores del concurso a los acreedores se convierten en un expediente tan fundamental como necesario.

Es el acto o *iter* inicial del procedimiento de verificación del pasivo, pues fija el término referencial y el *dies a quo* a partir del cual se han de comunicar los créditos. La propia Ley ha establecido como *dies a quo* el día siguiente a la publicación del auto concursal en uno de los dos siguientes medios, o bien el boletín oficial del Estado o en uno de los diarios de mayor difusión en la provincia en la que el deudor tenga el centro principal de intereses, y en caso de que este no coincida con el domicilio social la fecha será el anuncio en un diario en la provincia donde radique el domicilio social. La fecha determinante en estos medios de publicidad es la del anuncio más tardía, a partir del cual empezará a computar el plazo³⁵.

33. Es evidente que una satisfactoria publicidad del concurso, sean cuales sean en este momento las resoluciones concursales, iniciales, continuadas o finales del propio procedimiento, aseguran en cierto modo la consecución de los mismos fines explícitos de la norma concursal. Sin ésta, publicidad concursal, el edificio procedimental acabaría desmoronándose. Y pese a la dispersión y aparente falta de conexión de artículos que abordan en un momento u otro la publicidad en el concurso, estos cobran cada vez mayor protagonismo. Los canales o instrumentos para hacerla posible son varios y ocupan ámbitos o parcelas conexas pero diferenciadas. Así, al lado de una publicidad judicial, otra registral, se ha creado una nueva reforzatoria de la registral a través de Internet y que ha obtenido consagración legal a través del RD 158/2008, de 8 de febrero, que modifica y reforma al anterior de 10 de junio de 2005 (RD 685/2005) sobre publicidad de resoluciones concursales. Véase el trabajo de DOMÍNGUEZ CABRERA, «La publicidad de las resoluciones concursales a través de un portal de Internet tras la reforma introducida por el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero», *Diario La Ley*, 2008, n.º 7007, pp. 2 y ss.

34. Como bien señala SEQUEIRA MARTÍN, «La publicidad en el proceso concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, I, Madrid, 2005, pp. 1219 y ss., p. 1229 los oficios con los edictos constituyen el acto de comunicación (art. 149.6º LEC) de lo que es el objeto de la publicación por los medios de publicidad correspondientes (art. 23.1 y 3 LC), sin que el texto legal haga una manifestación expresa y determinada del contenido mínimo que deba ser obligatoriamente publicado. *Vid.* además, DOMÍNGUEZ CABRERA, «La publicidad de las resoluciones concursales a través de un portal de Internet tras la reforma introducida por el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero», *cit.*, pp. 2 y ss.

35. Conforme ROJO/TIRADO, «Art. 21», *ComLC*, *cit.*, p. 495; también FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, *cit.*, p. 173; SEQUEIRA MARTÍN, «La publicidad en el proceso concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, I, Madrid, 2005, pp. 1219 y ss., p. 1231.

Parece, a nuestro juicio, que la publicidad del auto que se difunda por medios electrónicos o telemáticos no cumplirá a efectos de referencias temporales para comunicar los créditos a la administración concursal la misma virtualidad que la publicación escrita a través del BOE o de los periódicos. Sin duda será un buen acicate o revulsivo de cara a dinamizar y dotar de fluidez toda comunicación entre administración concursal y acreedor, pero a efectos de cómputo de plazos o de *dies a quo* para la insinuación ha de ser otra la publicidad a tomar en cuenta. Adviértase además la coletilla de «podrá» que recoge el art. 35 cuando habla de estos nuevos canales de comunicación a diferencia de la obligatoriedad que se aprecia en los otros medios convencionales³⁶.

No entra esta publicidad a través de Internet dentro de las publicaciones que la norma concursal tiene como obligatorias, por lo que la publicidad que se haga a través de estos medios a distancia es del todo indiferente e irrelevante para el cómputo del *dies a quo* preciso para que los acreedores lleven a cabo la carga de comunicar sus créditos³⁷. Irrelevancia *sui generis* y en este punto, pues no puede emplearse semejante vocablo a la hora de referirse a ella así como a la finalidad que pretende. Tampoco ha de tomarse como referencia la fecha de la comunicación individualizada que del concurso harán los administradores. Esta simplemente es una comunicación de refuerzo, complementaria a aquella y sin duda, más limitada y parciaria al llegar únicamente a los acreedores que en ese momento son conocidos por el órgano concursal³⁸.

No tardarán en surgir las dudas interpretativas, y máxime a efectos de cómputo, para saber desde cuándo y hasta cuándo ha de computarse el plazo para la insinuación. En efecto, pronto puede plantearse el interrogante de si el mes de plazo para comunicar el crédito se inicia desde la publicación genérica o desde la individualizada. Sin duda hemos de decantarnos por la fecha y el plazo de la comunicación global, convirtiéndose en cierto modo en una verdad objetiva y no meramente formal. El plazo expira al mes de la última de las publicaciones obligatorias del auto que declara el concurso (art. 28.1.5º TRLC).

El problema radica en que a pesar de que las publicaciones preceptivas deben llevarse a cabo con la mayor urgencia, el acto mismo de la publicación

36. Téngase en cuenta el desarrollo que se ha llevado a cabo a través del Real Decreto 685/2005, de 10 de junio (modificado recientemente por el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero) que atiende a la publicidad por medios telemáticos, informáticos y electrónicos y el portal que se ha creado www.publicidadconcursal.es, sobre el Registro de resoluciones concursales *vid.* el estudio de FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Registro de Resoluciones Concursales», *ADCo*, 2006, n.º 7, pp. 263 y ss., sobre todo en la p. 276 en adelante donde se analiza y estudia el contenido del registro en cuestión. También DOMÍNGUEZ CABRERA, «La publicidad de las resoluciones concursales a través de un portal de Internet tras la reforma introducida por el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero», *cit.*, pp. 1 y ss.

37. Conforme entre otros, FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, *cit.*, p. 175.

38. Sobre el alcance y valor de esta comunicación individualizada así como su fuerza limitada *vid.* ALONSO LEDESMA, «Delimitación de la masa pasiva», en *Derecho Concursal*, Madrid, 2003, p. 398; FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, *cit.*, p. 175; MERCADAL VIDAL, «Art. 85», *cit.*, p. 427.

depende, en cierta medida de terceros, y no del Juzgado de lo Mercantil. No se olvide que tampoco el auto que declara el concurso establece la fecha de inicio o *dies a quo* para que los acreedores comuniquen su crédito. No es descabellado pensar que en más de una ocasión las comunicaciones individualizadas de los administradores a los acreedores lleguen incluso antes de que realmente se haya materializado la última de las publicaciones obligatorias, y viceversa, en otras ocasiones el proceso será a la inversa, la comunicación individualizada se llevará a cabo días o semanas después de cumplir con los dictados del artículo 35, y por tanto de modo extemporáneo al plazo establecido para hacer valer el crédito oportunamente.

El propio auto declaratorio del concurso contiene un llamamiento general a los acreedores del deudor para que insinúen su crédito, documentando y justificando el mismo, llamamiento que realiza el juez, y que no ha de confundirse con la notificación o aviso individualizado que realizan los administradores a aquellos acreedores que constan y por tanto están identificados en el concurso.

Tiene derecho al aviso o notificación todo titular o acreedor que tenga una pretensión crediticia frente al deudor concursado, y no únicamente quienes titulen un crédito vencido, exigible y líquido. Y lo tienen también todos los trabajadores del concursado por mucho que se presuma que puedan conocer objetivamente la situación de insolvencia y que de suyo deben constar en el concurso y para el concurso³⁹. Si bien el verdadero problema es el alcance extensivo de la notificación, pues los administradores comunicarán el concurso a aquellos acreedores que de un modo u otro consten en la situación contable y documental del deudor, más los testimonios que este mismo realice o verifique.

La administración concursal únicamente comunicará o notificará el auto del concurso a aquellos acreedores cuya existencia sea conocida, lo que no supone mimetizar el elenco de acreedores suministrados en la primera lista de acreedores por el deudor concursado. Habrá acreedores que hayan sido preteridos, o que simplemente surjan con posterioridad a la formación de ese primer listado del deudor y antes de producirse el auto que declare el concurso. Los sucesivos momentos cronológicos en la vida del concurso adelgazarán o engrosarán el listado de acreedores.

39. Contundente la Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Burgos de 18 de julio de 2007 (JUR 2007, 307055 y 307090), quien al precisar además que ese llamamiento del artículo 21.1.5 a los acreedores incluye a los trabajadores, la administración concursal tiene el deber de incluir 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». Este régimen supone que la comunicación del crédito es potestativa para el trabajador porque puede verificarlo, aportando nóminas o contratos de trabajo, o cualquier otro documento que acredite su crédito, o no hacerlo, ya que la administración concursal deberá incluirlo en la lista de acreedores que debe acompañar al informe. Es el trabajador quien decidirá y por tanto, justificará la existencia del crédito o impugnar por el contrario el informe de la administración concursal. Sin embargo no hemos de negar la evidencia de que el trabajador también puede presentar su reclamación ante el juzgado de lo social, ya que al tratarse de una acción individual y no colectiva, no es una de las acciones de las que deba conocer el juez concursal.

Es cierto que en el fondo se trasluce una notoria falta de claridad y concreción en los límites temporales de cara a la certeza de la fecha y plazo para realizar la comunicación. Hubiera sido deseable una mayor y mejor coordinación entre las normas concursales así como una homogeneización entre el hecho mismo de la publicación del auto que declara el concurso y la comunicación individualizada que llevan a cabo los administradores concursales⁴⁰. Quizás no hubiera sido descabellado imponer unos plazos obligatorios para la comunicación individualizada. No así que el obligado en realizar la comunicación individualizada sea el propio Juzgado de lo Mercantil. Las premuras y menos en tutelas idóneas de créditos no son deseables ni tampoco tolerables.

5. EL CONOCIMIENTO Y LA PUBLICIDAD DEL CONCURSO ANTE ACREEDORES EXTRANJEROS

No ha de perderse de vista que las complicaciones aumentan cuando de acreedores extranjeros se trata⁴¹. Las dificultades se multiplican y ello con independencia a la regulación que se ha otorgado en los artículos 736 a 739 de la norma concursal que, en suma, acaba por remitirse al régimen general de comunicación de créditos. Como fácilmente se puede imaginar las dificultades estriban en los plazos y en el conocimiento oportuno y rápido de la situación concursal por parte de los acreedores foráneos de modo que puedan insinuarse dentro del plazo previsto para la comunicación si no quieren verse relegados a la subordinación.

De hecho el propio artículo 738.2 de la Ley Concursal preceptúa que, entre la información que ha de suministrar la administración del concurso se incluya, entre otros extremos, el plazo para la comunicación de los créditos a la propia administración concursal. No ha de olvidarse sin embargo que los administradores concursales únicamente enviarán comunicación individual a aquellos acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, y ya se verá si constan y, en todo caso, como constan y de qué modo⁴².

40. Abunda en esta crítica FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., p. 181 quien además sugiere la conveniencia de introducir en la Ley Concursal un sistema de información a los acreedores que les permitiera acceder con facilidad a la fuente de información en la cual conste la fecha hasta la que está permitida la insinuación de sus créditos, bien suavizando en todo caso la sanción de subordinación alargando los plazos para comunicar.

41. Ya advertía BONSIGNORI, *Il Fallimento*, cit., p. 585 como uno de los grandes problemas de los administradores concursales —curadores— cuando comunicaban el término dentro del cual los acreedores tenían para presentar la demanda de admisión al pasivo se produce respecto de los acreedores extranjeros, hablando incluso de un «problema esecutivo». Problema que el autor relativiza si se parte de la premisa de la no perentoriedad del término mismo para presentar demanda y la posibilidad a su vez de presentar la insinuación también en el trámite de audiencia de verificación. Solución que no es extrapolable a nuestro ordenamiento.

42. No cabe duda y como ya hemos mantenido *supra* que la comunicación individual tanto a acreedores nacionales o patrios como foráneos o extranjeros cumple una función de apoyo, de refuerzo o complementariedad ante la publicación obligatoria y vinculante que la propia norma concursal establece en el art. 23 a través del auto por el que se declara el concurso. Sobre estos extremos en el caso de acreedores extranjeros *vid.* VIRGÓS/

Pero las reglas que establece la Ley Concursal en los artículos 738 y siguientes, no está pensando tanto en los acreedores comunitarios como en los extra-comunitarios, dado que a los primeros que tienen su residencia y domicilio en el espacio europeo se les aplicará el Reglamento de Insolvencias comunitario.

El alcance de la tutela, por mínima o efectiva que esta resulte a la postre, es más amplio dado que la masa pasiva del concursal tiene vocación de universalidad. Todo acreedor, sea este nacional, comunitario o extranjero tiene el derecho a participar en el procedimiento colectivo de universal⁴³. Sólo vehiculando y estableciendo los cauces idóneos para la participación del acreedor extranjero en el proceso concursal se obtiene la efectividad práctica del ejercicio de los derechos o pretensiones de carácter patrimonial. Y como es fácilmente imaginable, la piedra de toque, es la información, el conocimiento sin demora y en tiempo efectivo de la apertura del proceso.

De hecho el propio artículo 738 impone a la administración concursal el deber de *informar sin demora* de la apertura del proceso concursal a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, si así resultare de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constare en el concurso. La norma no habla de reconocimiento automático de créditos, sólo de informar «individualizadamente» a los acreedores extranjeros de la nueva situación jurídica del deudor. Una información que, entre otros extremos, contendrá un punto esencial, el carácter principal o territorial del concurso, amén de otras informaciones necesarias para postular su crédito en el procedimiento concursal.

Información que se hará por escrito y aquí radica una diferencia con los acreedores nacionales al poderse hacer directamente al acreedor o presumible acreedor sin necesidad de seguir las vías previstas para la remisión de documentos judiciales⁴⁴. No obstante, no cabe duda que la inclusión del artículo 268

GARCIMARTÍN, «Art. 214», *Comentarios de la Ley Concursal*, II, Madrid, 2004, p. 2947 destacando la complementariedad de la comunicación individual respecto de la publicación del auto que ordena el juez y que siendo obligatoria en España es facultativa en cambio en otros estados. *Vid.* de los mismos autores VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, 2003, p. 143 donde analizan minuciosamente las reglas sobre la publicidad de la declaración de apertura del procedimiento de insolvencia. Recordemos que el art. 21.1 del Reglamento establece que el síndico podrá pedir que se publique el contenido esencial de la decisión por la que se abra el procedimiento de insolvencia y, en su caso, la decisión de su nombramiento, en todo Estado miembro con arreglo a las modalidades previstas en dicho Estado. La peculiaridad es que en el Reglamento será el Síndico quien decida si se publica la declaración de insolvencia en otro estado miembro.

43. Más lejos aún llegan VIRGÓS/GARCIMARTÍN, «Art. 214», *Comentarios de la Ley Concursal*, II, cit., p. 2947 cuando aseveran que no sólo pueden participar en el procedimiento abierto en España, sino que tienen la carga de hacerlo, sea un procedimiento principal o territorial.

44. Así lo corroboran también VIRGÓS/GARCIMARTÍN, «Art. 214», *Comentarios de la Ley Concursal*, II, cit., p. 2947 Y 2948. Ambos autores resaltan que el juez del concurso puede imponer otra forma de información más o menos rigurosa que la prevista en este artículo. La conveniencia tanto de que exista una notificación formal como condición de reconocimiento de procedimientos extranjero facilita el reconocimiento pero llevada a un extremo también lo ralentiza y hace menos efectivo, de ahí que en aras de una cierta agilización y a

desdramatiza en parte las consecuencias al excepcionar de la subordinación aquellas comunicaciones extemporáneas siempre que se pruebe, recte, justifi- que tras comunicar posteriormente el crédito que el acreedor no tuvo noticia antes de su existencia en cuyo caso se clasificará el crédito según su naturaleza.

Es cierto que contrariamente al derecho derogado se ha producido una homogeneidad en los plazos sin distinción del acreedor, sea este nacional o extranjero o en el argot decimonónico, de ultramar⁴⁵. Pero no es menos cierto que las posibilidades reales de comunicar en tiempo oportuno se dificultan extraordinariamente en caso de aquellos acreedores que residan en el extranjero, pues es impensable primero, [o al menos así lo era en la redacción inicial de la norma concursal en 2003, que ahora tras la reforma de 2011 ha cambiado, como el impulso que a su vez se dio en la reforma de 2009 con la creación de un Registro Público concursal], que lean el BOE y menos diarios de difusión nacional cuando no regional o local, y segundo, que cuando reciban la comunicación individual que preconiza el art. 28.4 el tiempo que reste para la finalización del plazo no sea suficiente para materializar su pretensión.

No perdamos de vista además que si el concurso es necesario y no voluntario los administradores no accederán o dispondrán de la documentación del concursado hasta transcurridos diez días desde que se le haya notificado el auto conforme al dictado del art. 28.1.3º LC). El acreedor instantáneo del concurso ignora el resto de créditos como también la identidad de otros acreedores por lo que los administradores concursales en esos primeros momentos difícilmente podrán hacerse más que una mínima composición de hecho y operarán en barbecho.

Ahora bien, el grado de discrecionalidad del juez del concurso es amplio. Nada empece que module bien atemperando, bien ampliado la información necesaria del concurso a través de los mecanismos o medios que considere más oportuno. De facto, el juez, bien de oficio, bien a instancia de interesado, podrá igualmente acordar que se publique el contenido esencial del Auto de declaración del concurso en cualquier Estado donde convenga a los intereses del concurso, con arreglo a las modalidades de publicación previstas en dicho Estado para los procedimientos de insolvencia. Del mismo modo la administración concursal podrá solicitar la publicidad registral en el extranjero del auto de declaración y de otros actos del procedimiento cuando igualmente convenga a los intereses del concurso.

La propia Ley concursal llega a regular la publicidad internacional del concursal, amén de la nacional claro está. Como bien se ha apuntado la expectativa de los eventuales acreedores o incluso deudores del concursado no es otra que la de recibir la publicidad por los canales de información habituales en «su Estado»⁴⁶.

la vez minimizando los costes de administración, sería factible igualmente una comunicación telemática, informática o electrónica.

45. Sobre esta uniformidad *vid.* entre otros CORDERO LOBATO, «Art. 85», cit., p. 1010; FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., p. 179.

46. Así, entre otros, VIRGÓS/GARCIMARTÍN, «Art. 215», *Comentarios de la Ley Concursal*, II, cit., p. 2949 y ss., p. 2950.

Sólo de este modo es comprensible el dictado de la propia Ley Concursal cuando asevera que la publicación del auto deberá hacerse de conformidad con las modalidades de publicación previstas en dicho Estado para los procedimientos de insolvencia, modalidades que pueden combinar distintos medios y diferentes alternativas qué duda cabe. Y lo que nos está diciendo el artículo 736 no es otra cosa que posibilitar medios complementarios y más efectivos de publicidad del concurso en otros países donde bien por la existencia de interesados sean acreedores, sean deudores, o sea el lugar donde radican bienes de la masa activa, interesa que el procedimiento concursal sea conocido.

Es incluso posible que en esta comunicación individual hayan ya incluido los administradores la fecha del último día de plazo para realizar tempestivamente la insinuación si las publicaciones obligatorias en los diarios [ya no tras las reformas concursales habidas, si bien sí podrá la administración concursal acordar cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso] y en el BOE ya han tenido lugar. Pero en todo caso lo exiguo del plazo que les puede restar, y si es que les resta, les aboca a una total desprotección.

De todos modos, lo real es que los acreedores extranjeros, al igual que sucede con los nacionales, disponen únicamente de un mes para comunicar sus créditos conforme a lo dispuesto en el artículo 255 de la norma concursal, mes que empieza a contar desde la última de las publicaciones obligatorias del auto. No hay distinguos ni prebendas en este aspecto entre los distintos acreedores. La uniformidad en este aspecto es total, con independencia de cuándo les llegue a estos acreedores la comunicación individualizada⁴⁷. Si sus créditos constan en los libros del deudor se facilitará el reconocimiento, siendo este automático, de lo contrario, las posibilidades de insinuaciones extemporáneas y por tanto, la rigidez en la subordinación, son muy altas⁴⁸.

Las pautas en cierto sentido también las ha marcado el Reglamento europeo de insolvencias cuando establece en su artículo 40 reglas de forma y de contenido que han de presentar las notificaciones de la apertura del procedimiento a aquellos acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, domicilio o su sede en los demás estados miembros. Se trata de materializar y hacer efectivo un elemental derecho de información a los acreedores a través de una nota individualizada para todos y cada uno de los acreedores en los que se hará constar al menos: a) los plazos que deben respetarse; b) las sanciones previstas en relación con dichos plazos; c) el órgano o autoridad habilitada para recibir la presentación de los créditos y otras medidas prescritas al efecto; d) finalmente se hará constar en dicha nota si los acreedores cuyo crédito se

47. Recuerda no obstante YANES YANES, «La formación de la lista de acreedores en el concurso», cit., p. 3997 la protección que para estos acreedores dispensa el art. 40 del Reglamento (CE) 1346/2000.

48. Nos recuerda FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., p. 180 nota 324 que no sería descabellado pensar que la obligación contraída respecto de un determinado acreedor extranjero no haya sido anotada en el Libro Diario del deudor, al no haber llegado el documento que la justifique a sus dependencias antes de la solicitud de concurso.

encuentra garantizado por una garantía real y, por tanto que gozan de una causa de preferencia negocial, han o no de presentar su crédito⁴⁹.

Y tratándose de acreedores extranjeros el problema de la lengua no es menor ni pequeño⁵⁰. De hecho el art. 42.1 del Reglamento dispone que en cuanto a la lengua en la que se redacte la notificación individualizada ha de plasmarse en una lengua oficial del Estado de apertura del procedimiento.

Si bien y en aras de facilitar la inteligibilidad y comprensión directa del destinatario de la comunicación individual que puede ignorar la lengua en que se sustancia el procedimiento concursal del estado de apertura —y no digamos si el estado en cuestión tiene varias lenguas oficiales—, el propio precepto exige que la nota informativa se encabece con el título «*Convocatoria para la presentación de créditos. Plazos aplicables*». Encabezamiento que irá preceptivamente redactado en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea. De este modo habrá que irse habituando y no extrañándose de que encabezasen semejantes rúbricas expresiones como «*Insinuazione di credito*», o «*Anmeldung einer Forderung*».

Por su parte, la comunicación del crédito por parte del acreedor intracomunitario es modulado tanto en su forma, su contenido y la lengua en el artículo 39 del Reglamento en el que se reconoce expresamente el derecho a presentar el crédito y participar en el procedimiento, si bien con el límite claro que la clasificación y rango que estos acreedores ocupen en el procedimiento viene determinado, como no podía ser de otro modo, por la *lex fori concursus*. Será la ley nacional y, en nuestro caso, los artículos 269 a 284 los que sitúen y clasifiquen los créditos de estos acreedores foráneos, tanto intra como extracomunitarios, acorde con los parámetros de la Ley Concursal. Cuanto más internacionalizada está la gestión empresarial de un concursado, mayores serán las posibilidades de que las nacionalidades, ordenamientos jurídicos y, sobre todo, lenguas oficiales diverjan⁵¹.

49. Como bien nos recuerda VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, cit., p. 148 el artículo 5 establece una regla de inalterabilidad de los derechos reales sobre bienes del deudor localizados en un Estado distinto al de apertura. Esta regla se aplica a los derechos, no a los bienes en sí mismos, que forman parte de la masa. Y concluyen «de ahí que tenga sentido pedir que también esos acreedores presenten su créditos. Si el acreedor no informa a los administradores el procedimiento de su derecho y del bien sobre el que recae, corre con el riesgo de eventuales errores, pero la ley nacional no le puede “sancionar” con la pérdida o alteración de su derecho real».

50. Se hace eco también de estas dificultades la propia *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* (MORÁN BOVIO [Coord.]), cit., p. 358 elaborada por la CNUDMI. La misma recomienda a la hora de cumplir con los requisitos de forma para la comunicación, tomar en consideración si esos requisitos son esenciales o si puede dárseles un carácter menos riguroso, como en el caso de otros requisitos procesales examinados en relación con el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. No obstante la Guía recomienda la conveniencia de que los créditos extranjeros estén sujetos a los mismos procedimientos de verificación y reconocimiento que los créditos nacionales.

51. Sobre este particular y aplicado a los ordenamientos alemán e italiano respecto al reglamento europeo de insolvencias, véase SANGIOVANNI, «La domanda di ammissioni al passivo», cit., p. 1208.

No sería injusto, así las cosas, ampliar el plazo de comunicación de créditos al menos para los acreedores extranjeros, modificación que permitiría, primero, a los administradores concursales realizar una más minuciosa y tranquila reconstrucción del pasivo del deudor y descubrimiento de deudas y acreedores y, segundo, hacer realmente más hábil y, en todo caso, justificada la finalidad de la comunicación pues si esta no se lleva a cabo dentro de los límites temporales pergeñados en la propia ley de poco o nada sirve preconizar la obligatoriedad o no de la misma.

Es cierto que en los casos de procedimientos abreviados los plazos se reducen a la mitad como también lo es que la posibilidad de acreedores foráneos también se reducirá sensiblemente. El tiempo dirá si el empleo de nuevos medios tecnológicos, significativamente internet, permitirán facilitar y posibilitar de un modo ágil, dinámico y seguro toda comunicación de un modo instantáneo y menos oneroso.

Ahora bien, ni todos los concursados tendrán página web, salvo las grandes sociedades y sobre todo las cotizadas que sí están obligadas a publicar en su web toda información relevante para la vida de la sociedad, ni tampoco todos los acreedores tienen ni habrán de suministrar su correo electrónico al deudor, su contraparte negocial. Por lo que apostar por los medios electrónicos como un remedio taumatúrgico no dista más que de una mera ilusión por el momento.

No se olvide de otra parte que el Juez del concurso goza de la libertad y no solo en el caso de la publicidad del auto que declara el concurso, sino también en ulteriores resoluciones o autos que emanen del juzgado, para exigir toda aquella publicidad complementaria que considere oportuna y eficaz en aras de una mayor y mejor información y por ende trascendencia del concurso. El juez puede acordar toda publicidad que considere oportuna en cualesquiera medios que estime convenientes, al margen del carácter oficial o privado del medio así como de la naturaleza del soporte. Y será precisamente en el propio auto, así como en su momento en ulteriores resoluciones, en el que se consigne el carácter, contenido y extensión de tal publicidad⁵².

A diferencia de lo que sucedía en el derecho derogado el proceso de verificación del pasivo nace con el auto declarativo y no como antes, que no comenzaba propiamente con el auto declarativo de la quiebra sino con posterioridad, aunque seguidamente al nombramiento de los síndicos.

Los acreedores, al menos los ordinarios y todos aquellos que no sean profesionales, entiéndase banca y sector riesgos amén de Hacienda y Seguridad Social, no tienen acceso a la información que consta con anterioridad al concurso como en el momento mismo de su exteriorización a través del auto, aquellos difícilmente están en condiciones de anticiparse y descontar los ries-

52. Acertadamente señala SEQUEIRA MARTÍN, «La publicidad en el proceso concursal», *cit.*, p. 1230 que el contenido de la publicación obligatoria de la declaración del concurso se extiende más allá de los escuetos términos expresados, a la vez que el mecanismo de publicación en diarios públicos y privados es también un instrumento utilizado a lo largo del proceso concursal para anunciar determinados aspectos del mismo que el legislador ha considerado oportuno.

gos y la carencia de información. Riesgos e información que sí exigen y exigirán los acreedores profesionales, exigiendo y blindándose con garantías reales que conceden una fundamental posición prelatoria en el concurso. Y quién únicamente se le puede suministrar son los administradores concursales.

También hemos de plantearnos en caso de que el concurso se dirima por el procedimiento abreviado si el dictado del artículo 525.1 de la norma concursal es o no y en qué modo en su caso aplicable en sede de comunicación de créditos. En efecto son varias las interpretaciones que hasta el presente se han hecho de este artículo y sobre todo en esta concreta cuestión. Entender que también el plazo de comunicación de créditos ha de reducirse a la mitad, esto es, quince días, que en todo caso se computaría como días naturales, es a nuestro juicio erróneo, amén de disfuncional y sumamente oneroso para los acreedores. Si ya el plazo de un mes, es hasta cierto punto discutible precisamente por su escasez sobre todo cuando el acreedor no es nacional, o está en el extranjero, reducir el mismo a quince días dificulta de un modo tan artero como extraordinario la comunicación tempestiva de tales créditos. Pero es que la jurisprudencia al caso no termina de aclarar nada, es más, es tan contradictoria como lo está siendo alguna doctrina⁵³.

6. EL DEBER DE COMUNICAR EL AUTO DECLARATORIO DEL CONCURSO POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES

Deslindada anteriormente la diferencia entre la comunicación o insinuación de los créditos al concurso de cara a su verificación de lo que es la comunicación del auto que declara el concurso a los acreedores por parte de la administración concursal, procede ahora detenerse en esta última, analizando la forma, el contenido y el tiempo en que la misma ha de realizarse. En efecto, el artículo 252.1 de la norma concursal impone a la administración concursal el deber, que no obligación, de realizar sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio conste en el concurso, nacionales o foráneos⁵⁴.

Previamente en el artículo 218.1.5º se realiza in generis e in abstracto un 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 la publicación del auto. Se les informa ahora detallada e individua-

53. Vid. el breve trabajo de LÓPEZ JIMÉNEZ / MUÑOZ DE BENAVIDES, «Cómputo del plazo para comunicación de créditos por parte del acreedor en el procedimiento concursal abreviado», *La Ley*, 8 de noviembre de 2007, n.º 6816, donde aunque partidarios de esta reducción también a quince días, nos muestran un pequeño elenco de pronunciamientos jurisprudenciales sumamente divergentes, algunos proclives a la reducción también del plazo en la comunicación.

54. Sobre el fundamento de la celeridad de la comunicación y verificación de los créditos vid. JAEGER, *Il Fallimento*, cit., p. 194 afirmando como la celeridad en la verificación del pasivo trata de no ralentizar excesivamente las fases del procedimiento como evitar que las distintas pretensiones sean cuestionadas a lo largo del tiempo. In extenso, véase nuestro comentario VEIGA, «Artículo 252. Comunicación a los acreedores», Comentario al Texto Refundido de la ley concursal, [VEIGA (Dir.)], I, Cizur Menor, 2021, pp. 1433 y ss.

lizadamente de la declaración y situación concursal lo que no escuda ni priva o relaja la carga o deber que los acreedores o pretendidos acreedores del concursado tienen de comunicar sus créditos. Esta es simplemente el reverso de la moneda. En cierto modo se trata de estimular a los pretendidos acreedores para que comuniquen sus créditos con el incentivo indirecto que de no hacerlo se les relega a la categoría de créditos subordinados, o en el peor de los casos, a no obtener satisfacción alguna dentro del concurso. Amén de cumplir una función integradora de la publicidad del auto que declara el concurso.

Ahora bien, si en esa comunicación individualizada los administradores concursales comunican la cuantía del crédito, tipología, vencimiento, etc., permitirían que los acreedores se acogiesen al beneficio de la comunicación simplificada⁵⁵. Cuestión bien distinta es la conformidad o disconformidad del receptor de esa comunicación tanto con la calificación de ese crédito como con la cuantía del mismo, pues la diferencia no es pequeña si se califica como ordinario o privilegiado y no digamos ya como subordinado.

Lo que hacen los administradores del concurso es poner o tratar al menos de poner en conocimiento de los acreedores, aunque sólo aquellos que de un modo u otro les consta, bien sea por la relación que ha confeccionado y presentado el propio concursado, bien por la comprobación y revisión que de los distintos documentos y testimonios consten en esos momentos iniciales del proceso, la situación concursal, la existencia de un procedimiento que acaba de iniciar su rodadura y en la que es imprescindible la colaboración de los acreedores, pero no sustituyen ni suplantán el deber o carga que estos tienen si desean concurrir a la ejecución colectiva. Y este deber se extiende a todos los acreedores, sin distingos ni clasificaciones, por lo que tanto los privilegiados como los subordinados a la vez que los ordinarios son los legitimados activamente para comunicar y, en definitiva, verificar su crédito y su deseo manifiesto de poder participar en el proceso y la solución concursal.

La comunicación es por tanto universal y objetiva para todos los créditos, estén estos desposeídos o no de garantías reales o personales, de privilegios o causas de preferencia de origen negocial o legal, sometidos a condiciones o litigios, que gocen o no de la responsabilidad de un patrimonio adicional, sean solidarios o no, como que subjetivamente el titular de los mismos resida o no en nuestro país.

Ahora bien, si sólo con la comunicación de créditos se forma correcta y fidedignamente la radiografía del pasivo a través del listado de acreedores, una vez concluida la fase de oposición e impugnación de la lista, no significa empero que sin esa comunicación no se entre a formar parte de esa lista de acreedores. Así las cosas, esta comunicación activa por parte del acreedor no constituye el único expediente de cara a reconocer un crédito en el procedimiento concursal.

La comunicación es el mecanismo o cauce ordinario y regular que abre la puerta a la participación en el procedimiento. Es de una parte una facultad

55. En parecidos términos BERMEJO, «Comunicación de créditos» (art. 85), en ROJO/BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, I, cit., p. 1530.

del acreedor, no una obligación ni un deber general. Sólo ministerio *legis* o por voluntad expresa del legislador podrá participar en el concurso un acreedor que no ha comunicado su crédito, por lo que escapa a su esfera o ámbito de disposición.

Sólo podrá satisfacerse participando en el concurso, sea a través de una solución convenida o liquidatoria, amén de la posibilidad de ser un acreedor con garantía real que transcurrido el plazo de un año tras la declaración del concurso sin aprobarse convenio o abrirse fase de liquidación puede proceder a ejecutar su garantía, o incluso antes si esta recayese sobre un bien afecto y por tanto no necesario para la masa activa del concurso. Mas todo dependerá de la decisión última y voluntaria del acreedor.

Como bien se ha reconocido la comunicación del crédito a los administradores no opera ni como una demanda ni como una acción ejecutiva⁵⁶. Es una facultad y a la vez una carga individual de cada acreedor que pretende hacer efectivo su crédito en el procedimiento de ejecución colectiva o universal. Nadie ni nada obliga al acreedor o pretendido acreedor —haya recibido o no la comunicación individualizada por parte de la administración concursal—, a participar en el proceso concursal. No existe una genérica obligación de comunicar los créditos, en todo caso y desde la libertad individual de cada titular crediticio será una opción, un cálculo o una estrategia de cada acreedor particular quien sopesará si le conviene o no insinuar su crédito.

De este modo, el acreedor analizará si comunica o no al concurso su pretensión patrimonial, sopesando si su crédito corre el riesgo de devaluarse y degradarse como subordinado al ser persona especialmente relacionada con el deudor, o en el peor de los casos, si su crédito sigue la misma suerte de otros que contaminan o contagian de subordinación toda relación gravosa o no para el concurso, o por el contrario si tiene o no posibilidad de cobrar la integridad del crédito de un codeudor solidario y escapar a sí a los procelosos pozos del concurso, así como los costes tanto personales como económicos, sobre todo económicos, de tal decisión, etc.

Es más, incluso en el caso que de oficio se produzca la comunicación y ulterior reconocimiento forzoso como establece el artículo 259 (es decir créditos que resultaren de los libros y documentos del deudor o que por cualquier razón constaren en el concurso, como por ejemplo fuesen incluidos en la relación de acreedores por el deudor en su escrito de solicitud de concurso, porque se trata del acreedor que ha instado o solicitado la declaración de concurso necesario, como la de aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por Sentencia, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en un registro público y los créditos de

56. Conforme BERMEJO, «Comunicación de créditos. Art. 85», *Comentario Ley Concursal*, I, cit., p. 1528 quien señala como una vez comunicado el crédito al concurso es posible continuar o presentar una reclamación judicial ejercitando el derecho comunicado, como es solicitar al juez competente que declare su derecho a una indemnización para que pueda ser satisfecha en el procedimiento donde habrá comunicado su pretensión como un crédito contingente.

los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso), nada obliga al acreedor a someterse y quedar integrado en el proceso concursal si así no lo desea.

Ahora bien, adviértase que si bien nada ni nadie puede obligar al acreedor a comunicar su crédito y por tanto a verificar su pretensión crediticia en el procedimiento concursal, ello no empece para propugnar la obligatoriedad del procedimiento de verificación, pues este ha de llevarse a cabo necesariamente en el desarrollo del procedimiento. En efecto, no cabe duda de la estrecha relación entre el concurso y la obligación de verificación de los créditos por parte de aquellos que pretenden hacer valer sus pretensiones en la insolvencia⁵⁷.

Si el acreedor no comunica el crédito no participa en el procedimiento concursal y si lo hace, pero de un modo tardío, la carga de hacerlo intempestivamente le acarreará ciertas consecuencias, pues únicamente él es, en principio, el responsable de su propia actuación como de su propia pasividad.

Es artífice único de su propia falta de diligencia o desidia. Se convierte en acreedor moroso, una morosidad que modulará y marcará a partir de ese momento la posición y el protagonismo del acreedor en el concurso. No sólo perderá los trámites ya sustanciados, perderá además su posición que inicialmente le hubiere correspondido de haber comunicado tempestivamente su titularidad crediticia, pasando a ser un acreedor subordinado, amén de los posibles dividendos que se hubieren repartido, en su caso, hartamente improbable, antes de la comunicación, pues la realidad práctica se ha encargado de demostrar pronto que los procesos concursales no se sustancian tan rápidamente como se preveía. Los hechos son más tozudos y prestos han desbaratado los deseos del legislador.

Ni el desarrollo de las distintas fases ha sido tan diligente como se preveía ni tampoco la solución concursal que predomina es la convenida. Cuestión distinta es la de aquellos créditos a los que el legislador concursal, por unos motivos u otros, exonera o dispensa de la carga de la comunicación.

El deber de comunicación o insinuación de los créditos no dimana en suma de esa comunicación individualizada de los administradores concursales, o por mejor decir, por la puesta en conocimiento del concurso que hagan los administradores conforme a los dictados del art. 28 de la Ley Concursal, o de haber recibido o conocido el concurso a través de esa notificación, sino del propio auto por el que se declara el concurso. No es el Juzgado quien comunica a los acreedores el auto declaratorio del concurso, son los administradores concursales, por lo que cumplen una función de medio a fin.

Ahora bien, con las dos reformas habidas hasta el momento de la norma concursal se ha facilitado la controversia que se había suscitado respecto al cómputo de este plazo y, particularmente ante la distonía de fechas que se podía producir cuando, esas comunicaciones, más el propio auto, amén de otras resoluciones podían llegar en momento temporales distintos.

57. Conforme entre otros, MAZZOCCA, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., p. 372.

De hecho el *dies a quo* para que los acreedores comuniquen, acrediten sus créditos no comienza con el recibo de la comunicación de los administradores, sino tras el último de los anuncios de publicación obligatoria (artículo 35.1 LC que ahora en la redacción actual simplemente insiste en el cómo se realizarán las distintas publicidades de las notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, que serán preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos)⁵⁸.

La no comunicación de los acreedores implicará *a priori* su postergación o relegación en cuanto créditos subordinados, o hipocréditos, pero la no comunicación del auto que declare el concurso por parte de los administradores siempre y cuando se deba a una actuación negligente de los mismos, no impedirá la no participación de los acreedores en el concurso, siempre y cuando conozcan por otros medios o canales el concurso, pero sí conllevará la separación de los administradores así como su responsabilidad.

Lo que no hacía en 2003 el artículo 21 y en concordancia el artículo 85 era establecer una forma o medio específico de realizar la comunicación por parte de los administradores concursales. Y si no se imponía una forma por vía legal tampoco lo había de hacer la práctica y un mínimo pragmatismo. Por lo que no ha de supeditarse únicamente el medio a la forma escrita postal tradicional, pudiéndose llevar a cabo conforme a los medios que el artículo 35 señala, es decir, medios telemáticos, informáticos y electrónicos.

Es más, la Ley concursal tampoco impone que se acredite la comunicación a través de recibo, pues así lo ha querido expresamente, dado que cuando los administradores ultimen y comuniquen la publicidad del informe por el que se publica el inventario y la lista de acreedores definitiva sí exige la constancia del recibo por el que se ha evacuado la comunicación⁵⁹. Pero la cosa no pasaría de ahí y las dificultades no existirían si *ab initio* el deudor y por extensión la administración concursal dispusiesen de un listado completo y extenso de la lista de acreedores, con créditos, cuantías, vencimientos, etc., la realidad en cambio nos muestra que es más caprichosa, y que el concursado no es tan diligente como *a priori* pareciera ni los acreedores están en idénticas posiciones y análogos conocimientos unos y otros. La asimetría informativa y la distinta aversión al riesgo es la nota, quizás la constante que diferencia a unos acreedores de otro, amén del revestimiento preferencial que otorgan los privilegios concursales⁶⁰.

58. Vid. comentario CAMPUNZANO GÓMEZ-ACEBO, «Artículo 35. Publicidad de la declaración de concurso», Comentario, cit., pp. 272 y ss.

59. Este ha sido uno de los problemas que los Jueces de lo Mercantil han tratado de resolver en su II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia en diciembre de 2005, quienes aseveran que la Ley relativiza la trascendencia de esta comunicación desde el momento en que ni se impone la acreditación de su recibo, ni este es trascendente a efectos de cómputo de plazo que se fija de manera abstracta y con carácter general a todos los acreedores.

60. No tienen desperdicio las aseveraciones de CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 28 quien en su propio prólogo y no sin una buena dosis de ironía pero también de extrema realidad y cierta acritud señala: «Es inexplicable el optimismo de nuestros legisladores, y de quienes les jalean, cuando se creen que el

CAPÍTULO CUARTO

LA INSINUACIÓN ESCRITA DE CRÉDITOS. SUJETOS, ESCRITO DE COMUNICACIÓN Y LOS TÍTULOS JUSTIFICATIVOS DE LOS CRÉDITOS

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NO INSINUACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA. 3. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS CRÉDITOS. EL PROBLEMA DE LA CONSTANCIA DEL CRÉDITO. 4. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS CREDITICIOS. 5. LA PARTICULARIDAD DE LA PRUEBA DE UN TÍTULO VALOR.

1. INTRODUCCIÓN

Se ha discutido la naturaleza jurídica del acto de insinuación y más en concreto de la propia solicitud de admisión al pasivo por parte de los acreedores. Hay quien no ha dudado en apuntar que la solicitud de admisión al pasivo o insinuación sería un acto parangonable a una genuina demanda judicial¹. Otros en cambio han apostado por asimilarla a una demanda presentada frente a una autoridad administrativa². Mas lo cierto es que estamos ante una suerte de fase declarativa y a la vez necesaria en el concurso que conduce al reconocimiento de todos aquellos titulares de pretensiones patrimoniales que pueden satisfacer en el procedimiento concursal, y para ello instan que se les tenga por presentes y reconocidos en el mismo.

-
1. Vid. entre otros JAEGER, *Il Fallimento*, cit., p. 196 y 197, quien califica la demanda de admisión al pasivo como aquella declaración de voluntad de aquél que afirma ser titular de un derecho de crédito para ser admitido a concurrir, en función de una suma y de una (eventual) razón prelatoria, en el reparto del activo líquido del concurso y consiguientemente, ser admitido a formar parte de aquél grupo organizado de acreedores, cuyo voto es presupuesto de homologación del convenio, eficaz también para los acreedores no insinuados en el pasivo. Ya nos hemos referido *supra* a las aportaciones de BONSIGNORI, *Il Fallimento*, cit., p. 579 y ss. Sin lugar a dudas PELLEGRINO, *Fallimento e nuovo processo civile*, cit., p. 25 y ss., donde detalla minuciosamente el proceso de verificación de créditos en el ordenamiento italiano.
 2. Ya hemos hecho referencia *supra* a esta discusión entorno a la naturaleza jurídica de la solicitud de admisión al pasivo, *vid.* BONFATTI, *La formazione dello stato pasivo nel fallimento*, cit., p. 13 y la bibliografía allí citada. *Vid.* también FERRARA, *Il Fallimento*, cit., p. 480. También PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, cit., p. 3 y ss.

No se olvide además, y al margen de la controvertida discusión en torno a la naturaleza jurídica de la insinuación del crédito, que este puede verificarse sin que el mismo se haya insinuado, con lo que resultaría estéril toda discusión doctrinal y dogmática, y máxime cuando la Ley concursal ha apostado por un reconocimiento de oficio de ciertos créditos, que a la postre, se revelan como los de mayor cuantía económica. El procedimiento de verificación concentra toda pretensión crediticia, a la vez que se convierte en un ejemplo de singular actividad dinámica a cargo de los administradores concursales y, en su caso y en una segunda instancia, del juez del concurso.

Lo que sí es indubitado es que la insinuación al pasivo es el único medio idóneo para provocar la interrupción de la prescripción de los créditos una vez declarado el concurso del deudor³. Insinuación y comunicación que se sobrepone y está por encima de la fragmentación privada o pública de un crédito.

Adviértase que es el intento de personación del acreedor en el procedimiento concursal (genuina carga) lo que interrumpe la prescripción y no empero el auto declaratorio del concurso de acreedores, el cual carece de toda eficacia o virtualidad suspensiva. Así las cosas la imposibilidad para un acreedor singular para ejercitar sus acciones ejecutivas durante el concurso, así como la necesidad de hacer valer su pretensión patrimonial mediante la comunicación y reconocimiento en el procedimiento, suponen en cierta medida un obstáculo temporal para el ejercicio del derecho y, por tanto pueden constituir un caso de suspensión de la prescripción. No se olvide además que el efecto interruptivo de la prescripción atribuido a la insinuación del crédito ante el pasivo opera también respecto de los codeudores solidarios.

La comunicación del crédito significa una actividad justificativa e identificativa del acreedor que trata de hacer valer su pretensión patrimonial en el proceso de ejecución colectiva. Interacción en suma, concurrencial y competitiva frente a otros acreedores en una lucha por configurar y posicionarse en la lista de acreedores.

Una comunicación que es la plasmación de una autotutela propia del acreedor o quién titula una pretensión patrimonial y que debe dirigir a la administración concursal, bien sea a través de un correo electrónico facilitada por esta, bien por correo ordinario, burofax o presentación personal, pero en ningún caso se comunica el crédito al juzgado que tramita el procedimiento concursal⁴. Así las cosas, la práctica judicial hasta el momento ha entendido

3. Conforme entre otros, BONFATTI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento*, cit., p. 14; CUNEO, *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, II, Milano, 1970, p. 903; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., p. 1375; BONSIGNORI, *Diritto Fallimentare*, II, cit., p. 589 y ss.; PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, cit., p. 205.

4. Véanse las conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal 22 /2003 por la Ley 38/2011, *RCP*, 2012, n.º 16, pp. 301 y ss., significativamente, pp. 305 y 306, donde señala además como el sello o firma del despacho de la administración concursal hará prueba de su recepción. Cuando se produzcan tales comunicaciones deberá tomarse como fecha efectiva de la insinuación la de la remisión, siempre que posteriormente quede acreditada la recepción, ya que el artículo 85.2 LC permite dicha vía de presentación. Aseveran igualmente como la

por ejemplo, que cuando a través de un escrito dirigido al Juzgado, un acreedor se persone en forma en el concurso y al mismo tiempo comunique su crédito ante el Juzgado, el acreedor estará o se le tendrá por personado pero no por comunicado su crédito. Es una actividad o acto voluntario a través del que se pone de manifiesto y en conocimiento de la administración concursal la existencia de una pretensión patrimonial frente al deudor ya concursado⁵.

El acreedor en su insinuación escrita tiene que indicar claramente la medida y razón del crédito, el título y la causa del que deriva su crédito, si este goza o no de una causa de preferencia legal o negocial y cual en su caso así como los bienes específicos sobre los que recae si el privilegio es especial. Indicará además fechas de adquisición y vencimiento, cuantías, codeudores, etc. pero sobre todo indicará y acompañará los títulos que justifique, basen y modulen el contenido, la existencia y subsistencia de su pretensión patrimonial.

Insinuaciones o declaraciones de los créditos que han de acreditar, justificar la esencia y consistencia de su crédito, su ontología, su ser, no su deber ser, salvo en aquellos supuestos de condicionalidad. Su relato presente, contextual, incluso histórico. Sus peculiaridades. Sus dependencias y pependencias del cumplimiento o no de otras condiciones, de otras obligaciones. Si el mismo es o no dimanante de una obligación divisible o por el contrario indivisible y las operaciones concretas de individualización del mismo⁶. Quid con una cláusula penal y la comunicación o declaración del crédito al concurso?⁷

La sentencia del BGH de 16 de febrero de 2023 - IX ZR 21/22 recoge un supuesto de cesión de un crédito por un acreedor concursal ya previamente constatado pero que era objeto de litigio o disputa legal. El fallo del alto tribunal alemán señala:

«... Sólo el registro de la reclamación (§174 InsO) permite al acreedor concursal participar en el procedimiento de insolvencia. El registro es un requisito previo para el examen y la determinación y para la participación

comunicación por medio de correo electrónico se dará por válida aún cuando el sistema implantado por la administración concursal no reúna todas las exigencias legales previstas en la normativa reguladora de la eficacia jurídica de las comunicaciones de tal naturaleza, sin perjuicio de las cautelas comunes por el acreedor comunicante al efecto de reservarse cualquier constancia de lo remitido.

5. *Cfr.* BERMEJO, «Art. 85», ComLC, cit., p. 1528.

6. En la jurisprudencia francesa, véase el pronunciamiento de la Cour Cass. com., 5 mai 2015, n.º 14-13.213, en la que se procede ante el concurso a declarar un crédito con intereses y en los que se ha de proceder a concretar el método o modalidad del cálculo del interés. Igualmente la sentencia de Cass. com. 2 juin 2015, n.º 12-29.405 en la que se aborda el supuesto de un «Indivisaire créancier de l'indivision». Para la Corte «L'indivisaire dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion de biens indivis peut faire valoir les droits qu'il tient de ce texte après l'ouverture de la procédure collective de l'un des indivisaires, sans savoir à déclarer sa créance à celle-ci».

7. Véase al respecto la aportación de LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Paris, 8^a ed., 2015-2016, n.º 671-23. En la jurisprudencia francesa tres pronunciamientos del Tribunal de comercio de Burdeos se ocupan sobre este punto. Así, las sentencias del T. Com, Bordeaux, de 14 nov. 2013, n.º 2012/00280; de 13 mars 2014, n.º 2012/00835 y de 14 nov 2013 n.º 2012/00433.

en la liquidación de insolvencia (véanse Jaeger/Preuß InsO § 174 Rn. 12; HambKommInsR/Preß/Henningsmeier InsO § 174 Rn. 1, 35). No depende del consentimiento de la parte contendiente si y qué acreedor concursal puede registrar un crédito en el cuadro de insolvencia. Esto se aplica tanto al registro como a los cambios posteriores en el sentido del §177 Yo InsO.

(bb) No hay obstáculo para que el sucesor legal acepte que participó originalmente en el acuerdo según el §240 S. 1 ZPO no participó en el litigio que fue interrumpido. El único factor decisivo es su papel de acreedor declarante de la insolvencia. El según §180 II El litigio InsO a iniciar no lo determinan las partes implicadas en el proceso en el momento de la interrupción y se considera permanente, por lo que el procedimiento como litigio declarativo sólo se desarrolla entre estas partes. se puede reanudar (cf. BGHZ 195,233 = NJW 2012,3725 Rn.12). Esto se desprende de las disposiciones especiales de los §§179 y ss. InsO, basándose en la interconexión procesal entre los procedimientos civiles pendientes, por un lado, y los procedimientos de insolvencia, por otro. Después §180 II InsO, la determinación deberá realizarse iniciando la disputa legal. En el caso de §179 La InsO sólo puede ser realizada por el *acreedor* registrador del crédito en litigio. Por lo tanto, el reconocimiento del cambio posterior en el motivo registrado del crédito significa necesariamente que el sucesor legal, cuyos derechos como acreedor concursal antes del inicio del litigio, cumple con los requisitos de los §§174,181 InsO, puede entrar en el litigio jurídico al celebrarlo, aunque no estuviera involucrado en él hasta la interrupción.

(b) Los requisitos de los §§174 y ss.,181 InsO puede ser suficiente en caso de cambio de propiedad legal, incluso sin un nuevo registro y examen. Esto se aplica en cualquier caso si la sucesión legal —como aquí— es entre la parte contendiente (ver §179 I InsO), el acreedor original y su sucesor legal son indiscutibles. En tal caso, si el acreedor solo ha cedido el crédito involucrado en una disputa legal después del registro, el sucesor legal puede hacerse cargo de la disputa legal si el sucesor legal es acreditado ante el InsG, el sucesor legal se anota en la tabla y se notifica a la parte contendiente (ver ya RG LZ 1911, col. 862 s.; LG Hanover KTS 1976,311; Sentencia del Tribunal Superior Regional de Jena 2.3.2011 -2 U 619/09, BeckRS 2012,9579; Uhlenbruck/Sinz InsO § 181 Rn.10; Jaeger/Preuß InsO artículo 177 Rn 9, artículo 180 Rn 18, artículo 181 Rn. Kübler/Prütting/Bork/Pape/ Schaltke InsO».

La clave pasa en este supuesto por el hecho de que el interés del acreedor cedido en tener la oportunidad de participar en la determinación de los créditos de insolvencia no se ve afectado en caso de una sucesión legal indiscutible con respecto a un crédito que de otro modo sería controvertido (cf. Jaeger/Preuß InsO § 180 Rn. 18; también en §146 KO Jaeger/Weber KO, 8.^a edición, KO § 146 nota 33).

Y esa acreditación, esa justificación se convierte en una genuina posibilidad o tabla de salvación en caso de exclusión u oposición por la administración concursal del crédito a integrar la masa pasiva. Estamos en una dimensión facultativa del acreedor que debe, en realidad, tiene la carga, de acreditar toda pretensión patrimonial en el concurso como puerta de entrada al mismo. Ello implica una carga de reproducción documental en no pocos casos para acredi-

tar la existencia del vínculo obligaciones, de la relación jurídica debitoria con el concursado. Cuestión diferente es si en trámite de oposición a la exclusión del crédito por la administración, cabe o no de nuevo la reproducción documental de lo ya alegado o insinuado en el momento de la comunicación⁸.

Rige, además, un intemporal principio de carga de la prueba si bien el mismo se verá atenuado en cierta medida por la labor de verificación que asumen los administradores concursales, dado que ellos accederán a determinada información que conste en el concurso y que probablemente ignorará el propio acreedor⁹. Acompañarán a la solicitud de admisión al pasivo, o demanda, los documentos significativos, pero también justificativos que exterioricen y prueben la relación crediticia, la pretensión patrimonial que hará participar al acreedor en el concurso. El acreedor solicita en suma el reconocimiento de un crédito propio, mas no tiene que alegar o declarar que el crédito es verdadero y real, simplemente justificarlo, probarlo¹⁰.

Se trata de un trámite formal que se ha de materializar por escrito ante el Juzgado que conoce del concurso. Pero el destinatario no es el Juez del concurso, sino la administración concursal, órgano legitimado para confeccionar el listado de acreedores que integrarán la masa pasiva del concurso.

El dictado del artículo 257.2 no permite la posibilidad de que la comunicación se verifique de forma verbal siendo taxativo cuando asevera que «la comunicación se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, y se presentará en el juzgado». Así las cosas la comunicación verbal y directa ante los administradores concursales al margen del Juzgado que conoce del concurso se reputará como ineficaz, si bien siempre podrá subsanarse la misma en plazo (*vid.* artículo 631 LC), pero ¿deberían los administradores dar crédito a esa comunicación, deberían indagar la veracidad de tal insinuación en la que incluso se pueden mostrar títulos justificativos de la pretensión patrimonial¹¹?

La propia Ley contiene la posibilidad de que la comunicación sea realizada por el propio acreedor, firmada por él, o sea llevada a cabo por cualquier otro

-
8. Este es un ámbito que ha preocupado sobre todo en Italia, véase la última aportación crítica sobre la base no exenta de contrariedad de dos pronunciamientos jurisprudenciales que realiza, BACCAGLINI, «Due criticabili decisioni che escludono l'operare del principio di conservazione della prova documentale nell'opposizione allo stato passivo», *Dir. Fall.*, 2016, n.º 5, pp. 1302 y ss.
 9. Señala BONFATTI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento*, cit., p. 25 la regla general por la que el insinuante ha de acompañar la solicitud de insinuación con todas las alegaciones en las que se fundamenta el crédito tal y como si se tratase de una demanda judicial ordinaria.
 10. Nos recuerda MAZZOCCA, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., p. 368 como en el ordenamiento italiano finalmente la ley abolió la exigencia de declarar que el crédito era vero e reale. Igualmente señala la discusión entorno a la posibilidad o no de incluir en la demanda de admisión al pasivo la solicitud de restitución de un bien mueble que se encuentra en la masa activa del deudor.
 11. Sobre la inidoneidad de los medios de prueba oral *vid.* además CRUCITTI, «La verifica dello stato passivo. Le rivendiche», *Dir. Fall.*, 2002, 2, pp. 294 y ss. 295 para quién en cambio sí tendrían cierta cabida en el eventual juicio de oposición al pasivo.

interesado en el crédito, piénsese en el supuesto de la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil, o incluso materializada por un representante tanto del acreedor como del interesado en el crédito. El representante que ha de acreditar poder suficiente para representar al acreedor o al interesado ante el Juzgado puede ser un representante legal como un representante voluntario.

Pero piénsese en el supuesto de un crédito garantizado además con una garantía personal, ¿qué sucede si el acreedor pretende una satisfacción extra-concursal exigiendo la fianza y no comunica su crédito al concurso?, ¿puede el fiador comunicar su eventual derecho de regreso vía artículo 1838 Código Civil?, ¿pueden comunicarse formalmente ambos créditos, el actual del acreedor principal, y el contingente (condición suspensiva) del fiador o garante?, y si el fiador pagó parcialmente ¿qué insinúa, un crédito actual y otro contingente? A estos y otros interrogantes trataré de darles solución al analizar los supuestos de reconocimiento especial que se regulan en el artículo 261.

Ante un crédito mancomunado el mismo ha de ser comunicado a la administración concursal por aquellos que tengan el poder de administrar la comunidad conforme a los dictados de los artículos 397 y 398 a contrario del Código Civil¹². En cambio ante una obligación solidaria cualquiera de los acreedores solidarios está facultado para insinuar el crédito. Cuestión distinta es el alcance de esa comunicación, es decir, si en ella misma se hace eco de la solidaridad de la obligación o simplemente el acreedor solidario comunicante únicamente insinúa la totalidad del crédito bajo su única titularidad. Lo aconsejable es que el resto de acreedores solidarios comuniquen directamente su posición crediticia ante los administradores a efectos de recibir un pago directo y no por vía de regreso en las relaciones internas con el acreedor que sí instó el crédito y, por ende, quien probablemente será el único legitimado para percibir el dividendo concursal que le corresponda.

Cada crédito ha de ser comunicado y un acreedor podrá ser titular de distintos y diversos créditos por lo que habrá de realizar tantas comunicaciones como créditos. No es admisible una comunicación en la que se exterioriza la suma total de los créditos que titule el acreedor o acreedores que sean titulares de distintos créditos por un mismo concepto, por ejemplo, los trabajadores por los salarios debidos. Son admisibles por tantos las comunicaciones conjuntas.

Los créditos únicamente se pueden comunicar de un modo individualizado y concreto en aras tanto a su justificación específica y determinada de cada uno como de una más ágil y certera verificación por parte de los administradores¹³. Cabe asimismo la comunicación de créditos que son objeto de conflicto entre varios titulares. Nada obsta al reconocimiento de este crédito en los que todavía pende la atribución final de la titularidad del mismo. Los administradores reconocerán el crédito mas dejarán constancia del conflicto de titularidad existente.

12. Conforme BERMEJO, «Art. 85», *ComLC*, cit., p. 1535.

13. Señala BERMEJO, «Art. 85», *ComLC*, cit., p. 1535, que si bien los créditos han de individualizarse en el escrito de comunicación, existe una excepción, a saber, la del caso de los créditos por daños masivos que se comuniquen al concurso. En este caso, el representante de los acreedores comunicará el importe estimado del daño global.

2. LA NO INSINUACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Los créditos contra la masa, en tanto que son créditos extraconcursales no son objeto de comunicación y reconocimiento concursal, lo que no obsta a que se mencionen en la lista de créditos que elaboran los administradores concursales¹⁴. Su reconocimiento procede al margen del proceso concursal por los cauces ordinarios¹⁵. No le falta razón a la fundamentación de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 14 de julio de 2008 cuando asevera:

«(...) la Ley Concursal ha propiciado una “concursalización” de los créditos contra la masa, y la competencia para calificar un crédito contra la masa y ordenar el pago coactivo es del Juez del concurso, y el procedimiento este del incidente concursal. A la postre, lo único que distingue el régimen de los créditos contra la masa de un pago graduado según fecha de vencimiento, como un bloque primero y previo a las clases de los beneficiados con privilegio general, es la deducción voluntaria anticipada de bienes de la masa activa no afectos a privilegio especial.

(...) Los créditos contra la masa son *prius* lógico de la prelación, habida cuenta que se caracterizan por hacer posible que el procedimiento concursal llegue a buen fin. Si los créditos concursales están en la causa de la insolvencia, es esta la que está en la causa de los créditos contra la masa. Ya se trate de que el procedimiento tenga solución en la liquidación que “entierre” un cadáver empresarial, ya se trate de continuar la empresa viable a fin de conservarla, con transmisión o sin ella, hay un coste del procedimiento en el primer caso, y una adquisición de obligaciones sucesivas, además, en el segundo caso más abundante».

14. Sin embargo habla de insinuación de los mismos —y por tanto parece que sí es necesario el reconocimiento— ante la administración concursal para poder reclamar una calificación y un pago concreto, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga de 14 de julio de 2008, señalando que el reconocimiento de estos créditos parte igualmente de una competencia propia de la administración concursal (art. 86) y que, por ello, antes de pretender calificación o pago es necesario insinuarlo en dicha forma por ante dicha administración concursal para, posteriormente, poder reclamar una calificación o un pago concreto. Nuevamente BELTRÁN, «Créditos contra la masa», *Enciclopedia de Derecho Concursal*, I, [BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (Dirs.)], Cizur Menor, 2012, pp. 877 y ss., que señala p. 899: «Parece claro que no se aplican a los créditos contra la masa las normas sobre *comunicación y reconocimiento de créditos*, y, en consecuencia, los titulares de estos créditos no deben —ni pueden— realizar una *comunicación* de sus créditos (art. 85.1, que se refiere de forma específica a “los acreedores del concursado”), y su *reconocimiento* ha de producirse al margen del procedimiento concursal, conforme a las normas generales. Y, en efecto, al regular la lista de acreedores, la Ley establece que, “*en relación separada*”, se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de los vencimientos» (art. 94.4). Tal relación, referida a los que se encuentren «pendientes de pago», tiene un carácter puramente informativo e irá actualizándose paulatinamente, muy alejada, por tanto, de la lista de acreedores (V. SAP Barcelona 26 marzo 2008 [JUR 2009, 278090]).

15. Para BELTRÁN, «Art. 84», *ComLC*, cit., p. 1504 los titulares de estos créditos no deben —ni pueden— realizar una comunicación de sus créditos. Contundente se muestra BONSIGNORI, *Il Fallimento*, cit., p. 580 y ss., pese a que se hace eco de las diversas y confrontadas opiniones que discrepan entre la necesidad o no de verificación de los créditos posteriores a la declaración concursal.

Y aunque no se definen, conforme a su descripción en el listado (quince supuestos) en el artículo 242 de la Ley Concursal —que sin embargo hasta 2020 no incluye todos, puesto que faltaba la remuneración de los administradores concursales, sí lo hará empero con la reforma que supone el Texto refundido, al incluir tres nuevos ordinales, el n.º 2 relativo a gastos de justicia, el n.º 5, relativo al crédito resultante de la condena de la concursada al pago de costas en ciertos casos y, finalmente, el 242.6º que supone la inclusión en el listado de la retribución de la administración concursal como crédito contra la masa, y que en las versiones antecedentes simple y fácticamente se subsumía en cierto sentido en la cláusula de cierre del viejo art. 84.2.12º—, y expreso el parámetro temporal que se fija en la declaración del concurso, los créditos contra la masa —los no sintéticos—, han de conformarse por un requisito esencial, de carácter teleológico o funcional, que es el interés del concurso, como síntesis de los de los acreedores de la masa pasiva, del deudor, los trabajadores como tales, etcétera, integrado por el desenvolvimiento eficaz de las soluciones del procedimiento, de conservación o liquidación, y que se subordina aquel requisito temporal.

Clara la sentencia de la Audiencia de Murcia de 21 de febrero de 2019 en la que reconoce a la administración concursal un crédito contra la masa correspondiente a sus honorarios fijados en el auto de retribución, incrementados con el Iva correspondiente. Por su parte la fecha de vencimiento del crédito contra la masa atinente a la retribución de la administración concursal, es la de la efectividad real de la prestación de servicios, pero no la de la aceptación del cargo, conforme al dictado de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Baleares de 20 de noviembre de 2018. Sobre los conceptos de devengo y vencimiento en la percepción de los honorarios de la administración concursal, véase la sentencia del Supremo de 21 de mayo de 2018. También son créditos contra la masa aquellos atinentes a los gastos prededucibles y de preferencia en los que la administración concursal incurre, tal y como reconoce la sentencia del Juzgado de 26 de junio de 2018.

Su extraconcursalidad se justifica en la medida en que posibiliten el desarrollo del proceso en el que se habrán de satisfacer de forma colectiva a los acreedores concursales así como la continuación de la actividad económica del deudor en el caso de optar por la solución del convenio, para lo cual la propia Ley atiende al momento de nacimientos del crédito y no al de su exigibilidad. Y entre ambos momentos temporales no serán pocos los supuestos de créditos que aparezcan disociados entre ambos créditos como son los de las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo, o el de las obligaciones de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado, a pesar de lo cual si su nacimiento fuera previo a la declaración del concurso serán en todo caso créditos concursales y no contra la masa.

Es la fecha de declaración del concurso la que se erige por el legislador como el momento preciso y determinante para configurar los créditos que puedan nacer en lo sucesivo como créditos contra la masa.

Un buen exponente de la funcionalidad y capacidad que suponen para el concurso los créditos contra la masa viene de la mano de la sentencia del Supremo de 15 de diciembre de 2020. En la misma, ante un cumplimiento forzoso de un contrato X por una actividad clave para la continuidad de la

empresa, el crédito por impagos, tanto pre como durante el concurso, serán créditos contra la masa.

Así, en los hechos, Alfa tenía suscrito un contrato de suministro de energía eléctrica con Beta. En el momento de declaración de su concurso, Beta adeudaba a Alfa la cantidad de 282.311,50 euros. Tras la declaración de concurso y siendo recurrentes y reiterados los impagos, Alfa solicita la resolución del contrato y, subsidiariamente, la condena al pago con cargo a la masa de 591.405,63 euros (suma de las cantidades adeudadas antes del concurso y las devengadas durante el mismo). El juzgado consideró que debía mantenerse la vigencia del contrato de suministro en interés del concurso pero, reconoció como créditos contra la masa únicamente los créditos devengados tras la declaración de concurso y como concursales los anteriores al mismo. Por su parte, la Audiencia confirmó la sentencia y Alfa plantea recurso de casación argumentando que el cumplimiento forzoso en interés del concurso (del artículo 62.3 de la Ley Concursal —actual artículo 164 del Texto Refundido—) implica el necesario reconocimiento como crédito contra la masa del total de lo debido, ya se haya devengado con anterioridad o posterioridad a la declaración de concurso. El Tribunal Supremo estima este motivo debido a que, aunque el precepto adolece de claridad, «*las prestaciones debidas*» a las que se refiere deben ser interpretadas literalmente, de conformidad con el artículo 62.4 de la Ley Concursal (artículo 163 del Texto Refundido).

Así, un crédito potencialmente concursal, a raíz del mantenimiento del contrato, cristaliza en crédito contra la masa, pero esto no se debe a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia la facultad de resolver al obligarle a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente. Esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 de la Ley Concursal para los supuestos de rehabilitación de contratos y, si bien no es lo mismo «rehabilitar» contratos resueltos que «impedir» la resolución de los vigentes, ambas medidas responden a una misma idea: la necesidad de que la masa —en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución— responda frente a quienes se ven privados de la facultad de desligarse u obligados a rehabilitar el contrato ya resuelto. Lo que no es idéntico es la obligación impuesta, para la rehabilitación de contratos resueltos, de consignar el importe debido. Esto no se establece para el cumplimiento en interés del concurso.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la enumeración que lleva a cabo el artículo 242 de la Ley, los créditos contra la masa, estos no están delimitados únicamente conforme a criterios mero-temporales, si no que con dudosa racionalidad y decidida voluntad *ope legis*, algunos son designados sin comparar la objetividad, pero sí la funcionalidad de los créditos contra la masa. Una funcionalidad que parte además de un axioma claro, a saber, la interpretación irrestricta y restrictiva de la enumeración legal, de modo que los créditos contra la masa que se reconocen al abrigo del artículo 84 ha de hacerse de un modo sumamente restrictivo, en tanto gozan de una implícita preferencia de cobro respecto del resto de créditos, esto sí concursales, por lo que su expansión conculcaría sin duda el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, por muy débil e imperfecto que en la práctica sea este. En parecidos

términos se pronuncia la sentencia de Apelación de La Coruña de 20 de abril de 2016 (sección 4ª).

La Sentencia arriba traspuesta de 14 de julio de 2008, admite una triple catalogación de créditos contra la masa, y una imprescindible línea de conexión funcional con el procedimiento, al margen de lo temporal, señalando:

«los créditos contra la masa sintéticos, que no reúnen los presupuestos ideológicos del concepto; los gastos de procedimiento, que existirán siempre, entre los que se encuentran las costas y gastos de asistencia jurídica, y la remuneración de los administradores concursales y en los concursos de personas físicas, —los alimentos—; y los créditos por la continuidad, que pueden ser muy escasos cuando el cese de la actividad es anterior a la apertura y todo sea preservar un patrimonio para monetizarlo, o muy amplios, cuando no se interrumpe la actividad empresarial o profesional¹⁶».

Nada tiene que ver la lista de acreedores que concurrirán de un modo definitivo al concurso con la relación separada de acreedores contra la masa que elaboran sobre todo a efectos meramente informativos los administradores. El que no se incluyan en la lista de acreedores no implica empero una total renuncia o claudicación por parte del concurso y sobre todo por parte del resto de acreedores, a no saber el elenco de créditos —sobre todo su existencia y cuantía— que van surgiendo pendientes de pago que gozan del carácter de créditos contra la masa y por tanto de prededucibilidad¹⁷. Se busca conocer con exactitud la carga total de endeudamiento que el procedimiento concursal de un modo u otro genera¹⁸.

El hecho de que estén dispensados del trámite de la comunicación y reconocimiento no les exime en cambio que su calificación como su cobro se realice ante el propio Juez del concurso a través de los incidentes concursales y, segundo y si acaso más importante, para hacer efectivos estos créditos no podrán iniciarse ejecuciones hasta que o bien se apruebe judicialmente convenio, o bien se abra la liquidación o transcurra en todo caso un año desde la declaración del concurso, efectos similares a la paralización o efecto invernalero que sufren las garantías reales a la hora de ejecutarse conforme a los dictados de los artículos 142 y ss., de la norma concursal. Sí en cambio estaría obligado un acreedor que titule un crédito contra la masa y que decida subor-

16. No adolece esta Sentencia de cierta actitud combativa, por definirla de alguna manera, aseverando en su fundamento tercero: «El crédito contra la masa puede “agraviarse” por la administración concursal de diferente manera: negando su existencia, discutiendo su cuantía, o rechazando que su condición sea extraconcursal, y nada impide que se acumulen los tipos de agravio. Negar el carácter del crédito contra la masa, o negarlo en cierta cuantía, no significa negar siempre su existencia, sino repeler que vaya a cargo del patrimonio colectivizado del concursado (...)».

17. Crítica BELTRÁN, «Art. 84», *ComLC*, cit., p. 1504 la incorrección terminológica del art. 84 5º II, cuando alude a la comunicación y al reconocimiento de los créditos contra la masa por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de trabajo, dado que su existencia deriva de la propia resolución que los apruebe sea cual sea el momento.

18. En parecidos términos «Art. 85», *ComLC*, cit., p. 1534.

dinar o relegar su crédito por lo que este dejaría de ser contra la masa y sí un crédito concursal subordinado.

De otra parte ha de cuestionarse la naturaleza que tendría un recargo si el mismo se proyecta sobre un crédito contra la masa. En efecto, la subordinación, o el antiprivilegio no parece que tenga demasiado sentido sobre un recargo que sea a la vez crédito contra la masa, dado que se hallan a extra-muros de la clasificación y graduación de los créditos concursales en tanto créditos contra la masa. ¿Qué pasaría en suma en caso de reconocimiento de un crédito devengado por la continuidad de la actividad empresarial con una plantilla de trabajadores de una empresa inscrita? Es evidente que la norma concursal no obliga a comunicar aquellos créditos que dimanen por cotizaciones a la seguridad social por ejemplo si son créditos contra la masa. Este parece ser el guion a actuar conforme a los dictados del artículo 429 de la norma concursal y por el que los créditos contra la masa prescinden de todo procedimiento de verificación creditual. Los mismos se devengan y deben ser pagados si existen bienes o activo suficiente en la masa.

Es evidente que si no hay bienes ni activo con qué pagar lo principal carece de relevancia discutir si se tiene o no que pagar el recargo, o el interés. Se ha señalado que la naturaleza jurídica más próxima a las obligaciones civiles de los recargos es la cláusula penal de los artículos 1152 a 1155 del Código Civil, aunque es de origen legal y no contractual, obligación accesoria que asocia una prestación concreta al incumplimiento total o parcial, dentro del que se encuentra la mora de la obligación, en particular, una deuda de la masa. La finalidad de la institución no es otra que la de forzar y garantizar el cumplimiento puntual de la obligación, algo que no es óbice ni tampoco contradice su naturaleza sancionadora y, por ende, como crédito concursal es subordinado, pero como garantía del cumplimiento, cumple el requisito funcional de crédito contra la masa amén de su referencia en el marco temporal¹⁹. Como

19. Arroja claridad y rompe atisbos cualesquiera de duda la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 27 de octubre de 2006, cuando a la hora de calificar los créditos por recargos distingue con nitidez la naturaleza de los mismos y los refiere al momento de su generación, de modo que los recargos referidos a deudas generadas con anterioridad a la declaración de concurso serán considerados créditos concursales subordinados, mientras que, los recargos que gravan deudas devengadas con posterioridad serán calificados como créditos contra la masa. No obstante la Sentencia parte de un concepto amplio de recargo, o al menos de su compleja naturaleza jurídica, afirmando en su fundamento cuarto *in fine*. «Igualmente, puede considerarse, y así se viene haciendo generalizadamente por todos los órganos jurisdiccionales especializados en lo mercantil, que los recargos “generales” de Seguridad Social, los de mora y apremio, no son propiamente sanciones en el sentido estricto impuesto, sino compensaciones financieras por el pago retrasado; y en ese sentido, tienen una naturaleza jurídica muy similar a la de los intereses moratorios, entre cuyas características destaca su accesoriedad». Critica la Sentencia de la Audiencia el pronunciamiento de instancia cuando califica a los recargos como créditos subordinados cuando son realmente postconcursoales, siendo válida tal calificación para recargos generados con anterioridad a la declaración de concurso, pero no respecto a los devengados después, careciendo de la condición de créditos concursales y no siéndoles aplicables la clasificación prevista en el artículo 89 de la norma concursal. Ello no impide por otra parte un cuestionamiento más, a saber, indagar si los recargos, aun impuestos después de la declaración de concurso, se refieren o gravan deudas concursales o postcon-

bien señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 14 de julio de 2008, puede discutirse que el origen del recargo en norma positiva de Derecho público no permita la moderación judicial, o sencillamente censurarse como tal el recargo o su régimen, pero lo mismo que ello no puede conducir a afirmar su inexistencia fuera del concurso, tampoco como crédito generado por el concurso hasta el cese de la actividad.

No olvidemos que una de las claves de toda la arquitectura de un procedimiento concursal se centra en el interés que presenta la determinación de los gastos del concurso que deben ser satisfechos de forma preferente sobre los créditos concursales. Por todos es conocido que, en la actualidad, los procedimientos concursales hasta ahora existentes, suspensión de pagos y quiebra, son o por mejor decir, eran procedimientos excesivamente onerosos y en los que el pago de los gastos de sustanciación del propio procedimiento devoraba buena parte de la masa activa y con ella la mayor parte de las expectativas, *pobres expectativas*, que generaba el procedimiento para los acreedores, sobre todo para los que carecían de preferencia alguna o de tenerla, cuando esta quedaba sumamente relegada en su orden y rango.

En principio, hay que entender como créditos contra la masa todos aquellos que no sean créditos concursales y que, por tanto, no integran la masa pasiva²⁰. Y si no la integrarán no entrarán a formar parte de la delimitación y formación del pasivo. Estos créditos se caracterizan primariamente por ser créditos provocados por el concurso, pero no créditos que provocan el concurso, por lo que son créditos que nacen necesariamente tras la apertura o declaración del concurso. Esta es la nota delimitadora y a la vez clave para una correcta disección entre unos créditos y otros. Se procede a una delimitación negativa o por oposición de la masa pasiva. Y es pacífica la distinción entre gastos de la masa y obligaciones de la masa, la cual obedece a una superior entre concurso-proceso y concurso-gestión del patrimonio del deudor concursado, de ahí que en los créditos contra la masa la contingencia se pueda dar en la medida en que pueden surgir tanto de la actividad procesal como de la actividad de gestión²¹.

cursales. En el primer supuesto, recargo acordado después de la declaración de concurso, pero referido a una deuda principal anterior, parece que lo lógico sería entender que el recargo es inexigible, en tanto que la deuda no habría podido ser pagada una vez declarado el concurso, so pena de alterar la *par condicio creditorum*. En el segundo supuesto, recargos correspondientes a deudas posteriores a la declaración de concurso, como la ley no distingue entre principal e intereses, que además se siguen devengando, deberían tener la consideración de créditos contra la masa.

20. Véase sobre el concepto de las deudas de la masa en la Ley Concursal entre otros GARCÍA-PITA, «Los créditos contra la masa», *ADCo*, 2004, n.º 3, pp. 7 y ss., especialmente pp. 42 y ss., quien insiste en lo vano que resultan los intentos de definir los créditos contra la masa centrando la atención en los créditos mismos, tanto si se pretende hallar una nota característica intrínseca, como si se trata de atender a alguna circunstancia compartida en común: sólo los efectos jurídicos definen a estos créditos.
21. Así lo testimoniaba en cierto modo la ya clásica STS de 9 de diciembre de 1962 cuando señalaba: «La doctrina distingue dentro de los acreedores dos tipos o categorías, el primero el de aquellos que resultan acreedores del quebrado, sujetos al proceso colectivo, y el segundo que resultan serlo de la masa, nacidos de operaciones ulteriores o simple

Hasta el momento presente la delimitación de lo que eran créditos contra la masa era prácticamente de elaboración doctrinal y jurisprudencial, pasando con la nueva normativa concursal a obtener su definitiva pero también necesaria consagración legal. Las deudas de la masa eran consideradas tradicionalmente como créditos contra la masa, entre las que había que distinguir entre gastos de la masa y obligaciones de la masa²². Créditos que en suma se originan con la apertura del procedimiento concursal y los subsiguientes gastos, costas y obligaciones que genera el procedimiento, razón por la cual no pueden ser incluidos entre los concursales y deben ser satisfechos con anterioridad y deducción de otros créditos²³. Créditos que frente a la petrificación de los concursales, sobre todo a raíz de su inclusión definitiva en la lista de acreedores y la conclusión incidental, se caracterizan contrariamente por su enorme volatilidad, sus cambios, la irrupción de nuevos créditos continuamente y el pago oportuno según van naciendo²⁴.

Pero también son créditos contra la masa aquellos que, como bien reconoce la sentencia de la Audiencia de Coruña, de 8 de julio de 2016 (sección 4ª), los propios del derecho del procurador en los pleitos que continúen una vez que se declaró el concurso y siempre que sean en interés del mismo²⁵. A su vez la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid, de 26 de enero de 2016 señala de modo indubitado que para que los gastos y costas de procesos seguidos o iniciados por la concursada tengan la consideración de créditos contra la masa es exigible un doble presupuesto, a saber: de un lado un presupuesto teleológico, que se plasma en que el procedimiento sea en interés del concurso, y de otro, un presupuesto temporal, que se inicie el proceso o continúe en su caso, pendiente concursus.

Reconoce la sentencia de la Audiencia de Guipúzcoa de 10 de abril de 2019 que se reconocen como créditos contra la masa aquellos créditos imprescindibles tales como los honorarios de la asesoría laboral toda vez que se comunique la insuficiencia de masa activa y hasta el informe de la administración concursal.

Como bien se ha señalado los créditos contra la masa en tanto que créditos prededucibles se nos presentan como aquellos a los que el ordenamiento confiere el aislamiento más intenso frente a la insolvencia preexistente²⁶.

negocios o gestiones de conservación, o fomento y productividad de los bienes del activo, los que por tanto no quedan sujetos a la liquidación del pasivo, sino a la del activo (...) y sólo lo que constituye deudas de la masa, o sea, las originadas por sus propias operaciones y negocios de conservación, no quedan sujetas a la liquidación del pasivo y pueden ejecutarse directamente contra los bienes de la quiebra».

22. Al hablar de estos créditos es obligada la cita de BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.
23. Como señala URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 2001, p. 968, no se trata en realidad de verdaderas deudas de la masa, sino de *nuevas deudas del quebrado* nacidas regularmente a lo largo del procedimiento concursal para hacer posible su desarrollo.
24. En parecidos términos GARRIDO, «Art. 84», *ComLC*, cit., p. 1697.
25. Tema este de rabiosa discusión en derecho comparado, así, véase la aportación de FROEHNER, «Die Qualifikation der Kosten nach der Aufnahme eines Zivilrechtsstreits im Insolvenzverfahren», NZI, 2016, n.º 11, pp. 425 y ss.
26. En este sentido *vid.* BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 60.

Pero no son créditos contra la masa y a la vez privilegiados especiales, como así refleja la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid de 11 de abril de 2006 que dirime entre otros extremos la impugnación de la lista de acreedores con acumulación de incidentes sobre un derecho de rescate de seguros de vida y donde la administración concursal en el informe configuró tales derechos como créditos contra la masa con privilegio especial. Nomenclatura extraña e impropia que no tiene cabida dentro de la regulación concursal. Aunque no tanto para la ley de ordenación y supervisión de seguros privados —hoy LOSSEAR— en cuyo artículo 59 se configuraba una suerte de privilegio especial para todos los créditos provenientes de contratos de seguro, sean estos créditos concursales o contra la masa. Señala la sentencia en su fundamento primero, «... en este último supuestos (créditos contra la masa por contrato de seguro) la expresión más o menos feliz de “privilegio especial” no pretende indicar otra cosa que la circunstancia de que el pago de tales créditos no estará sometido a la limitación contemplada en el primer inciso del artículo 154.3 de la Ley Concursal en lo referente a los activos representativos de las provisiones técnicas».

La posición jurídica de los créditos contra la masa o si aún se prefiere, deudas de la masa, tienen el carácter de extraconcursales, de modo que no le son aplicables todas aquellas normas destinadas a regular el concurso de acreedores. Tampoco en consecuencia las normas relativas a la comunicación y reconocimiento de créditos.

Tampoco los de la impugnación de la lista de acreedores, si bien, la no impugnación del crédito contra la masa que titule quién lo haga valer sí puede verse involucrado. En efecto, la Tesorería General de la Seguridad Social no recurrió la clasificación de su crédito como concursal, ni en textos provisorios ni tampoco en los definitivos, por lo que no puede esgrimir *ex post* o pretender obtener y antes solicitar su clasificación como crédito contra la masa (así, véase la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander, de 3 de febrero de 2017).

Los acreedores de la masa consiguientemente son acreedores extraconcursales que no entran en el concurso, de modo que es erróneo e inadmisibles considerarles acreedores privilegiados. Son únicamente acreedores ordinarios fuera del concurso, esto es, no se ven afectados por las normas del concurso y sus créditos se van atendiendo a medida que van venciendo²⁷.

No se tiene por qué, ni tampoco se debe, esperar a la apertura de la fase de liquidación para proceder al pago de estos créditos; tampoco la declaración de esta apertura de la fase de liquidación supondrá un vencimiento anticipado de estos créditos contra la masa, se trata por tanto de créditos que se deben satisfacer a medida que vencen y son exigibles, sea cual fuere el estado en que se hallare el concurso. Es probable además que el cobro de un crédito contra la masa pueda ocasionar la ejecución de algún bien o derecho de la masa activa,

27. Como bien ha señalado BELTRÁN SÁNCHEZ, «Las deudas de la masa», *Preferencias de créditos*, Madrid, 2000, p. 210, la extraconcursalidad es la razón de ser de su posición jurídica en el concurso y no la consecuencia de privilegio legislativo alguno. En el mismo sentido BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., p. 73.

eso sí, no afecto a un privilegio especial, sin que esta vicisitud implique la apertura de la fase de liquidación, ni tampoco que se deba esperar a la apertura de dicha fase.

Son deudas que posibilitan el concurso, el procedimiento concursal, por lo que es justo que sus titulares cobren antes que el resto de los acreedores concursales. Deudas que por ello mismo nacen conforme se va desarrollando y posibilitando por tanto el proceso concurso. Estos saben que del líquido neto del patrimonio del deudor con anterioridad se ha detruido el bruto de los gastos y costes de su consecución. Son asimismo créditos prededucibles, lo que significa que antes de proceder a la distribución del activo de la quiebra entre los acreedores concursales concurrentes se han de apartar las sumas correspondientes a estas deudas. La prededucibilidad en cuanto característica relevante de estos créditos no ha de llevarnos a confundirla con privilegio o preferencia alguna.

Son créditos prededucibles precisamente porque no son créditos concursales, sino extraconcursoales, de modo que no forman parte de la masa activa ya que nacen cuando el concurso está declarado. Como es lógico tal inmunidad contrasta con la severidad y el rigor con que son tratados los créditos concursales.

Y es que, en definitiva, gracias a la prededución se neutraliza el riesgo atinente a toda eventual financiación e inversión postcontractual. Sin prededución nadie estaría dispuesto a invertir y en cierto modo a financiar el saneamiento de esa insolvencia con lo que en cierto modo hace que estos nuevos acreedores minimicen el riesgo y vivan una situación de ajenidad frente al proceso y discurrir contractual²⁸.

Se satisfarán en su totalidad conforme vayan venciendo con prededución, esto es, antes de proceder al reparto de cantidad alguna a los acreedores concursales, privilegiados o no, que sí se sujetan en mayor medida a las resultas y vicisitudes del procedimiento. Sí es necesario tener en cuenta un único pero importantísimo límite: las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. El grado de resistencia de una garantía real, en tanto que privilegio por excelencia, hace que supere todo ataque por parte de otros acreedores, cualesquiera que sean, incluidos los acreedores de créditos contra la masa. No importa incluso que el resto de los bienes y derechos de la masa activa sean insuficientes.

El privilegio especial es inmune, de tal modo que prima y está por encima de cualquier otro crédito. Por lo tanto, antes de repartir el activo realizado entre los acreedores concursales, se deben separar las cantidades que conforman los créditos contra la masa, en la medida en que no se hayan pagado todavía pues tales créditos se pagan a medida en que vencen y sin priorización o graduación alguna.

28. Así BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 63 indica que sin prededución no pueden, por tanto, adoptarse aquellas medidas que hacen posible una explotación racional del patrimonio concursal.

Indudablemente los créditos contra la masa tienen su particular prioridad temporal, dado que son satisfechos con absoluta prioridad al pago de los créditos propiamente concursales, y son satisfechos de forma inmediata o conforme se produzca su vencimiento. Se trata de evitar todo conflicto o choque potencial entre unos créditos y los otros. Así ha de entenderse el propio dictado del artículo 429 de la norma concursal cuando asevera que el pago se hará con bienes libres, bienes que nunca tendrán dicha condición si los mismos están afectos a un privilegio especial. No cabe otra interpretación por lo que los créditos prededucibles afectarán y perjudicarán a aquellos créditos que gocen de privilegio general, aquellos que sean ordinarios y también a los subordinados, pero nunca a los privilegiados especiales²⁹.

De este modo en tanto no sean satisfechos totalmente los créditos contra la masa nada asegurará a los acreedores con privilegio general su completa satisfacción puesto que aquellos se satisfacen de modo prioritario también sobre el producto de los bienes y derechos que sirven para el pago de los créditos con privilegio general. La cuestión todavía se complica algo más cuando existen créditos contra la masa no vencidos, no exigibles pero cuya previsión es futura y cierta. En estos casos una diligente administración concursal debe crear una provisión suficiente de dinero o bienes para hacer frente a esos eventuales créditos contra la masa o los vencimientos previstos de créditos ya existentes. Si el crédito es imprevisible tanto por su origen, sea este legal o extracontractual, como por su cuantía, puede producirse una total imposibilidad de pago al no haber bienes o activos suficientes, lo que además significaría que tampoco se podrían ya abonar créditos privilegiados generales ni tampoco el resto de créditos de graduación menor, ordinarios y subordinados.

Como podemos ver, no es pequeña la polémica o conflicto que puede suscitarse en aquellos supuestos de insuficiencia de la masa activa para pagar a los acreedores contra la masa. El artículo 429 *in fine* y 430 del Texto Refundido de la Ley Concursal establece que, en caso de resultar insuficiente la masa activa, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por orden de vencimiento de sus respectivos créditos. La Ley trata de establecer una igualación por la base ante estos créditos prededucibles, de modo que no establece jerarquía alguna, es decir, ni preferencias ni prelaciones entre estos acreedores, por lo que todos ostentan rangos homogéneos sin el menor rastro de privilegio alguno de modo que se abonarán proporcionalmente a medida que vayan venciendo.

Cuestión bien distinta sería el supuesto en que uno de estos titulares de créditos contra la masa ostentase al mismo tiempo algún privilegio, lo cual no es incompatible ni tampoco imposible, pero eso sí, la prededucción no implica de por sí que el crédito sea o se convierta en privilegiado.

El artículo 242 de la Ley Concursal enumerará y ejemplificará tales créditos encargándose el artículo 429 del mismo cuerpo legal de establecer y regular el pago de tales créditos. Es cierto no obstante que el dictado del artículo 429.2 no

29. Conforme BELTRÁN, «Art. 154», *Comentario de la Ley Concursal* (ROJO/BELTRÁN [Dirs.]), II, Madrid, 2004, p. 2437; también GARRIDO, «Art. 156», *Comentario de la Ley Concursal*, II, cit., p. 2466.

se comprende demasiado bien, dado que si los créditos contra la masa habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del concurso, qué ha pretendido regular el legislador cuando asevera en ese párrafo segundo «las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos..., no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o haya transcurrido un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiere producido ninguno de estos actos».

Las concomitancias con el artículo 145 son claras pero sin duda no son asimilables, dado que en ese caso se perdería la esencia de los propios créditos contra la masa. Los créditos contra la masa se pagan a su respectivo vencimiento, constante el concurso, aunque eso sí, se pagan extramuros o fuera de él. Llama a su vez la atención que el artículo 429 relativo al pago de estos créditos no hable de un pago como tal sino de deducir los bienes y derechos para atender y hacer frente a estos créditos³⁰.

Sin entrar en el detalle casuístico de todos estos créditos contra la masa, sí merece una pequeña reflexión el traslado y reacomodo un tanto anodino y a última hora por el legislador del tan conocido como superprivilegio del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores a sede de deudas de la masa. Todo ello es consecuencia de una sensible devaluación en líneas generales del nivel de protección a los trabajadores que ha querido arrumbar el legislador concursal en esta Ley. Una reducción que se ha exteriorizado primero, a través de una disminución del nivel preferencial de los créditos laborales, incluso cuantitativamente y, segundo, desapareciendo el beneficio de las ejecuciones separadas. Precisamente por la inclusión en esta categoría de este último crédito no puede afirmarse que su nacimiento sea siempre en términos de deudas posteriores a la declaración del concurso puesto que el viejo superprivilegio laboral bien puede referirse a deudas anteriores³¹.

Es cierto que el incremento de este número de créditos contra la masa puede aminorar las expectativas de satisfacción de los acreedores ordinarios, pero quizás uno de los problemas que el legislador no ha tenido en cuenta es que entre los créditos contra la masa incluyen créditos surgidos con anterioridad al inicio del procedimiento concursal, y significativamente ciertos créditos laborales.

El legislador ha quebrantado la idea dogmática de que las deudas de la masa, en cuanto generadas y contraídas en provecho e interés de todos los acreedores, son por ello posteriores a la declaración del concurso. A pesar de ello, el legislador ha catalogado e insertado estos créditos en esta sede dotando con ella una prioridad absoluta a estos créditos laborales, lo cual si social y económicamente puede ser justo, jurídicamente es tanto una incongruencia como un amaño a la pureza conceptual que no era necesaria.

30. Como bien señala GARCÍA-PITA, «Los créditos contra la masa», cit., p. 61 esta circunstancia suscita la duda de si acaso lo dispuesto en la Ley permitiría, o no, además del pago efectivo, la compensación o la dación en pago, como sustitutivos de este último y no simplemente la prededucción. Véase también QUICIOS MOLINA, «Comentario artículo 154», en *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ [Dir.]), II, cit., p. 1645.

31. Más detenidamente en GARCÍA-PITA, «Los créditos contra la masa», cit., p. 44.

Estos créditos, si no queremos desnaturalizar su clasificación y en aras de una mínima coherencia, deberían conceptuarse como créditos concursales, como no de otro modo debería considerarse a los «*créditos por salarios “correspondientes a” los últimos treinta días de trabajo “efectivo realizado antes de la declaración” del concurso en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional*», [subrayados novedad de la redacción de 2020] lo que en definitiva consagraba, y todavía consagra hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal, el viejo artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores y que ahora, se recoge en sede de créditos contra la masa en el artículo 242 de la Ley Concursal. La STS de 8 de enero de 2020 clasifica de crédito contra la masa el pago del Fogasa por salarios imputándose de un lado a los adeudados que dan lugar a los créditos contra la masa y aquellos que exceda de estos se imputarán como créditos concursales y por el orden de prelación que corresponda conforme a los artículos 270 y 271 del TRLC.

Es más, respecto a la inclusión dentro de los créditos contra la masa del crédito salarial conocido desde siempre como superprivilegio (artículo 32.1 ET), este no es el único ya que también gozarán de esta prioridad aquellas deudas laborales que dimanen de una actividad empresarial proseguida, pues la empresa todavía sigue en funcionamiento. Es cierto que ahora el legislador concursal no reproduce ningún precepto del Estatuto de los Trabajadores. Estamos ante la expresión más palmaria del principio de continuidad del negocio (*vid.* artículo 44 de la Ley Concursal). En esta categoría hay que entender incluida de un lado los créditos laborales, expresión esta más global y afortunada que rehúye del simplismo y la reducción que suponía hablar de créditos salariales, pues no cabía entonces entender aquellos créditos de percepción extrasalarial, que sin duda reflejan un gasto para el trabajador y cuya naturaleza de deuda de la masa no había porque obviar³². Pero también se incluirán los créditos por indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo que se produzcan tras la declaración del concurso.

Ahora bien al hablar de indemnizaciones es necesario remitirse al artículo 49 del ET, relativo a las causas de extinción del contrato de trabajo, amén de otros artículos del mismo cuerpo legal e incluso disposiciones extraestatutarias.

Por lo que atañe a los créditos por recargo en las prestaciones también gozan de la consideración de deudas de la masa. De hecho esta deuda no surge en beneficio del interés del resto de acreedores, todo lo contrario, su causa se origina de una responsabilidad que dimana de la infracción de normas sobre seguridad y seguridad social por quienes prosiguen la continuidad del negocio.

Para comprender el sentido de este crédito es necesario colegirlo con la Ley General de la Seguridad Social, en cuyo artículo 123 se señala que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por no haberse observado

32. Comparte este criterio RÍOS SALMERÓN, «La nueva Ley Concursal y los trabajadores», *AL*, 2004, n.º 2, pp. 139 y ss., p. 155.

las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el lugar de trabajo³³. Recuérdese que la apreciación de semejante falta empresarial corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social y que las resoluciones que este órgano dicte son inmediatamente ejecutivas. Como bien se ha señalado el recargo cumple un papel de incremento de un subsidio periódico, de una cantidad alzada, o de un capital coste de renta que se ingresa en la Tesorería de la Seguridad Social, para cubrir el pago de una pensión igualmente periódica³⁴.

Finalmente aparece también como deudas de la masa las indemnizaciones por extinción colectiva que ha decretado el juez del concurso como consecuencia precisamente de este. Su indemnización asciende como se sabe, a 20 días de salarios por año de servicio en aplicación estricta del artículo 51.8 del ET.

Por si fuera poco, estos créditos, a diferencia de los restantes que configuran o se concretan como deudas de la masa, habrán de satisfacerse no a su vencimiento sino de un modo inmediato. Téngase en cuenta además que las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante al juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrá iniciarse ejecución alguna para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la fase de liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Si hay que ejecutar algún bien para el pago de estos créditos, entonces habrá que esperar a que se apruebe el convenio, a que se abra la fase de liquidación o finalmente transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera aprobado el convenio ni tampoco se hubiere tramitado la apertura de la fase de liquidación. Pero eso sí, los créditos contra la masa se pagan aunque no se abra la fase de liquidación.

Y respecto a la posibilidad de concurrencia de un convenio con este tipo de acreedores, es menester recalcar que estos acreedores que no son acreedores concursales, como hemos repetido insistentemente, no participan ni se inmiscuyen ni en la elaboración, votación y menos aprobación del convenio. Tampoco se pueden oponer a su aprobación y, consecuentemente, tampoco podrán impugnarlo, carecen de toda legitimación. La ajenidad de estos acreedores contra la masa impide que no se puedan involucrar en las vicisitudes procedimentales y menos decisorias del concurso, como es específicamente un convenio, fruto y fiel reflejo del acuerdo y pacto entre acreedores propiamente concursales y el deudor. Y si bien es cierto que ni les afecta no les perjudica, en cierto sentido sí han de pasar por el convenio también los acreedores contra la masa en la medida en que normalmente el convenio ordena el pago de los créditos contra la masa a sus respectivos vencimientos³⁵.

33. Sobre los créditos públicos de la Seguridad Social y la división contra la masa y concursal, véase la aportación que analizaremos infra en sede de crédito laboral y de la seguridad social del capítulo noveno de esta obra, de PÉREZ PÉREZ, «La clasificación de los créditos de la seguridad social», *Las Administraciones Públicas en el Concurso*, [HERNÁNDEZ (Dir.)], Cizur Menor, 2016, pp. 225 y ss.

34. En este sentido, RÍOS SALMERÓN, «La nueva Ley Concursal y los trabajadores», cit., p. 156.

35. En sentido análogo BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., p. 82.

Crédito contra la masa lo es también el que proceda de los gastos y las costas del primer acreedor solicitante o instante de la apertura del procedimiento concursal. Costas y gastos que, indudablemente, deben repercutir y gravar el patrimonio del deudor³⁶.

Sí ha planteado la jurisprudencia más que la doctrina la posibilidad o no de que existan o puedan existir créditos condicionales (y en general de especial reconocimiento previsto en el artículo 261 LC) que sean a su vez créditos contra la masa. Es esta una cuestión compleja y no precisamente sencilla de responder. En efecto, teniendo en cuenta que la actividad contractual puede seguir desarrollándose de cara a obtener la que al menos en la exposición de motivos era la solución preferente, la conservación y continuación de la empresa, la actividad como tal seguirá desarrollándose en el tiempo, lo que no empece de cara al mantenimiento mismo de esa actividad, gestión y conservación del patrimonio concursal que estén presentes contratos anteriores a la declaración del concurso, así como nuevos contratos de los que se exige cierta actividad y discrecionalidad por parte de la administración concursal.

El artículo 157 concursal recoge, toda vez que se parte del principio de vigencia de los contratos con obligaciones o prestaciones recíprocas, que si los contratos están celebrados por el deudor al momento de la declaración del concurso el régimen de calificación de los créditos distinguirá entre aquellos que parten del cumplimiento de una de las partes y pendencia de la otra o de supuestos de obligaciones recíprocas pendientes. En el primero de los casos, lógicamente la calificación del crédito que corresponde es claramente concursal en la masa activa o pasiva del concurso según a quién correspondan. En el segundo supuesto lo es en función del momento de pendencia de la declaración de concurso de modo que los posteriores son créditos con cargo a la masa.

Criterio que no es antitético con el previsto expresamente en el artículo 242.8º concursal en tanto que los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso serán contra la masa³⁷. No es descabellado aseverar en consecuencia que la

36. Así lo mantenía ya en un trabajo pionero GARRIDO, «El privilegio del acreedor instante de la quiebra», *RDM*, 1992, pp. 799 y ss.; como también la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del 1995 en cuyo artículo 103 se blasonaba ese carácter de crédito contra la masa de las cosas y gastos de justicia, artículo sin duda precursor de los actuales artículos 20.1 y 84.2.2º de la norma concursal. Interesante el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid de 7 de noviembre de 2006, cuando amén de calificar las costas y gastos del primer acreedor solicitante de la apertura del concurso como créditos contra la masa, y partiendo de un carácter sumamente restrictivo —y acertado a nuestro juicio—, se niega en cambio a conferirles tal atributo a créditos que dimanen de otras solicitudes que concurrieron además al mismo tiempo o inmediatamente posterior a la primera solicitud.

37. Señala PÉREZ TROYA, «Artículo 242. Créditos contra la masa», [VEIGA (Dir.)], I, Cizur Menor, 2021, pp. 1355 y ss., en p. 1371 como los créditos generados por la actividad profesional o empresarial del deudor no subsumen un tipo específico de crédito contra la masa, sino que se trata de un supuesto genérico, vinculado con el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, pues, como regla general,

contingencia se puede dar, en cuanto crédito contra la masa en tanto surgen o, por el contrario, en cuanto pueden surgir sea de la actividad procesal, lo sea de la actividad de gestión³⁸.

Quid si el crédito en particular contiene cláusulas condicionales suspensivas cuyo nacimiento dependen de un acontecimiento futuro e impredecible dando lugar el cumplimiento de la condición a la consolidación y adquisición de derechos? No hay obstáculo a que la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, puedan solicitar sin embargo la resolución del contrato si lo estiman conveniente y adecuado para el interés concursal. Sí es importante el inciso final del párrafo segundo del artículo 61.2 —hoy 166 TRLC— para los casos de arrendamiento financiero cuando se insta la resolución de los mismos. En este redactando se asevera como al tratarse de la resolución del arrendamiento, y siempre que no hubiere acuerdo entre las partes contratantes, con la demanda incidental por la que se insta la resolución, se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización.

Conforme al tenor del artículo 1114 del Código Civil no puede ignorarse que la adquisición de los derechos dependerá del acontecimiento que constituya la condición. Asimismo el artículo 1120 asevera que los efectos se retrotraen al día de la constitución de aquella cuando se cumpla la

dicha actividad no cesa con el concurso (artículo 111.1 TRLC). De acuerdo con este principio y el art. 242.8º, las distintas obligaciones que surjan tras la declaración de concurso como consecuencia de la continuidad de dicha actividad habrán de imputarse a la masa activa como créditos contra la masa. Algunos supuestos concretos incluidos por el art. 242 están muy relacionados con el mantenimiento de dicha actividad (*vgr.* obligaciones de contratos que siguen en vigor o rehabilitados, obligaciones nacidas de la Ley o la responsabilidad extracontractual). El legislador ha considerado necesario explicitarlos de modo específico para una mayor claridad y porque algunos de esos créditos también pueden dimanar de actuaciones no necesariamente legadas a una actividad profesional o empresarial.

38. Contra de la posibilidad de que un crédito contra la masa dada su específica naturaleza pueda ser contingente, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid de 1 de marzo de 2006, que llega a señalar en su fundamento segundo, apartado segundo, como «un crédito concursal incierto quedaría definitivamente malogrado si no fuera incluido en la “lista de acreedores”, aunque haya de serlo con el carácter de contingente. Por el contrario, sin perjuicio de que el artículo 94 de la Ley Concursal obligue a confeccionar un anexo a la lista para incluir los créditos de esa naturaleza, no se encuentran, por su propia definición, sometidos a régimen alguno de perentoriedad porque lo único que concurre respecto de ellos es la obligación de la administración concursal de satisfacerlos a sus respectivos vencimientos (art. 154.2 LC), y, por tanto, cualquiera que sea el momento a lo largo del concurso en que nazcan, se lleguen a hacer exigibles o, simplemente, se desvelen. De hecho, condicionado el artículo 94, la inclusión de un crédito contra la masa en el mencionado anexo al requisito de que se trate de un crédito “ya devengado” en el momento en que el Informe se elabora, su provisional liquidez o inexigibilidad o su coyuntural carácter incierto únicamente determinará su exclusión de dicho anexo, sin que, por las razones apuntadas, esa exclusión acarree otra consecuencia que la de posponer su pago al momento en que, en su caso, el crédito en cuestión llegue a adquirir verdadera certeza. Y de ahí que en dicho ámbito el propio concepto de “contingencia” del artículo 97.3 resulta inaplicable por su evidente inutilidad».