

LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN LA LEY CONCURSAL

ABEL B. VEIGA COPO

*Profesor Propio de Derecho Mercantil de la Universidad Pontificia Comillas
de Madrid (ICADE)*

SUMARIO

- I. CRÉDITOS SUBORDINADOS.
 - II. LA SUBORDINACIÓN CONVENCIONAL.
 - III. LA SUBORDINACIÓN LEGAL.
 - 1. **Créditos comunicados tardíamente.**
 - 2. **Créditos por intereses.**
 - 3. **Créditos derivados de multas y sanciones.**
 - 4. **Créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado.**
 - 5. **Adquirentes de créditos procedentes de personas especialmente relacionadas con el deudor.**
 - IV. LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO PERSONA NATURAL.
 - V. LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO PERSONA JURÍDICA.
 - 1. **Socios.**
 - 2. **Administradores y liquidadores.**
 - 3. **Sociedades del grupo y sus socios.**
-

I. CRÉDITOS SUBORDINADOS

No cabe duda de que una de las grandes novedades de la Ley Concursal consiste en la aparición de la categoría de los acreedores subordinados, cuyos créditos se regulan en el artículo 92 ⁽¹⁾. Una categoría que si bien no es desconocida en nuestro ordenamiento, se introduce ahora con cierto brío en la norma concursal ⁽²⁾. Subordinar puede significar, en una concepción vulgar, bien una relación de dependencia, bien clasificar algo como inferior respecto de otra u otras cosas, y ambas se ajustan acompasadamente al marco que ha querido diseñar el legislador en la Ley Concursal. Tradicionalmente el ejemplo de crédito subordinado en nuestro sistema legal era, y aún es, el de los préstamos y créditos participativos de la Ley de reconversión y reindustrialización (27/1984, de 26 de julio) varias veces enmendada, o las propias emisiones de obligaciones subordinadas previstas en la Ley 13/1985, de inversiones obligatorias, recursos propios y obligaciones de información, de 25 de mayo, sin olvidar el efecto análogo a la subordinación que se lograba para los créditos por intereses devengados con posterioridad a la apertura del concurso y que no cubren las garantías reales (artículo 1916 II del Código Civil).

(1) De auténticos injertos en nuestro sistema los califica GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, “La subordinación concursal de los créditos del socio único contra la sociedad universal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 3.691 y ss., p. 3.693. Sobre el fundamento jurídico de la subordinación vid. además ÁVILA DE LA TORRE/CURTO POLO, “La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 3.537 y ss., p. 3.540 y ss., en las que se analizan las posibles causas que fundamentan la postergación de los créditos, en general, y los de las personas especialmente relacionadas, en particular.

(2) El origen de la subordinación hay que rastrearlo en la jurisprudencia norteamericana, remotamente en la *Partnership Act* de fines del siglo diecinueve. De ahí se incorpora al Código de Quiebras o *US Bankruptcy Code* en su “section” 510 y de ahí pasó a la Ley de limitadas alemana (*GmbH*) y la *Insolvenzordnung*, parágrafo 39. Concretamente, en la ley de insolvencias alemana la subordinación abarca tres supuestos, primero se subordinan los créditos por intereses de los que se acumulen a partir de la apertura del procedimiento de insolvencia, así como los gastos que se originen en el procedimiento y las sanciones pecuniarias del tipo que sean. También se subordinan los créditos del socio a la devolución del préstamo sustitutivo del capital o créditos asimilados, como también los créditos originados por una liberalidad del deudor concursado. El segundo supuesto o ámbito es el de los créditos cuya postergación en el concurso se hubiere pactado entre acreedor y deudor —es nuestra subordinación convencional— y que serán satisfechos tras los anteriores. Finalmente, y en un tercer ámbito, se subordinan los intereses de los créditos concursales subordinados y los gastos que para estos acreedores surjan con motivo de la participación en el procedimiento. En pruebas de este artículo ha sido publicada la excelente monografía de FERRE FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cizur Menor, 2006, en las pp. 70 y ss. se puede leer un análisis comparado sobre el origen y la evolución de la subordinación.

Cuando se lee este artículo 92, la impresión o la sensación que se desprende, amén de comprobar que la subordinación en cuanto técnica puede ser tanto negocial como legal, no es otra que la de interrogarnos seriamente acerca de cuál es o debe ser en realidad la función y finalidad que están llamados a cumplir estos créditos legalmente postergados, créditos sumamente heterogéneos que acaban generando una enorme perplejidad. Una subordinación automática, total y objetiva, si bien no se regula toda ella en los arts. 92 y 93 de la Ley Concursal. Piénsese en el art. 87.6 que en cierto modo se anticipa a la subordinación en aras a todo intento de que ésta se evite ⁽³⁾. De hecho, como bien se ha señalado, la subordinación contractual o convencional atiende pura y simplemente al interés de las partes, de modo que el deudor es capaz de moderar el impacto que un fuerte apalancamiento tendría en su capacidad de endeudamiento, mientras que el deudor recibe a cambio del mayor riesgo asumido una alta rentabilidad. Por el contrario, la subordinación legal es un instrumento jurídico que opera en interés de los restantes acreedores del deudor ⁽⁴⁾. Subordinación en la Ley Concursal es sinónimo de degradación, de debilitamiento, sea ésta impuesta o consentida ⁽⁵⁾. Pero subordinar no solo es jerarquizar, pues se gradúa o jerarquiza negativa y positivamente, también va a significar en la Ley Concursal un cierto ostracismo a la hora de conformar la voluntad negocial, convenida o no. Se le aparta al subordinado de toda área de influencia y de toda decisión que pueda manipular de un modo u otro del proceso. La subordinación implica la voluntad de otorgar un trato desfavorable a ciertos créditos que el legislador ha señalado con su dedo, pero también significa e implica la de mejorar frente a los postergados el tratamiento de otros créditos, cuales son los ordinarios. Se materializa el menor valor de ciertos créditos a través de la

⁽³⁾ En esta línea PERDICES HUETOS “La clasificación de los créditos personalmente garantizados”, *ADCo*, 2004, n.º 3, pp. 115 y ss., p. 134; ROJO “La calificación de los créditos concursales con garantía personal”, *ADCo*, 2006, n.º 7, pp. 517 y ss., p. 537.

⁽⁴⁾ Véase el pormenorizado y sugerente estudio de BERMEJO GUTIÉRREZ *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, p. 436. Para IGLESIAS PRADA/VAQUERIZO ALONSO, “Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 3.731 y ss., p. 3.734, el establecimiento de los créditos subordinados responde también genéricamente a razones de equidad relacionadas con el escaso mérito o valor atribuido a la titularidad de ciertos créditos como son los derivados de multas o aquellos que resultan a favor de acreedores de mala fe, aunque deba también reconocerse la existencia de alguna causa de subordinación derivada de la mera conveniencia procesal, como sucede con los comunicados tardamente.

⁽⁵⁾ Como acertadamente señala MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *ADCo*, 2004, n.º 1, pp. 49 y ss., p. 50, esta nueva categoría introduce una “excepción negativa” al principio de igualdad de trato de los acreedores, la tan reiterada máxima que establece la *par conditio creditorum*.

técnica subordinatoria ⁽⁶⁾. Quedan en un segundo plano tanto el hipotético reforzamiento y mejora de los acreedores ordinarios como las distintas lógicas a las que responde cada una de las heterogéneas causas de subordinación. Todo responde a una decidida opción legislativa que no se arredra ni tampoco discrimina en las causas, por lo que sus resultados no son del todo coherentes ni razonables. No toda causa de subordinación casa con una sanción, pues ¿acaso tras una subordinación convencional debe entenderse algún atisbo de sanción o penalización? Lo que hay es una renuncia, un debilitamiento consentido y tolerado del propio crédito que se pospone a otros créditos o incluso, de cara a una correcta exégesis de lo que debería ser una auténtica subordinación convencional, a la totalidad de créditos, ocupando el último lugar entre los subordinados. Ahora bien, esta tampoco ha sido la elección del legislador, por lo que interpretativamente el crédito se subordina y ocupa el lugar que le corresponde en el propio artículo 92 y el 158 relativo al orden de pago.

En cierto modo con la subordinación se conjura y destierra el peligro de que un poco diligente deudor termine apropiándose del valor residual que quede en el patrimonio concursal en el infrecuente y poco probable supuesto de que llegue a existir un remanente tras la satisfacción completa del resto de acreedores. De lo contrario, obtendría paradójicamente más valor del que habría tenido o le hubiera correspondido *ex ante*, ya que se quedaría con el valor residual de un patrimonio limpio de deudas. La subordinación supone simplemente que el crédito de uno o varios acreedores queda clasificado como inferior en la graduación de créditos respecto de otro u otros créditos que, sin subordinación, serían, si no de mayor rango, al menos sí del mismo rango ⁽⁷⁾. Pero no sólo implica esa clasificación inferior o relativizada sino que, además, la lista de créditos que se configura en el artículo 92 es una categoría fuertemente jerarquizada, igual que sucede con la lista del artículo 91 relativa a los créditos con privilegio general. No se enumeran, todo lo contrario, se gradúan los créditos subordinados ⁽⁸⁾.

La financiación subordinada permite a una sociedad engrosar sus fondos propios al postergar el rango crediticio de la financiación respecto del pasivo

⁽⁶⁾ Conforme BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 435; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, “La subordinación concursal de los créditos del socio único contra la sociedad universal”, cit., p. 3.694.

⁽⁷⁾ Conforme ALEMANY EGUIDAZU, “Subordinación contractual y subordinación concursal”, *La Ley*, núm. 6004, 26 de abril de 2004, pp. 1 y ss., p. 2.

⁽⁸⁾ Conforme GARRIDO, “Comentario Artículo 92”, *Comentario de la Ley Concursal I*, ROJO/BELTRÁN (dirs.), Madrid, 2004, p. 1660.

social no subordinado⁽⁹⁾. Es cierto que por esta vía el acreedor aumenta exponencialmente su cuota de riesgo en aras de reforzar su vínculo al proyecto empresarial. Supuestos de financiación subordinada son aquellos procesos de refinanciación de empresas en crisis, por medio de la cual se aumenta el montante de los capitales vinculados al riesgo empresarial, y se incrementan entre otros extremos los plazos de recobro y las *ratios* de endeudamiento. No sin ello exigir por su parte ciertas contraprestaciones que se traducen en concretas exigencias del financiador a la sociedad financiada. También estamos ante supuestos de financiación subordinada en aquellos casos de incentivación por parte de los poderes públicos para reflotar empresas en crisis o reconversión.

Quizás el automatismo legal del crédito subordinado en algunos supuestos, incluso irracional, plantea más ambigüedades que luces, sobre todo si se tiene en cuenta la mezcolanza un tanto anodina que se hace con ellos. Se trata de mezclar lo pernicioso o que asoma un claro resquicio de fraude y sospecha de connivencias defraudatorias con el marchamo de ser una sanción, cuando no una búsqueda residual y tangencial de indemnización para aquellos que en último caso nada podrían alegar en su contra. Ahora bien ¿cuál es la naturaleza de la subordinación?, ¿acaso una idea de sanción? Parece como si la sospecha de fraude asomara en el entorno de un *insider* donde parece que el escrúpulo a un comportamiento defraudatorio o a un exceso de sobreinversión induce a lo tendencioso y malicioso, pero nunca más que ahora tiene valor el dicho popular de que no han de pagar justos por pecadores, pues no toda actuación se enmarca en esos parámetros, esto es, no tiene por qué ser de por sí perverso o defraudatorio su crédito. Las causas de subordinación, o lo que es lo mismo, los supuestos de subordinación son tan heterogéneos como dispares, por lo que su naturaleza responde a parámetros distintos⁽¹⁰⁾. Mantener esta tesitura es desconocer la red y la operatividad de las pequeñas sociedades, de gestión estrecha y cerrada o

(9) Más crítico se muestra MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, cit., p. 63, quien cree que no cabe explicar la posición de los titulares de estos créditos ni como un negocio sobre el rango ni como un resorte obligacionalmente establecido respecto de su exigibilidad. Para este autor no hay un “negocio sobre el rango” (permuta, posposición o reserva) en la subordinación convencional porque, sencillamente, no hay *rango* sobre el que negociar. En cambio sí hay, en la subordinación legal, una alteración a menor de la *par conditio creditorum* o posición de igualdad que forma parte del contenido del derecho de crédito que, de este modo, queda debilitado.

(10) Correctamente MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, cit., p. 61, señala la ausencia de un juicio de reproche, dado que la subordinación no depende de la estimación de una ilicitud o de un fraude, por lo que desde este punto de vista es de carácter automático y objetivo.

familiares, o que rehuyen del mercado del crédito, y en el que los créditos de los *insiders* constituyen la fórmula habitual de obtención de medios financieros ⁽¹¹⁾.

Por tanto así como no sería justo extender a todos los supuestos o causas de subordinación la idea de fraude o ilicitud tampoco lo es afirmar su idea o marcada impronta de sanción. El debate está servido. No es precisamente fácil dilucidar e incluso tratar de dilucidar si la subordinación actúa como instrumento sancionador de un hipotético fraude en el concurso o no. La premisa de la que se parta condicionará en cierto modo el resultado final ⁽¹²⁾. Hasta cierto punto gozan en definitiva de un aura de créditos de valor residual, desvalorizados bien por voluntad legal, bien por voluntad negocial. En la jerarquía crediticia éstos tienen asignado el menor valor, el residual, el peor, cobrarán de lo que quede si es que algo queda. Su valor en el tráfico es todavía menor que el de un crédito ordinario. Su deliberada colocación en la clase inferior de la graduación de créditos concursales significa, entre otros extremos, que estos créditos subordinados bien por *voluntas legis* bien por *voluntas negotiales* únicamente recibirán un pago también residual, esto es, sólo y siempre que los créditos privilegiados y los créditos ordinarios hayan recibido una satisfacción íntegra. Ello no obsta para que se califiquen igualmente de créditos concursales, pues eso es lo que son, créditos nacidos antes de que el deudor esté inmerso en situación de insolvencia. Sin embargo sobre estos créditos pende en definitiva el estigma de ser considerados créditos de nulo o vago valor, de tal modo que su efectividad se supedita a la hipótesis de que quede algún remanente —harto improbable— en el patrimonio del deudor ⁽¹³⁾. Y es que en definitiva lastra a estos créditos el poco o ningún

(11) En parecidos términos BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 439.

(12) La impronta sancionadora del crédito subordinado ya la encontramos en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, *RCDI*, núm. 618, 1993, pp. 1487 y ss., p. 1507 y ss., quien emplea el término antiprivilegio a la hora de designar la postergación legal automática de determinados créditos por razón de su titularidad, como son los créditos de los socios de determinadas sociedades, cuya participación en el capital se encuentre entre un 5% y un 10%, los créditos de los administradores. Vid. asimismo GARRIDO, “La reforma del derecho concursal español. Reflexiones en torno a la ‘Propuesta de anteproyecto de ley concursal’ del profesor Ángel Rojo”, *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 889 y ss., p. 937.

(13) En Alemania, partiendo incluso del nulo valor que pueden tener estos créditos subordinados son estos propios acreedores quienes tienen que sopesar en última instancia si les compensa o no solicitar el reconocimiento de sus créditos en el concurso. Así el parágrafo 174 III de la *InsO* prevé reconocer a estos acreedores a través de una resolución judicial a la vista de las expectativas de satisfacción que puedan albergar. Se trata en definitiva de impedir que aún encima incurran en un despilfarro inútil de recursos (dinero, tiempo, papeleo, trámites engorrosos, etc.), sobre todo cuando las probabilidades de cobro son poco probables o resultan totalmente nulas. Así las cosas, el órgano judicial veta la posibilidad de participación de estos acreedores en el procedimiento concursal cuando ésta es irracional y costosa desde el punto de vista económico. Si por el contrario existen expectativas racionales de satisfacción las cosas cambian. Vid. más detenidamente BORK, *Einführung in das neue Insolvenzrecht*, Tubinga, 1995, p. 152.

interés que acaban por tener sus titulares ante la situación concursal, sobre todo cuando las expectativas de cobro son nulas o ínfimas. La Ley Concursal estatuye una categoría de créditos subordinados perfectamente estructurada y jerarquizada, su *ratio* no responde a una sistematización numeral de los créditos, sino que sobre todo su intención es graduarlos, jerarquizarlos y, en cierta medida, priorizarlos entre ellos al igual que hace el artículo 91 cuando se jerarquizan los privilegios generales, pero no en cambio y como *a priori* pudiera pensarse el artículo 90 respecto de los créditos privilegiados especiales⁽¹⁴⁾.

Penalización o indemnización, tutela o reforzamiento de los ordinarios, esa es la cuestión y la pregunta que hemos de hacernos en torno a la *ratio* de estos créditos subordinados⁽¹⁵⁾. Ahora bien, el elenco de créditos subordinados es tan heterogéneo, pues estamos ante un auténtico cajón de sastre que, posiblemente no sea viable y menos correcto atribuir a todo tipo o clase de subordinación crediticia una misma naturaleza⁽¹⁶⁾. Su satisfacción está incluso subordinada y condicionada a la satisfacción previa de los ordinarios. Los créditos subordinados en caso de que lleguen a ser liquidados se pagarán conforme a las subcategorías que se establecen jerarquizadamente en el artículo 92, de este modo, si no existen recursos suficientes para el pago completo de todas las subcategorías de créditos subordinados, el pago hasta donde llegue la liquidez procederá de un modo parcial y a prorrata dentro de la subcategoría que se estuviese liquidando (artículo 158.2 de la LC). El artículo 158 de la Ley Concursal es pues rotundo cuando establece que el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que no se hayan satisfecho completamente los créditos ordinarios. El pago de estos créditos se llevará a cabo por el orden establecido en el artículo que los enumera y recoge y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. Sólo se abonarán con el remanente, probablemente ínfimo por no decir inexistente, de la ejecución universal.

(14) Como bien señala GARRIDO, "Artículo 92", *Comentario de la Ley Concursal*, (ROJO/BELTRÁN (dirs.), Madrid, 2004, p. 1.660, la jerarquía sólo tiene trascendencia en caso de que los créditos ordinarios sean íntegramente satisfechos en la liquidación concursal y exista remanente para el pago de los créditos subordinados.

(15) Para ALONSO LEDESMA, "Artículo 92. Créditos subordinados", *Comentarios a la Legislación Concursal [Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal, I]* [PULGAR EZQUERRA *et. al.*, dirs.], I, Madrid, 2004, p. 929, en la LC la subordinación tiene un claro matiz sancionador al no partir del dolo, ni siquiera de la actuación culpable del sujeto ni establecer supuestos concretos en los que puede presumirse que esa conducta existe (caso de infracapitalización, como en el derecho alemán), sino simplemente por el mero hecho de que los titulares de los créditos estén en esa situación de proximidad con el deudor, con total independencia de cuál haya sido su conducta o de en qué condiciones se hayan otorgado esos créditos.

(16) Conforme BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Cizur Menor, 2004, p. 151.

En el régimen que pergeña la Ley Concursal, la postergación del crédito es automática y objetiva, sin discriminar la naturaleza y causa del crédito relegado. Es más, la subordinación es absoluta. Sólo se subordina objetiva o subjetivamente, en cuanto persona especialmente relacionada con el deudor, conforme a los parámetros marcados en la Ley Concursal, no cabiendo una subordinación extraconcursal. No cabe, por consiguiente y a diferencia de otros ordenamientos, una subordinación judicial. Se declina simplemente hacerlo. Las causas de subordinación son objetivas y cerradas. La Ley simplemente ofrece una lista ordenada y jerarquizada perfectamente de créditos subordinados. Lista que indudablemente es excesiva. Aquí el legislador no pudo pero injertó en exceso⁽¹⁷⁾. No es, por consiguiente, necesario ni preciso que haya por ejemplo una infracapitalización de la sociedad en el caso de ser persona jurídica, o fraude en el acto constitutivo de concesión de un crédito, basta con que se trate de uno de los créditos que se enumeran en ese elenco que regula el artículo 92 de la Ley Concursal. Podemos concluir sin miedo a equívocos que el legislador ni siquiera ha concedido el beneficio de la duda a algunos acreedores de estos créditos subordinados, ante los que el paradigma conductual y de comportamiento del acreedor pesan en su contra indiscriminadamente, ignorando conductas que *a priori* son correctas y sumiéndolas en una sombra de duda y legitimidad, lo que provocará a la larga una total inhibición de concesión de crédito por parte de estos hipotéticos acreedores, operadores económicos en algunos casos, que han sido señalados por el dedo acusador de la Ley Concursal. Poco importa la aptitud y la buena intención de estos acreedores, que se ven relegados por un criterio racional, que no razonado, de objetividad.

Los créditos subordinados por tanto y como ya hemos señalado han sido calificados y graduados conforme a criterios objetivos sin tener en cuenta, e incluso despreciando absolutamente, el comportamiento o conducta del sujeto; únicamente se han tenido en consideración las circunstancias que rodean a dichos créditos⁽¹⁸⁾. Se han configurado y escudriñado conforme a criterios ob-

(17) Comparte esta crítica SÁNCHEZ CALERO, "La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad", *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 3.893 y ss., p. 3.895.

(18) En parecidos términos SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, 26.^a ed., Madrid, 2003, p. 477. Esta será una de las grandes diferencias con el ordenamiento alemán, en el cual la delimitación se lleva a cabo en su naturaleza y no en la persona del acreedor, de forma tal que, conforme a la ley de insolvencias germana, los socios, administradores, liquidadores, etc. de la sociedad podrán ser titulares de un crédito normal, ordinario o privilegiado pero no subordinado frente a la sociedad fallida en cuanto que tal crédito en el momento de su otorgamiento tuviera una función diferente a la de sustituir a una aportación de capital. Por el contrario la ley española ha vinculado la subordinación al hecho de una especial

jetivos y automáticos, sin necesidad y, menos aún, sin importarle probar las conductas dolosas o fraudulentas o de infracapitalización de la sociedad⁽¹⁹⁾. Parecen responder a una suerte de obligada sanción o preterimiento particular⁽²⁰⁾. Pero no olvidemos que antes de sancionar debería apreciarse en su verdadera dimensión toda conducta fraudulenta y lasciva, sin que quepa extender semejante subordinación sólo por ser acreedores a quienes precisamente la ley trata de inhibir y restar operatividad por el mero hecho de estar relacionados con el deudor, ya profesional, ya familiarmente. Quizás se han desterrado un tanto deliberadamente otras facultades y actuaciones que la propia normativa legal esgrime a modo de remedio de estas conductas, como serían las acciones de reintegración que pergeña el artículo 71 de la Ley Concursal y que permiten rescindir todo acto perjudicial para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, incluso aunque no hubiere existido intención fraudulenta, y máxime si la ha existido, por lo que hemos de preguntarnos ¿por qué este automatismo, exagerado, si la propia ley disciplina remedios legales que pueden ser incluso más justos? De este modo si ha habido fraude se rescinde el contrato y no entra siquiera a formar parte de los acreedores subordinados, y si no lo ha habido ¿para qué relegarle entonces? Sólo así se mitigarían además las tendencias sobreinversoras del deudor una vez manifiesta la situación de insolvencia. Son quizás las acciones de impugnación —revocatorias concursales— el mejor remedio para evitar y eliminar el expolio y la expropiación egoísta de algunos acreedores que se valen de la especial información que tienen del deudor para

relación del acreedor con el deudor insolvente, una vinculación harto discutible pero rotunda. Ahora bien, el artículo 93 de nuestra norma tampoco guarda una similitud con el párrafo 138 de la *InsO*, puesto que en esta norma la enunciación de las personas especialmente vinculadas con el deudor no se efectúa con la finalidad de delimitar los créditos subordinados, a diferencia del tenor literal de los artículos 92 y 93 de nuestra ley, sino con el propósito de cerciorarse y limitar los actos impugnables realizados por un acreedor con el deudor en flagrante perjuicio del resto de acreedores.

(19) Acertadamente IGLESIAS/VAQUERIZO, “Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, cit., p. 3.734, señalan cómo mientras la nueva ordenación de los privilegios ha resultado ser el fruto de un proceso largamente meditado a raíz del amplio debate abierto como consecuencia de la insatisfactoria experiencia acumulada durante la vigencia del anterior régimen legal, la implantación del sistema de subordinación de créditos previsto en los artículos 92 y 93 constituye, por el contrario, una innovación carente de auténticos referentes prácticos y positivos en nuestro sistema.

(20) De penalidad civil los califica ALEMANY EGUIDAZU, “Subordinación contractual y subordinación concursal”, cit., p. 3, y como tal sanción civil está sujeta al principio de legalidad sin poder ser introducida por normas de rango inferior.

propiciar la comisión de actuaciones perjudiciales para el interés del resto de acreedores ⁽²¹⁾.

No obstante, y reconociendo los privilegios especiales y generales como una excepción positiva en relación con los créditos ordinarios, la propia Ley Concursal crea y ejecuta con su misma *potestas* una “nueva” categoría negativa en nuestro derecho, los *créditos subordinados*, que constituyen la *antítesis* y reverso del privilegio, el antiprivilegio, mas, eso sí, en perfecta sintonía con lo perfeñado en el resto de ordenamientos europeos ⁽²²⁾. La subordinación, contrariamente a las virtualidades que supone un privilegio, implica una postergación o relegación en la tutela del crédito, discriminando negativamente a los acreedores subordinados frente al resto de los acreedores. Son una suerte de créditos residuales, debilitados, degradados y desvalorizados por la propia norma concursal y de acreedores bajo sospecha que se ven desfavorecidos por *voluntas legislatoris* en la escala graduatoria de los créditos situándose por detrás de los ordinarios ⁽²³⁾. En cierto sentido, esta postergación supone para algunas causas de subordinadas, aunque no para todas, un castigo o sanción legal sobre unos acreedores específicos y ante unas circunstancias concretas. Como bien se ha dicho, el reconocimiento de estos créditos *ope legis* o créditos antiprivilegio producen el efecto contrario del privilegio ⁽²⁴⁾.

No discutimos la virtualidad de estos créditos, tampoco las razones, la naturaleza personal o no y la titularidad a que responden, así como su oportunidad en la Ley Concursal, pero sí la forma y el talante excesivo en que se recogen

(21) En este sentido manifiestamente RÜMKER, “Verhaltenspflichten der Kreditinstitute in der Krise des Kreditnehmers”, *KTS*, n.º 4, 1981, pp. 493 y ss., p. 508; SCOTT Jr., “Bankruptcy, Secured Debt, and Optimal Capital Structure”, *J. Fin.*, vol. 32, 1977, pp. 1 y ss., p. 2, quien destaca el valor de las acciones rescisorias concursales por fraude como instrumento que elimina la expropiación de los acreedores.

(22) Cfr. ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* [GARCÍA VILLAVARDE, *et. al. dirs.*], Madrid, 2003, pp. 357-408, p. 361. En parecidos términos MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *cit.*, p. 50.

(23) Señala RUIZ-RICO RUIZ, “En torno a los controvertibles créditos subordinados”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, II, Madrid, 2005, pp. 3.839 y ss., p. 3.842, que la previsión legal de los créditos subordinados constituye la respuesta jurídica frente a las maniobras negociales del concursado tendentes a autoprivilegiarse, aunque sin detenerse en las obligaciones de las que emergen aquéllos.

(24) Vid. ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva”, *cit.*, p. 389.

y regulan algunos de estos créditos ⁽²⁵⁾; una suerte de *totum revolutum*, sin ton ni son, a modo de amalgama o cajón de sastre. En el artículo 92 se enumeran los créditos a los que se les confiere el carácter de subordinados. Se trata de créditos comunicados tardíamente, de los contractualmente subordinados por voluntad de las partes, de los de intereses y de los procedentes de multas y demás sanciones pecuniarias, de los de personas especialmente relacionadas con el deudor y, por último, de los de quien haya sido declarado parte de mala fe como consecuencia de la rescisión concursal.

Finalmente, como nota común de estos créditos subordinados, suponen una considerable merma de los derechos, que, de otro modo, corresponderían a estos titulares de créditos subordinados. Así, no podrán formar parte de la administración concursal; no tienen derecho de voto en la junta de acreedores; quedan vinculados por el contenido del convenio aunque ni siquiera hubieran votado a favor; les afectan las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los créditos ordinarios, si bien podrán aceptar propuestas alternativas de convenio. Asimismo, en caso de liquidación, sus créditos son postergados a todos los demás, viendo extinguidas las garantías de cualquier clase que tuviesen constituidas y, por tanto, viéndose, en su caso, obligados a la restitución posesoria y exponiéndose a que aquellas prendas o hipotecas registradas sean canceladas.

II. LA SUBORDINACIÓN CONVENCIONAL

Como ya hemos señalado dos son las vías de subordinación de un crédito, bien la convencional bien la legal. Entran por tanto también dentro de la categoría de subordinados aquellos créditos en los que la voluntad de las partes cierta relegar intencionadamente estos créditos a un plano residual, ya que con esta relegación no se afecta ni se perjudica a los derechos de otros acreedores. Esta subordinación *voluntaria* confiere al crédito un carácter o conjunto de cualidades o circunstancias propias. La Ley Concursal asienta como criterio determinante para la subordinación concursal la pretensión de eficacia de los contratos de subordinación, que puede ser general o relativa. Créditos que no consideró oportuna la Propuesta de 1995 pero que ahora sí han tenido cabida. Se procede a una voluntaria graduación de los créditos conducente a una delibe-

⁽²⁵⁾ No parece compartir esta crítica MERCADAL, "Comentario al art. 92 y 93", en *Nueva Ley Concursal* (SALA/MERCADAL/ALONSO coords.), Barcelona, 2004, p. 455; sin embargo para VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, 16.^a ed., Valencia, 2003, p. 1.109, este artículo es el más riguroso de la nueva Ley Concursal, la nueva "clave de bóveda" del concurso de acreedores.

rada postergación por parte de los afectados, que no por parte de la Ley, como sí se hace respecto del resto de créditos subordinados.

Esta causa negocial de subordinación se encuentra extendida en el tráfico y, a cambio de fuertes rentabilidades, se facilita la obtención de los recursos necesarios para financiar operaciones de saneamiento empresarial, inversiones y compras de crecimiento rápido y exponencial, etc. ⁽²⁶⁾. Esta rentabilidad se corresponde con el volumen adicional de riesgo que incorporan estos créditos a resultas del pacto de subordinación y, que, a la larga, se concentra en un mayor tipo de interés que el deudor acaba satisfaciendo por el crédito. Son las partes las que tratan de condicionar la satisfacción del crédito concedido al previo e íntegro pago de los acreedores ordinarios y les hacen actuar como si de fondos propios se tratara ⁽²⁷⁾. Un acreedor ya existente condiciona la satisfacción de su crédito a la previa realización del valor de otro concedido con posterioridad, pero también hablamos de subordinación y en este caso general, que no individual, cuando un acreedor acuerda la sujeción de su propio crédito a la satisfacción de la totalidad del endeudamiento ordinario. Se ha incluso diferenciado la insubordinación perfecta, a saber, aquella que puede pactarse para cualquier hecho o acaecimiento, de la imperfecta, la que queda condicionada a la concurrencia de un hecho concreto, cual es la insolvencia ⁽²⁸⁾. La subordinación contractual o negocial puede producirse de dos modos, bien cuando se deduzca inequívocamente y, por tanto, de un modo expreso a través de pacto en una relación jurídica de la que se derive un crédito (recordemos que el artículo 92 señala el “pacto expreso”), y de otro lado, bien cuando la subordinación convencional dimana de la perfección de un determinado negocio jurídico que es subordinado por sí mismo ⁽²⁹⁾. Por otra parte hemos de preguntarnos ¿qué suce-

⁽²⁶⁾ Más detenidamente BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 443. Un riguroso análisis de la subordinación contractual en FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., pp. 216 a 248.

⁽²⁷⁾ Para VICENT CHULIÁ, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA dirs.), VIII, 1.º, Madrid, 2000, p. 203, la deuda subordinada o postergada tiene un carácter híbrido, ya que son créditos que en ciertas circunstancias se convierten en inversión, en capital o fondos propios.

⁽²⁸⁾ Sobre la subordinación pactada entre acreedores y deudor véase GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, cit., pp. 145 y ss.

⁽²⁹⁾ Conforme GARRIDO, “Artículo 92”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1663, quien señala cómo también la subordinación contractual se produce no sólo cuando las partes incluyan una cláusula de subordinación en un crédito, sino también cuando escojan establecer una relación crediticia mediante una técnica jurídica que lleve aparejada la subordinación. Pensemos, cómo no, en los préstamos participativos.

dería si el acreedor en un pacto de subordinación convencional únicamente aceptó dicha subordinación tan solo frente a algunos de los acreedores pero no respecto a otros? ¿Habría en este supuesto subordinación global o universal como predica el propio artículo 92 de la Ley Concursal? ¿Sería oponible una cláusula de subordinación establecida por las partes pero que tuviera únicamente eficacia en supuestos de no concurso? ¿Cabría un pacto de subordinación en el que un acreedor renunciase a ejecutar las garantías reales que tuviese contra el deudor? Evidentemente un pacto de no ejecutar o realizar el *ius distrahendi* frente al deudor no es un pacto de subordinación, para serlo; habrá de ser eficaz frente al resto de acreedores concurrentes⁽³⁰⁾. No obstante, téngase en cuenta además el dictado del artículo 97.2 respecto a las garantías reales de que gozan los acreedores subordinados.

Nada que objetar, ahora bien, ¿quién ha efectuado el orden de prelación que se le asigna a este tipo de créditos? La Ley los coloca en el segundo escalón inmediatamente después de los créditos insinuados tardíamente, esto es, los morosos; hecho éste que se compadece mal con la propia esencia de la postergación intencionada, pues lo lógico sería que las partes fuesen las que decidiesen el concreto grado o alcance de subordinación que se les asigna a estos créditos, ya colocándose los primeros de su categoría, ya tras todos los créditos subordinados por imperativo legal y sin que en realidad se perjudique a nadie⁽³¹⁾. Cabe por tanto a nuestro juicio el pacto que establezca el alcance de la subordinación, por lo que la satisfacción de los créditos subordinados convencionalmente habrá de incluirse en el exacto lugar y orden que las partes acordaron. Este tipo de subordinación responde únicamente a una pura y mera cuestión de autonomía privada y, por lo tanto, sólo a las partes es a quienes debería corresponder determinar el grado prelativo que quieren conferirle a este tipo

(30) Para CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 58, si un acreedor ha subordinado extraconcursalmente su crédito con carácter relativo, a favor de determinada clase de acreedores concurrentes, esta subordinación, que no será la del art. 92.2.º de la LC, es igualmente eficaz en el concurso con la misma eficacia relativa que fuera del concurso. La manera más fácil de conseguir este efecto es entender que este pacto de subordinación comporta un derecho a hacerse atribuir la cuota del acreedor gravado con aquel pacto, a favor del beneficiario de éste. No debe existir objeción a la eficacia concursal de esta subrogación.

(31) Decididamente a favor de una subordinación que implique a la totalidad de los créditos subordinados MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, cit., p. 67.

particular de créditos⁽³²⁾. Cuestión bien distinta es que la Ley Concursal hubiere previsto con carácter supletorio unas reglas para el caso de duda sobre el sentido concreto de priorización que las partes no hubiesen acordado y específicamente sobre los créditos legalmente subordinados, *mutatis mutandis* a como se regula en la *Insolvenzordnung* alemana en su parágrafo 36.II.

No olvidemos incluso que el resto de los subordinados lo son por vía legal, y en ocasiones de un modo un tanto arbitrario, que no voluntario de las partes, por lo que la *ratio* de éstos responde o bien a ser una sanción o bien a que simplemente esa subordinación favorece a los restantes acreedores⁽³³⁾. Es obvio que no tiene el mismo alcance ni la misma repercusión en la masa pasiva del concurso el grado prelatorio de un privilegio y el posible y voluntario grado prelatorio de las partes que acuerdan postergar su crédito. Por lo que no vemos inconveniente alguno para que las partes puedan libremente no sólo postergar su crédito sino subordinarlo en la posición y grado que estimen más conveniente, ya sea inmediatamente anterior al resto de los subordinados por el automatismo legal, ya en un grado ulterior a éstos, siendo por tanto, los últimos entre los últimos, lo que implica una práctica renuncia a todo cobro⁽³⁴⁾.

(32) Conforme PANTALEÓN, «De la clasificación de los créditos», *Comentarios a la Ley Concursal* (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ coords.), Madrid, 2004, pp. 501 y ss., p. 537. Se cuestiona GARRIDO, “Artículo 92”, *Comentario de la Ley Concursal*, cit., p. 1.663, el efecto de una cláusula que subordine un crédito a todos los créditos que existan contra el deudor, incluidos todos los comprendidos en el artículo 92 de la Ley Concursal. Concluye a favor de una interpretación de que la clasificación de los créditos subordinados por pacto contractual puede ser alterada si las partes lo prevén expresamente, de modo que puede establecerse que un crédito reciba un tratamiento inferior al que corresponde a los créditos subordinados contractualmente, pero lo que no es posible es que se califique a un crédito como subordinado y se le quiera dar un tratamiento superior al que le atribuye la Ley Concursal.

(33) En parecidos términos ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva”, cit., pp. 399 y 400, quien señala cómo en este mismo sentido el ordenamiento alemán ha sido más congruente al señalar en el parágrafo 39.II que los créditos cuya postergación sea producto de convenio entre acreedor y deudor son satisfechos en caso de duda, tras los créditos legalmente subordinados, si bien esta solución prelativa solo opera en caso de duda, es decir, cuando no pueda esclarecerse cuál ha sido la voluntad de los particulares.

(34) En el mismo sentido GARRIDO, “La graduación de créditos”, en *La reforma de la legislación concursal* (ROJO Dir.), Madrid, 2003, pp. 225-245, p. 240. Muy crítica también CORDERO LOBATO, «Comentario art. 92», en *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ coord.), I, Madrid, 2004, p. 1098, quien aparte de calificar como incomprensible la norma, ya que la subordinación debería venir determinada por el pacto y no por la Ley Concursal, también la cataloga de poco afortunada, pues de aplicarse literalmente sólo serán subordinados los créditos cuando su titular conviniese en ser postergado a todos los acreedores del deudor, pero no si ésta se acordase sólo con respecto a algunas clases de créditos.

III. LA SUBORDINACIÓN LEGAL

1. Créditos comunicados tardíamente

A bote pronto, nada hemos de objetar a la calificación que el legislador otorga a algunos de estos créditos, pero sí desde luego a otros que no merecen semejante parangón ni en las causas ni en el comportamiento del propio acreedor respecto al de otros. Así, si los créditos comunicados tardíamente sufren esta discriminación ello es una consecuencia hasta cierto punto lógica y justa, ante la falta de diligencia e incentivación del propio acreedor que ha tardado demasiado tiempo en insinuar y hacer valer su crédito, con lo que acarrea costes mayores al proceso. Es un relegamiento proporcional y, en principio, objetivo a su propia desidia o desinterés en la marcha de sus negocios y relaciones jurídico-económicas. Cuestión distinta es si este acreedor no es culpable de esta tardanza. El momento relevante para determinar si la comunicación es o no es tardía viene establecido en el artículo 85 de la norma concursal⁽³⁵⁾. Ahora bien, para estimar que ha habido retraso en la comunicación del crédito lo que debe haberse producido extemporáneamente es la comunicación de la información relativa a la identidad del acreedor o a la identificación del crédito, mas no se produce comunicación tardía del crédito si el acreedor se retrasa al indicar que su crédito es privilegiado o, en su caso, cuáles son los bienes afectos, supuestos los dos en los que el crédito, si al menos no se reconoce como privilegiado, tampoco lo es como subordinado, sino como ordinario.

Lógicamente la finalidad que se busca con esta “causa de subordinación” es tratar de crear una lista de acreedores que refleje del modo más fidedigno posible el pasivo del deudor. Qué mejor y más expeditivo incentivo para todo acreedor que la posibilidad, en realidad velada amenaza, de verse relegado a la subordinación para tratar de comunicar diligentemente su crédito, eso sí, siem-

(35) Matiza MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, cit., p. 64, que en el artículo 85 de la LC se establece una *carga*, un *onus* de naturaleza semejante al modelo o paradigma de la “carga de la prueba”: una conducta que es inexigible o incoercible, pero de la que depende para el afectado o agravado la conservación de una posición o la obtención de una ventaja, que se pierde, naturalmente, cuando la conducta en que la carga consiste no es ejecutada. En parecidos términos se pronuncia también VILLORIA RIVERA, “¿Tiene la administración concursal obligación de reconocer determinados créditos, aun cuando su titular no los haya comunicado en tiempo y forma?”, *RCP*, n.º 3, 2005, pp. 307 y ss., quien acertadamente señala que el acreedor no tiene propiamente una obligación de comunicar su crédito en tiempo y forma; si ha de comunicarlo es en su propio interés, pues de lo contrario deberá afrontar las consecuencias que establece la ley para la falta de comunicación en plazo. Véase el amplio y minucioso estudio que lleva a cabo FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., pp. 167 a 215 sobre los subordinados por falta de diligencia del deudor.

pre que conozca la declaración del concurso, lo cual y pese a todos los mecanismos e instrumentos de publicidad que pergeña la propia la Ley Concursal no será infrecuente. Se entiende que la comunicación es tardía si se realiza con posterioridad al plazo de un mes desde la publicación de la declaración de concurso en el BOE y en uno de los diarios de mayor difusión en la provincia en la que el deudor tuviera el centro de sus principales intereses. Transcurrido ese plazo de un mes, contado desde el día en que se haya producido la última de aquellas dos publicaciones, cualquier comunicación de créditos se considerará tardía y, como tal, sufrirá los efectos de la subordinación. No obstante es cierto que los acreedores difícilmente acceden al conocimiento del concurso a través de los edictos que se publican en aquellos medios, y toman conocimiento del concurso cuando reciben la circular o comunicación que envían los administradores conforme al artículo 21.4 de la norma concursal, y en las que se les indica el deber de comunicar sus créditos, comunicación que únicamente llega a aquellos acreedores cuya identidad y domicilio conste en el concurso. A ello hay que sumar además el plazo de dos meses de que disponen los administradores concursales conforme al artículo 74 para presentar el informe sobre el concurso, plazo prorrogable eso sí si concurren, y se justifican, circunstancias extraordinarias. Como bien señala la Sentencia de 27 de julio de 2005 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Madrid el juego de ambos plazos permite contemplar tres hipótesis: la primera consistente en que el acreedor del concursado comunique su crédito dentro del plazo del mes previsto en el artículo 21.1.5.º de la LC; la segunda, que el acreedor comunique su crédito una vez transcurrido el plazo del mes previsto en el artículo 21.1.5.º de la LC, pero con anterioridad a la expiración del plazo que la administración tiene para la entrega del informe; la tercera, que el acreedor comunique su crédito transcurrido el plazo que ésta tiene para la presentación de su informe, o no lo comunique. Como es lógico, ante estas tres hipótesis los escenarios cambian. En efecto, en la primera hipótesis la consecuencia es que la administración concursal deberá proceder a examinar la solicitud y la documentación presentada por el acreedor y la valorará según las normas para la determinación de la masa pasiva acordando la procedencia o improcedencia de su inclusión en la lista de acreedores y, en su caso, con la calificación que corresponda. En la segunda hipótesis, la propiamente de comunicación tardía de los créditos, las consecuencias que a ella se anudan implican la relevancia que tiene para el acreedor la comunicación de su crédito dentro del plazo que la Ley le concede. Finalmente, en la tercera hipótesis, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y, por tanto, el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Esta última situación significa o bien que el crédito se ha comunicado después de la presentación del informe de los administradores o bien la ausencia de cualquier tipo de comunicación previa a la impugnación de la lista de acreedores. Es más,

en estos casos la comunicación, aun cuando no debe calificarse como tal, se lleva a cabo a través de la demanda de impugnación.

Pero ojo, no confundamos falta de comunicación con extinción del crédito del acreedor. El que el crédito no se haya reconocido en tiempo oportuno, tempestivamente, no implica su ineficacia. Su preclusión de la lista de acreedores ni siquiera es absoluta, basta una lectura sosegada del art. 134 de la Ley Concursal para observar cuál ha sido la auténtica intención del legislador. En efecto, este artículo establece la extensión del contenido del convenio incluso a aquellos acreedores no reconocidos en el procedimiento. Gran parte de los incidentes concursales planteados surgen a consecuencia de la calificación de los créditos, pero también por créditos no comunicados tempestivamente. Será el juez quien decida finalmente la suerte del crédito, y entiéndase bien, en sede concursal, pues siempre le quedan intactas al acreedor las vías extraconcursoales, siempre que el deudor o tenga activo o venga a mejor fortuna, improbable pero posible. Comunicación tardía no significa, ni puede hacerlo, pérdida ni extinción del derecho, salvo eso sí, prescripción o caducidad de la acción que lo haga efectivo.

A pesar de la contundencia de la Ley en este extremo, existe una norma especial para el crédito ordinario del titular de un derecho de separación perjudicado por el deudor (artículo 81), pues la falta de comunicación oportuna del crédito ordinario al que dicho titular tiene derecho se produce transcurrido el plazo de un mes desde la aceptación de la pretensión del titular por la administración concursal o desde la firmeza de la resolución judicial que reconozca los derechos del titular perjudicado (artículo 81.2 de la Ley Concursal). Pese a la severidad objetiva de esta subordinación de los créditos comunicados tardíamente la realidad demuestra que no es llevada a un extremo, pues de serlo, las consecuencias serían injustas e injustificables. Así, las excepciones al drástico y automático tratamiento de la subordinación por su tardía comunicación relativizan e incluso trivializan la sanción inicial. No pueden por tanto sancionarse con la subordinación automática aquellos créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, como tampoco la de aquellos créditos que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial. La administración concursal, con independencia de que no exista comunicación, debe pronunciarse sobre aquellos créditos que consten y se reflejen en los libros y documentos del deudor, lo cual no significa que deban reconocerse en todo caso, sólo cuando exista prueba suficiente e indubitada de la existencia y cuantía del crédito. Por tanto el imprescindible punto de partida, toda vez que ya no existe la diligencia de ocupación como antaño había en la quiebra, es la documentación del concursado. El que se deba pronunciar no puede significar en todo caso un reconocimiento, únicamente cuando este proceda, y procederá solo cuando sea concluyente e indubitado. Pero, ¿cómo puede probar un acreedor, en todo

caso, que la administración concursal tenía en su poder documentación acreditativa de su crédito y sin embargo no fue reconocido? ⁽³⁶⁾.

Del mismo modo tampoco se subordinarán aquellos créditos para cuya determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas. Y son precisamente estos dos extremos, el de no reconocer ciertos créditos o aplicarles la subordinación, los que están provocando la gran mayoría de los incidentes concursales conforme al artículo 192 de la Ley. En cierto modo, la Ley Concursal obliga a los administradores concursales a reconocer todos aquellos créditos cuya existencia pueda ser demostrada de un modo indubitado de la documentación del concursado, como también obliga a un reconocimiento automático de aquellos créditos cuyo reconocimiento es imperativo. Así las cosas el papel de los administradores concursales es crucial para dirimir este conflicto, dado que tienen el deber de incluir en la lista de acreedores los créditos que consten en la documentación del deudor, aunque no hayan sido objeto de comunicación. Se presume que han comprobado y analizado por sí mismos o auxiliados por expertos técnicos los documentos contractuales, facturas, albaranes, recibos, títulos valor, copias, contabilidad, etc. Si los administradores concursales incluyen un crédito por deducirse la existencia de éste de la documentación del deudor tal crédito se clasificará conforme con su naturaleza pero nunca como subordinado. En caso de que los administradores no hubieren incluido el crédito, todavía le queda al acreedor la posibilidad de que el juez del concurso lo incluya en la lista de acreedores pese a la comunicación tardía. Indudablemente un administrador concursal no puede rechazar la inclusión de aquellos créditos que pese a no ser comunicados por descuido o ignorancia de la apertura del procedimiento concursal gocen de reconocimiento por laudo o sentencia, consten en documento con fuerza ejecutiva, figuren en certificación administrativa o hubieren sido asegurados con garantía real inscrita en documento público, así como los créditos de los trabajadores que consten de cualquier modo en el concurso. En estos casos sobra el examen, la valoración y el reconocimiento, ya que éste es forzoso. No existe margen de maniobra por parte de los administradores concursales, como por otra parte tampoco sería viable, por lo que no importará siquiera que haya comunicación del crédito o constancia o no en la documentación del concursado. Son créditos que pese a su no

⁽³⁶⁾ Como bien señala VILLORIA RIVERA, “¿Tiene la administración concursal obligación de reconocer determinados créditos, aun cuando su titular no los haya comunicado en tiempo y forma?”, cit., p. 310, esto no significa que los acreedores puedan relajarse y confiar en el reconocimiento “de oficio” de sus créditos, en primer lugar porque un acreedor desconoce el estado de los libros y documentos del deudor, que puede resultar caótico debido a las circunstancias de la sociedad, y en segundo lugar porque el acreedor que corre el riesgo de no comunicar su crédito puede verse más tarde en la necesidad de impugnar el listado.

comunicación no sufren la degradación en su naturaleza que supondría el ser clasificados como subordinados.

Como rápidamente podemos darnos cuenta no estamos ante una cuestión pequeña, dado que entre otros extremos el reconocimiento y la clasificación de un crédito determinan la medida y posición que ocupará el acreedor en el concurso. Si estos créditos hubieren sido preteridos inicialmente por los administradores y los acreedores impugnaren con éxito la lista de acreedores, el juez que decida su inclusión lo hará en el lugar que le corresponda conforme a la naturaleza de éstos y omitiendo el hecho de su comunicación tardía. Debe señalarse a su vez que los juzgados mercantiles se han encontrado con créditos que efectivamente se han comunicado tardíamente, y por tanto subordinados, pero que en realidad se pueden conocer o de hecho se conocen por otros medios desde luego tan fiables o más como pueden ser los libros contables, por lo que su calificación como subordinada no tendría fácil acomodo. Incluso la constancia de ese crédito y su notificación difiere en su cuantía económica. Ciertamente se han dictado ya sentencias en incidentes concursales en las que se mantiene el criterio de considerar por una parte que la constancia del crédito en la contabilidad del deudor permite su calificación como ordinario y, de otra parte, que la fecha de “cierre” ha de ser la de la publicación del edicto de la declaración del concurso. Por tanto, debe quedar meridianamente claro que sólo se considerarán subordinados aquellos créditos cuya existencia no conste en la documentación del deudor o no consten de cualquier otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial o derivado de la actividad de la administración pública. Procederá la clasificación que les corresponda, incluso la de subordinada, pero no a causa de una comunicación tardía, sino por otros motivos. Así las cosas, la subordinación por razón de morosidad se limita únicamente a aquellos créditos que son comunicados a la administración concursal fuera de plazo, no constando ni en la documentación del deudor ni por reconocimiento legal. Estos últimos gozan de total inmunidad pese a su extemporaneidad, conservando el rango que sea acorde con su naturaleza.

Más problemática se antoja una aplicación irrestricta de la lógica subordinatoria que ha pretendido el legislador. Pensemos ahora en un supuesto probable: un crédito que es comunicado tardíamente al concurso pero que goza además de garantía real, por lo que tiene o tendría la cualidad de ser privilegiado; la pregunta no es otra que ésta: ¿cómo afectaría al crédito la contingencia de una comunicación extemporánea? En este caso, y salvo en el supuesto de créditos de personas especialmente relacionados con el deudor que ven extinguida la garantía (art. 97.2 de la LC), serán créditos subordinados, pero eso sí, con una garantía real subsistente (art. 97.2 de la LC *a contrario*). ¿Cómo se compagina entonces en este supuesto la garantía con el privilegio o probable antiprivilegio? Muy fácil, la mera subordinación, salvo en ese caso particular, no extingue la garantía, sólo la relega a su vigencia en sede subordinada. Garantía, posterga-

ción y relegación no son del todo incompatibles cuando se habla de subordinación, no de extinción. No es un supuesto rocambolesco o de laboratorio sino perfectamente posible y que en buena medida deriva de un comportamiento o conducta poco diligente, cuando menos, del acreedor privilegiado⁽³⁷⁾.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un acreedor pignoraticio que comunica tardíamente su crédito al concurso y siempre y cuando no pueda acogerse a alguna de las excepciones que deben tenerse en cuenta, entre otras que obre en la documentación del concursado la constancia de semejante crédito; este hecho hará de él un acreedor subordinado (art. 92.1 de la LC), pero no significará en modo alguno la extinción de su garantía (art. 97.2 de la LC *a contrario*). Es cierto que probablemente llegar a este extremo será muy improbable, pero no imposible. A nuestro juicio eso significa que la garantía sólo puede tener efectos respetando los efectos de la subordinación; es decir, que la administración concursal sólo podrá proceder a la ejecución del bien objeto de la garantía cuando no haya otros bienes realizables y, en tal caso, el subordinado garantizado tendrá derecho preferente al producto obtenido y que no se haya agotado entre los ordinarios⁽³⁸⁾. De lo contrario se banalizaría la efectividad pero también la esencia de una garantía real, y máxime si se tiene en cuenta que la expropiación de valor de las garantías reales sólo puede proceder por disposición legal. Si la garantía sigue al crédito, también lo hará en la subordinación. Ni éste es inmune ni tampoco aquélla lo es a tal efecto legal. La consecuencia, aunque ciertamente pueda extrañar, y de hecho extraña, sería que el acreedor comunicaría su crédito no como privilegiado, sino como ordinario, pero conservaría su garantía real; o dicho de otro modo, seguiría siendo un privilegiado, ya que todo ordinario con garantía real es un privilegiado. El resultado sería, como no puede ser de otra forma, el mismo que si se excluye la aplicación del art. 87.6 de la LC en estos casos. Un artículo complejo, confuso y que provocará a buen seguro que se escriban y reescriban cientos de páginas, si bien unas serán sin duda más interesadas y oportunistas que otras. De hecho ya han surgido

(37) Este hecho lleva a CORDERO LOBATO, "Comentario al art. 97", en *Comentarios a la ley concursal* (R. BERCOVITZ dir.), I, Madrid, 2003, pp. 1.120-1.121, a la lógica crítica de que la extinción de garantías sólo proceda en ese caso de subordinación, proponiendo extenderlo sin más a cualesquiera supuestos de subordinación, por ejemplo, por comunicación tardía. En Portugal, el art. 47.4.b) de su Ley Concursal (L. 53/2004, de 18 de marzo) prevé que serán "b) 'Subordinados' os créditos enumerados no artigo seguinte, excepto quando beneficiem de privilégios creditórios, gerais ou especiais, ou de hipotecas legais, que não se extingam por efeito da declaração de insolvência".

(38) Cfr. el magnífico estudio de PERDICES HUETOS *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2005, p. 94. Nos adelanta este autor una parte de este valioso trabajo en PERDICES HUETOS, "La clasificación de los créditos personalmente garantizados", *ADCo*, núm. 3, 2004, pp. 115-135.

varias y variadas posturas doctrinales, todas ellas igualmente respetables, pero que se agrupan básicamente en torno a: una, la interpretación literal de la norma, y otra, una interpretación correctora de ésta, pasando por los que proponen una lectura alternativa de la norma que evite el rigor de sus términos cuando de éstos se deriven consecuencias indeseables. Buena muestra de esta dualidad la brinda la Sentencia de 8 de junio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo. La sombra de algunas entidades especialmente de crédito y financiación está detrás, aunque no sea alargada.

2. Créditos por intereses

Tampoco hay que rasgarse las vestiduras por la subordinación que sufrirán los créditos por intereses de cualquier clase, sean legales, sean convencionales, explícitos o implícitos, ordinarios o incluso moratorios o de demora⁽³⁹⁾. El interés no sigue la suerte del crédito principal, no es accesorio, es propio y autónomo, y por tanto goza, muy a su pesar, de total independencia y substantividad⁽⁴⁰⁾. No tiene demasiado sentido equiparar éstos a los créditos por el principal, cuestión que podría dar cabida a una desigualdad difícil de justificar entre créditos de la misma categoría, sobre todo, si se tiene en cuenta que éstos encarecen más su precio dada la proximidad del riesgo de posible insolvencia del deudor⁽⁴¹⁾. Ahora bien, frente a lo que *a priori* parecería una opción de máximo, a saber, la de incluir todo tipo de interés, realmente ésta no es la

(39) Más problemática es la calificación de los recargos tributarios como también la de las cláusulas penales, dado que en ellos se juntan una nota indemnizatoria y otra conminatoria. La parte del recargo que absorbe el interés moratorio tiene una marcada impronta indemnizatoria, sin embargo aquello que excede del interés de demora busca forzar al deudor al cumplimiento de la deuda tributaria, ya que le impone sanciones con un plus por la tardanza. Y es esta parte la que a efectos de crédito por intereses será objeto de subordinación. Parecida es la lógica que debe aplicarse en el caso de cláusulas penales en ellas coexisten igualmente las notas indemnizatorias por el retraso que sufre el acreedor cuando se incumple el presupuesto, por lo que la pena reemplaza a la indemnización por daños y el abono de intereses salvo pacto en contrario, las cuales si habrán de subordinarse, pero también está o puede estar presente la dimensión conminatoria, sea de un modo sesgado o total, en cuyo caso los créditos que dimanen de esta dimensión no deben ser subordinados. Por tanto, si lo que prima es el carácter o la dimensión indemnizatoria con análoga función o racionalidad a la que cumplen los intereses de demora, habrán de subordinarse. Contrariamente si su *ratio* es conminar al deudor al cumplimiento o incluso sancionar a través de recargos más o menos disimulada no padecerán la subordinación.

(40) Véase entre otros ROJO AJURIA, voz "Intereses", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, p. 3.666 y ss., p. 3.667.

(41) En parecidos términos ALONSO LEDESMA, "Delimitación", cit., p. 390; también GARRIDO, "La reforma del Derecho concursal español", cit., p. 935.

solución que brinda la norma concursal⁽⁴²⁾. De este modo habrá que distinguir si el devengo de los intereses se produce antes o después de la declaración de concurso. Sólo teniendo en cuenta este límite temporal se puede llegar a una solución justa y equitativa, pues parca y raquítica sería ésta si se produce una subordinación automática de todo tipo de interés con abstracción hecha del cómo, del *quanto* y del *quando*. Obviamente, los intereses devengados con posterioridad a la declaración del concurso incorporan más riesgo que los ordinarios, ya que, aunque su existencia es anterior al concurso, su devengo y exigibilidad en cuanto fructificación de una relación obligatoria pactada *ex ante* del concurso se produce una vez que éste ya es una realidad⁽⁴³⁾. Pero la pregunta clave no es otra que la de cuestionarnos qué sucede con los intereses postconcursoales, pregunta que sólo se puede responder con una profunda y a la vez arriesgada interpretación correlativa de los artículos 59 y 92.3 de la Ley Concursal, que no son precisamente un paradigma de claridad⁽⁴⁴⁾. Lo que efectivamente no hace la Ley Concursal es delimitar de qué tipo de intereses se trata, si los preconcursales, los postconcursoales o incluso ambos. *A priori* parece que la Ley en su artículo 59 veta toda posibilidad a que se devenguen intereses una vez que se declara el concurso, ya que quedan en suspenso, salvo los correspondientes a los créditos que gozan de garantía real, que serán exigibles hasta donde se lo permita y alcance el valor de la garantía, así como los que deriven de créditos salariales que resulten reconocidos conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos, si bien la coletilla final sólo añade confusión, dado que les considera como créditos subordinados. Adviértase que si bien los créditos con garantía real siguen beneficiándose de la producción de

(42) No obstante debe reseñarse que con la auténtica chapuza jurídica que ha sido el Real Decreto Ley de 11 de marzo de 2005 de medidas urgentes para el incremento de la productividad (¿?) se han blindado los créditos que tuvieran las entidades financieras blindados con acuerdos de garantía financiera. Así las cosas, e increíblemente, se trastoca de un modo radical todo lo relativo a la ejecución de las garantías que establecen los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal, con lo que las entidades pueden ejecutar con total independencia del concurso sus garantías, entre las que sin duda incluirán el cómputo de intereses y comisiones, que de este modo escapan a las reglas de la subordinación. Más amplia y críticamente véase nuestro trabajo, VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, 2.^a ed., Granada, 2006, pp. 306 y ss.

(43) Sobre este argumento véase BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 447 y 450 a pesar de que en su momento no compartía la subordinación de los intereses devengados con posterioridad a la declaración del concurso que se infería del Anteproyecto de Ley Concursal de 2000 (su libro es de 2002). Para esta autora el tratarlos como subordinados, se estaría expropiando valor a los créditos ordinarios para redistribuirlos entre los demás acreedores concurrentes, por lo que una solución así tendría efectos perniciosos pues reduce de manera sobrevenida el valor del crédito por intereses, que *ex ante*, tendría carácter ordinario.

(44) De binomino normativo califica y también interpreta estos artículos BERMEJO GUTIÉRREZ, “El crédito por intereses en el concurso de acreedores”, *RCP*, núm. 2, 2005, pp. 235 y ss., p. 238.

intereses tras la declaración del concurso, la Ley no precisa ni señala el grado y el rango que tendrán estos intereses de créditos con garantía real, por lo que si la Ley no distingue tampoco lo vamos a hacer nosotros, de modo que estos intereses quedarán amparados por el mismo privilegio del que goce el principal, eso sí, hasta donde alcance el valor del bien objeto de la garantía ⁽⁴⁵⁾.

La razón para subordinar estos créditos responde a que incorporan un mayor riesgo que los ordinarios, pues aunque su existencia las más de las veces, y aunque la Ley Concursal no se pronuncia, es anterior al concurso, su devengo en cambio se produce una vez que éste ya se ha declarado. Es cierto que la subordinación evita que se externalice sobre los créditos ordinarios devengados antes del concurso este surplus de riesgo ⁽⁴⁶⁾. Asimismo quedan exceptuados también los créditos salariales que resulten reconocidos, créditos que devengan el interés legal del dinero. Ahora bien, los intereses quedan suspendidos, que no extinguidos ni menos cancelados, como se encarga de confirmar el propio artículo 59.2 cuando asevera que “no obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional”.

Hay que tener en cuenta que la Ley Concursal en el artículo 59, al menos en una pronta lectura, no reduce ni tampoco subordina el rango de los intereses, sino que impide, al menos eso es lo que *a priori* parece, el devengo de éstos durante la substanciación del procedimiento concursal con la excepción de los créditos salariales ⁽⁴⁷⁾. O lo que es lo mismo, simplemente los suspende pero no los elimina. Ahora bien, no perdamos de vista que los intereses en la Ley

⁽⁴⁵⁾ Se cuestiona GARRIDO, “Artículo 92”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1.664 ya que la Ley en su artículo 59 ha empleado la expresión “garantía real” y no la de “privilegio especial”, si ello ha de significar o no la extensión de este régimen especial de los intereses a los privilegios especiales que no tengan la naturaleza de las garantías reales. La respuesta es clara si se tiene en cuenta que la práctica totalidad de los privilegios especiales no son más que garantías reales, con la excepción de los privilegios refaccionarios de los trabajadores.

⁽⁴⁶⁾ Véase BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 447; contra GARRIDO, “La reforma del Derecho concursal español”, cit., p. 935, quien postula ahora la tutela de la igualdad de los acreedores para fundar en él la postergación de los créditos.

⁽⁴⁷⁾ Categórico pero también sagaz se muestra CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 61, cuando asevera que no se pueden subordinar los intereses devengados antes del concurso, pues se estaría imponiendo una norma injustificada-mente ex propietaria de los acreedores que financian al deudor a largo plazo, y, además, por una conducta que no es reprochable, sino eficiente económica y socialmente.

Concursal son vistos como créditos autónomos no accesorios de un crédito principal, y esta concepción justifica que no sigan o se aferren al rango del principal, lo que significa, salvo excepciones, que tendrán obligatoriamente el tratamiento de créditos subordinados⁽⁴⁸⁾. En modo alguno la accesoriedad puede justificar la degradación o debilitamiento de valor de estos créditos; la accesoriedad no es ni puede ser causa de la subordinación.

Aparte de la suspensión de esos intereses, el no subordinar los intereses postconcursoales puede provocar situaciones injustas y, si la Ley no ha distinguido, no lo hagamos nosotros ahora. La suspensión queda vinculada a la subordinación. El interrogante que surge a continuación es si deben o no pagarse aquellos intereses o créditos por intereses que tienen suspendido el devengo, ya que la suspensión en cierto sentido hace que el crédito no nazca. Si los intereses no se han devengado no son créditos concursales, ni siquiera potenciales, por lo que no han de computarse y consiguientemente no se han de pagar en aquellos concursos que finalicen en un convenio con quita, o simplemente un convenio que no los contempla. Máxime en aquellos supuestos en los que el concurso finaliza en una liquidación que carece de remanente o activos suficientes después de pagar el resto de créditos⁽⁴⁹⁾. Ahora bien, ¿a qué responde esta lógica? ¿Realmente la suspensión del devengo significa su no nacimiento? Como bien se ha señalado, y aunque se rompan con ello ciertos tabúes y ciertos giros doctrinales que hacen tabla rasa con los intereses postconcursoales, la suspensión del devengo de intereses significa simplemente no tomarlos en consideración en la cuantificación del crédito principal como crédito concursal⁽⁵⁰⁾. Por lo que si no se toman en consideración en realidad se siguen devengando tras la decla-

(48) En parecidos términos GARRIDO, “Artículo 92”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1.664, quien señala cómo la propia Exposición de Motivos de la Ley considera que es justamente la accesoriedad de los intereses la que, lejos de justificar que reciban el mismo tratamiento que el crédito principal, constituye la razón de que reciban un tratamiento inferior de los créditos principales, y ello a pesar de que en determinados contratos (préstamo, crédito, etc.) los intereses constituyen una auténtica contraprestación. Como acertadamente señala MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, cit., p. 69, bien es verdad que la subordinación de la deuda de intereses es aceptada como razonable, en cuanto anteponer el pago de los intereses al principal iría en contradicción con el trato paritario o equitativo, lo que se ha llamado “la comunidad de pérdidas”. En parecidos términos SASTRE PAPIOL, “Los créditos subordinados”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 3.913 y ss., p. 3.919.

(49) En parecidos términos MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, cit., p. 72.

(50) Véase el acertado y atrevido análisis de BERMEJO GUTIÉRREZ, “El crédito por intereses en el concurso de acreedores”, cit., p. 239, para quien la suspensión del devengo de los intereses es sólo una ficción, por lo que no hay que buscar justificaciones ni en la equidad ni tampoco en la insensibilidad del patrimonio del concursado.

ración del concurso, debiendo ser satisfechos dentro del procedimiento. Cuestión distinta y no por ello menos importante es incardinarlos en una u otra categoría crediticia. Pero si el interés nace del libre pacto en una relación obligatoria entre las partes anterior al concurso nada obsta su ostracismo y menos su no devengo, pues ¿acaso el interés se suspende o no se devenga para un codeudor o para un avalista, fiador, etc.? Si así fuera tampoco ellos tendrían que hacer frente al pago de intereses. ¿Qué justificación habría entonces para considerarlos como subordinados si no se devengasen? Precisamente porque se devengan se subordinan. Ese es el vínculo que ha querido el legislador, al tiempo que los ha categorizado en el último escalón de la clasificación de créditos. Y al subordinarse se debilita y degrada su posición prelatoria en el concurso. Estamos ante cantidades que fructifican en el tiempo, de un modo sobrevenido y continuo, por lo que en cierto sentido aumentan paulatinamente su volumen de riesgo. No subordinarlos implicaría la degradación total de los créditos ordinarios. Ellos solos soportarían la carga de una satisfacción crediticia *in crescendo*, lo que a todas luces es inadmisibles. Por consiguiente son los créditos postconcursoales los que primero se suspenden y por tanto no son tomados en la radiografía patrimonial del pasivo del deudor, pues los anteriores al concurso deben ser incluidos junto al principal en la valoración del crédito al tiempo de la apertura del concurso, y luego son subordinados.

Así las cosas no cabe entender que los intereses posteriores a la declaración del concurso dejan de devengarse con las excepciones que acabamos de indicar, y que únicamente los intereses que se someten a la subordinación son los anteriores a la declaración del concurso, que por ello mismo son concursoales⁽⁵¹⁾. Son los postconcursoales los que se subordinan, ya que los precursoales deben ser incluidos junto al principal en la valoración del crédito establecido al tiempo de la declaración concursual⁽⁵²⁾. Respecto de los postconcursoales el pro-

(51) Crítica PANTALEÓN, “De la clasificación de los créditos”, cit., p. 538, la incongruencia del legislador entre lo redactado en el artículo 92.3 y lo dicho en el artículo 57 de la Ley Concursal a la hora de dirimir de qué intereses estamos hablando, si los anteriores a la declaración del concurso o los posteriores. La contradicción puede llegar al absurdo de declarar subordinados los créditos por intereses devengados antes del concurso por ejemplo de los préstamos concedidos sin garantía real por las entidades financieras y no, por ejemplo, los créditos por las rentas devengadas antes de la declaración del concurso de los contratos de arrendamiento celebrados por las compañías que tienen esa clase de contratación como objeto social. Recomienda el autor una pronta intervención del legislador para evitar semejante absurdo. No obstante para CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 61, los créditos de intereses que se subordinan deben ser los créditos postconcursoales, no los precursoales, que son créditos ordinarios. Para este autor únicamente los créditos salariales son los únicos no afectados por la declaración de concurso, aparte claro está de los especialmente privilegiados.

(52) En este sentido BERMEJO GUTIÉRREZ, “Los créditos por intereses en el concurso de acreedores”, cit., p. 240.

pio artículo 59 refuerza un tanto la posición de éstos aduciendo que, en caso de liquidación, sólo si resulta remanente tras el pago de la totalidad de los créditos concursales, y por tanto también los acreedores concursales de intereses antes de la declaración de concurso, se satisfarán al tipo convencional⁽⁵³⁾.

Por tanto, todos los intereses —postconcursoales—, salvo los que dimanen de un crédito garantizado con garantía real, así como los salariales, se graduarán y calificarán como subordinados incardinándose en el tercer rango de los subordinados, inmediatamente tras los convencionales. Adviértase que únicamente enfatizamos los intereses postconcursoales pues una racional y eficaz solución exige capitalizar debidamente los anteriores al concurso, los cuales concurren al procedimiento por su valor actual junto al crédito principal. La subordinación de estos créditos por intereses es general, por lo que es irrelevante que procedan de créditos privilegiados pero no cubiertos o afectos a la garantía, o de créditos ordinarios. Incluso debe tenerse en cuenta la posibilidad de intereses devengados por los propios créditos subordinados, sean de primera o segunda clase, es decir morosos o convencionales, cuyo cobro se debería hacer en el tercer puesto que establece el artículo 92, es decir, en el de créditos por intereses, no dentro de los morosos ni dentro de los convencionales. Recuérdese asimismo que no todos los privilegios especiales pergeñados en el artículo 90 de la Ley Concursal son garantías reales, por lo que la excepción a favor de las garantías reales no les afecta y los intereses quedan consecuentemente subordinados. Eso no significa que ignoremos que en los créditos por cuotas de arrendamiento financiero, o por plazos en el caso de compraventa de bienes muebles con reserva de dominio, los intereses ya se encuentren incluidos en el cálculo del pago de las citadas cuotas o plazos en su caso. Del mismo modo, interesa reseñar la peculiaridad que tienen los intereses moratorios en el ámbito fiscal y de la Seguridad Social. Una cosa son los intereses, las sanciones y otra bien distinta los recargos, sean éstos de apremio, o de demora como cualquier otro recargo de las deudas tributarias (recargos por declaración extemporánea) y que a primera vista parece que se canalizan como intereses en realidad. Ninguno de ellos ha de tener carácter privilegiado y sí subordinado. Se ha discutido mucho sobre si tienen o no una naturaleza dual, a saber, de un lado una parte de ellos responde a una finalidad indemnizatoria, y de otro, a una finalidad penalizadora o sancionadora, por lo que la parte proporcional que corresponde a sanción debería entrar en la subcategoría de créditos subordinados por sanción, con lo que se

(53) Para CORDERO LOBATO, “Comentario art. 92”, cit., p. 1.099, lo correcto es entender que al igual que sucede con el ordenamiento alemán, el artículo 92.3 de la LC se refiere únicamente a los intereses posteriores a la declaración del concurso, lo que significaría que la subordinación sólo alcanza a los intereses de los créditos salariales. En parecidos términos se pronuncia también GARRIDO, “La graduación de créditos”, cit., p. 241.

perdería, al menos imaginariamente, un rango en el escalón residual⁽⁵⁴⁾. Ahora bien, no confundamos lo procedimental con sus específicos cauces formales, con lo que genuinamente es y debe ser en todo caso sustantivo. El que el privilegio abarque o excluya a unos recargos y a otros no, no tiene una ratio parangonable con que no haga lo mismo con las sanciones, las cuales han de quedar subordinadas en el concurso. Los recargos tributarios se integran dentro del crédito tributario y como tales son obligaciones tributarias con carácter accesorio (víd. artículos 25.2 y 58.2 LGT). Es más, incluso así lo califica expresamente el artículo 27.1 de la LGT cuando señala que el recargo por presentación extemporánea es una prestación accesoria y en este caso a diferencia de lo que sucede con las garantías, lo accesorio no sigue a los principal. La función del recargo nada o poco tiene que ver con la de los intereses y sanciones, dado que además el devengo y exigibilidad de los recargos no precluye que asimismo

⁽⁵⁴⁾ Dada la todavía escasa implantación de la Ley Concursal y por tanto dada la escasa irrupción de Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil, constituyen una valiosísima perla cuando éstas se pronuncian sobre la Ley Concursal que ayudan a pulir y limar aristas que la Ley no ha dejado convenientemente claras. Así es como ha de entenderse la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de 29 de marzo de 2005 relativa a la clasificación que a efectos concursales debe otorgarse a los recargos tributarios. La cuestión de hecho estriba en que en cuanto a los recargos, la AEAT (Agencia Estatal de la Administración Tributaria) considera que forman parte de la deuda tributaria y que deben clasificarse como crédito con privilegio general del núm. 4 del art. 91 de la LC y, en su caso, como crédito ordinario, mientras que la concursada y la administración concursal al contestar a la demanda entienden que deben clasificarse como créditos subordinados, al participar de una naturaleza sancionatoria y resarcitoria. La Sentencia, acertadamente, clasifica los créditos por recargos tributarios como subordinados en contra de las pretensiones de la AEAT, que los reconduce al privilegio general del artículo 91.4 de la norma concursal. La consideración de los recargos como una especie de multa, penalización económica e incluso de sanción pecuniaria en sentido amplio, aunque carezcan de una finalidad represiva o de castigo, se pone aún más claramente de manifiesto a la vista del art. 10.2 de la LGT, que como antes el art. 4.3 de la L. 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, establece que «... las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado». La finalidad de la consideración como créditos subordinados de los intereses y de las multas y demás sanciones pecuniarias es también aplicable a los recargos. Efectivamente, la subordinación de los créditos por intereses obedece a su carácter accesorio, como destaca la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal. Por otro lado, la razón de la subordinación de las sanciones se encuentra en que, de otra forma, se harían recaer sobre el resto de los acreedores las consecuencias del incumplimiento o infracción determinante de la sanción. Ambas circunstancias concurren simultáneamente en los recargos, en tanto que la propia LGT considera tanto los recargos por declaración extemporánea como los del período ejecutivo como obligaciones tributarias accesorias (art. 25) y, además, dado su carácter de multa o penalización económica por incumplimiento de una obligación tributaria, sus consecuencias, lejos de operar ya como estímulo para el pago del tributo, recaerían sobre el resto de los acreedores.

se exijan aquellos⁽⁵⁵⁾. Ahora bien, independientemente de la zona grisácea o de penumbra que existe en nuestra doctrina y también en nuestra jurisprudencia, incluida la más reciente de los Juzgados de lo Mercantil, en la que es discutido por activa y por pasiva la naturaleza jurídica del recargo con argumentos de todo tipo, es necesario dar una solución de equidad a la hora de clasificar los créditos consistentes en recargos tributarios, y la respuesta que ofrecemos es la de su no naturaleza privilegiada conforme al artículo 91.4 de la Ley Concursal, y sí su incardinación entre los créditos subordinados, entre otros extremos, por su carácter accesorio a la obligación tributaria principal y, por otro lado, que si ya era más cuestionable la pervivencia preferencial de los créditos hacendísticos, sobre todo cuando se predica y predicaba en algunos países su erradicación total, no podemos extender el rango prelativo más allá de la cuota tributaria, que en puridad es el tributo, o lo que es lo mismo, la cantidad que se debe ingresar en el Tesoro público en concepto de tributo⁽⁵⁶⁾. No podemos más que compartir la argumentación de la Sentencia de 6 de abril de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona cuando señala tajante pero no convincentemente que “a los solos efectos concursales recargos y sanciones deben considerarse conceptos equivalentes y, en ambos casos, *subordinados en función de su naturaleza intrínseca y no del nombre que haya querido darle el legislador*”. Esta línea argumentativa había sido seguida también con anterioridad por la Sentencia de 29 de marzo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid relegándolos a la subordinación al considerar a los recargos como figura intermedia entre las medidas resarcitorias, o lo que es lo mismo, entre intereses y sanciones. También la Sentencia de 2 de mayo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona. En parecidos términos la Sentencia de 27 de mayo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, en la que se defiende la subordinación del recargo por pago fuera de plazo sin requerimiento, entre otros argumentos basándose en la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal (apartado V) cuando asevera que uno de los motivos para la postergación de determinados créditos es precisamente la de su carácter acce-

(55) Cfr. ORDIZ FUERTES, “¿Cómo se clasifican los recargos tributarios en la Ley Concursal?”, RCP, 2005, n.º 3, pp. 321 y ss., p. 322, quien además asevera, de un lado, que el recargo por presentación extemporánea excluirá los intereses y sanciones, si la presentación de la autoliquidación o liquidación se realiza dentro del plazo de doce meses desde que haya vencido el plazo y, de otro, que los recargos e intereses de demora derivados de la presentación extemporánea no impiden en ocasiones la exigencia de los recargos e intereses del período ejecutivo ex art. 28.3 LGT, siendo por lo demás los recargos del período ejecutivo incompatibles entre sí; sólo el recargo de apremio ordinario es compatible con la exacción de los intereses de demora.

(56) Vid. para mayor profundidad, VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, 2.ª ed., Granada, 2006, pp. 234 y ss.

sorio del crédito, como ocurre precisamente con los créditos por intereses, los cuales serán calificados como subordinados aún cuando también formen parte integrante de la obligación tributaria. Y es que los jueces, aunque llegan a una solución a nuestro juicio lógica, coherente y racional pese al salto en el vacío y el silencio del legislador que no quiso o no pudo brindar claridad alguna, parecen olvidar que los recargos son una parte más de la deuda tributaria, radicalmente diferente a los intereses y que, por otra parte, las sanciones tributarias nada tienen que ver con la deuda tributaria, por lo que equiparar y anudar la misma consecuencia jurídica, esto es, la subordinación conforme al artículo 92 de la Ley Concursal, a intereses, sanciones y recargos no es un mero disparate⁽⁵⁷⁾.

Si la solución concursal es la liquidación los créditos por intereses post-concursales se satisfarán después de los ordinarios o comunes y dentro de la clase de subordinados y en el orden que les corresponda. En efecto, los créditos por intereses ocupan el tercer puesto entre los subordinados, por lo que no es admisible salvo una subordinación convencional total que se satisfagan por detrás de todos los subordinados. Ni el artículo 59 ni menos el 92.3 de la norma concursal implican un relegamiento subordinado a su vez a la subordinación de los créditos por intereses. El artículo 92.3 lo que hace es asignar específicamente el puesto subordinado que corresponde a los créditos por intereses. Y ese puesto significa la satisfacción completa de los créditos que le anteceden y la suya propia en el momento que les corresponde por delante de otros subordinados de peor orden prelatorio, pero no significa su relegación total y por tanto su abono cuando ya todos los subordinados hubieren sido satisfechos. Nada le hubiere costado al legislador haber previsto tal contingencia, para lo cual simplemente bastaría con crear al efecto una nueva categoría. De no existir patrimonio suficiente para satisfacer el pago de estos créditos subordinados por intereses, lo cual no será precisamente infrecuente, el pago se hará a prorrata. El valor de los créditos vendrá determinado por la referencia al tipo de interés que las partes hubieren estipulado —interés convencional— y, en su defecto, por el interés legal.

Cuando la solución al concurso es la convenida tanto la suspensión “material” como la subordinación de los intereses surten igualmente efectos. Los intereses se suspenden de un modo ficticio en aras de cuantificar los créditos en el momento de la apertura del concurso, pero continuarán devengándose en tanto se sustancia el procedimiento concursal, con la condición eso sí de ser subordinados quedando sometidos a las resultas del convenio. De este modo si

(57) Contraria a esta asimilación ORDIZ FUERTES, “¿Cómo se clasifican los recargos tributarios en la Ley Concursal?”, cit., p. 325.

el convenio prevé una quita o, lo que es lo mismo, estatuye un pacto de *non petendo* del tanto por ciento que sea, indudablemente también afecta a los subordinados por intereses. Como cualquier otro crédito concursal sufrirá idénticas quitas y esperas. Sería cuestionable la admisibilidad o no de aquel convenio que acordase una quita total para los créditos por intereses o una quita más severa para los créditos por intereses que para los créditos ordinarios. Como tendremos ocasión de analizar, los acreedores subordinados no participan en la consecución del convenio, siendo los demás acreedores —específicamente los ordinarios, ya que la participación de los privilegiados es meramente potestativa—, los que deciden en cierto modo sobre la suerte y el grado de satisfacción de los créditos subordinados, si bien como es lógico habrá una serie de límites que no podrán franquear en detrimento del resto de acreedores, significativamente de los subordinados. De lo contrario la posición de éstos quedaría al albur, capricho y merced de aquéllos. No parece que sea justo que quien decide y también monopoliza sin apenas injerencias el convenio haga más severo el régimen de quitas o de esperas a quien no tiene derecho a participar ni votar en él, por lo que no creemos que fuere admisible una quita más onerosa o gravosa para los subordinados⁽⁵⁸⁾. No olvidemos que los efectos del convenio no se proyectan sobre las personas, sobre los acreedores, sino sobre los créditos de estos acreedores, lo cual no carece precisamente de trascendencia. Sólo de un modo reflejo incide en el sujeto titular del crédito. Ahora bien, eso no significa que un acreedor que pasa por el convenio sea titular tanto de créditos ordinarios como subordinados, e incluso de créditos privilegiados. Él, en tanto acreedor, no queda vinculado como sujeto por el convenio, son sus créditos, por lo que incluso en el supuesto de ser titular de créditos de todas las categorías le afectará obligatoriamente el convenio en caso de créditos ordinarios y subordinados, pero sólo potestativamente de los privilegiados. Y es que el contenido del convenio está diseñado sobre todo para los acreedores titulares de créditos ordinarios, quienes deliberan, votan y se adhieren a un convenio hecho a su medida. Sólo facultativamente un privilegiado pasará por el convenio, lo cual no será frecuente, sobre todo en el caso de privilegio especial.

Otra cuestión, y no menos relevante al menos desde un punto de vista cuantitativo, es dirimir si cabe variar el cómputo de los intereses pactados; es decir, ¿sería lícito que el convenio optase por estipular el tipo de interés —convencional o legal— que resulte menos oneroso para la masa ignorando lo pactado por las partes? No parece que sea posible tamaña postura dado que se vulnera lo libremente pactado por las partes, entre las que se sitúa tanto la rentabilidad como el riesgo de la operación. Es cierto que en un procedimiento

(58) Confirma esta posición GARRIDO, “Art. 134”, *Comentario de la Ley Concursal*, II, cit., p. 2.228; en contra BERMEJO GUTIÉRREZ, “El crédito por intereses”, cit., p. 244.

concurzal pueden existir acreedores por intereses con tipos referenciales totalmente desajustados unos de otros, pero toda nivelación tanto mínima como máxima exige el consentimiento de todos los afectados ⁽⁵⁹⁾.

Por tanto, y pese a la deliberada pero también excesiva amplitud de la redacción dada al artículo 92.3 de la Ley Concursal, únicamente han de subordinarse aquellos intereses que se devenguen tras la declaración del concurso. La suspensión es un efecto del propio concurso y la subordinación lo es de las reglas de prelación que estatuye la Ley. No confundamos ni menos trivialicemos este binomio. Una cosa es la suspensión, que no eliminación o extinción, y otra bien distinta la subordinación. No confundamos la circunstancia con la consecuencia. Los anteriores son créditos efectivos y existentes al momento de la apertura del procedimiento concursal, por lo que concurren ya al procedimiento por su valor actual junto al crédito principal. No es otro el tenor que se desprende del dictado del artículo 94.2 cuando se refiere a que los créditos reconocidos incluidos en la lista de acreedores lo harán por su cuantía total, capital o principal e intereses. Éstos deben capitalizarse debidamente y gozarán de la misma preferencia, si la tuvieran, que aquella de la que goza el principal. Su monto forma parte del valor del crédito como un todo antes de la declaración del concurso sin que les afecte la degradación que sufren los intereses devengados con posterioridad a la fecha de declaración. Ahora bien, como es fácil adivinar, y pese al silencio del legislador, tampoco los intereses de aquellos créditos que surgen como deudas de la masa han de subordinarse, entre otros motivos porque no son créditos concursales. Son créditos que quedan al margen de cualquier efecto del concurso, por lo que es inaplicable tanto la regla de la suspensión como también la de subordinación. ¿Acaso es imaginable que el viejo superprivilegio del artículo 32 del ET ahora reconducido artificioosamente por el legislador a sede de créditos contra la masa (artículo 84.2.1 de la LC) vea subordinados los intereses que pueda generar? El potencial interés que devenguen en caso de retraso en su pago no sería nunca objeto de subordinación estamos ante créditos prededucibles a los que no afecta el concurso. Del mismo modo escapan a esta suspensión-subordinación, de un lado, los intereses pos-concursales que dimanen de créditos tutelados por privilegio, si bien hasta donde alcance el propio privilegio, que se traduce en la garantía misma, y quedando el resto del montante de intereses sumido en la subordinación. El legislador únicamente ha optado por excepcionar de la subordinación los crédi-

(59) Sugiere BERMEJO GUTIÉRREZ, “El crédito por intereses”, cit., p. 245, la búsqueda de fórmulas alternativas a similitud del derecho inglés, como es el establecimiento de un mínimo que deba satisfacerse a todos los acreedores a fin de reducir las posibles desigualdades. Para esta autora es viable en el caso de que la solución concursal sea la convenida calcular y aplicar el tipo de interés que sea menor, ya sea legal o convencional. En cambio si la solución es la liquidación el cálculo se hará al tipo de interés pactado.

tos por intereses que dimanen de créditos que gocen de garantía real, por lo que parece que el resto de créditos privilegiados en principio no debería seguir esta suerte. Solución a todas luces incongruente ⁽⁶⁰⁾. De otro lado, también se exceptúan los ya mencionados intereses que deriven de créditos salariales, créditos que no sean prededucibles o contra la masa y que no sean privilegiados, como lo son los refaccionarios y los salariales del artículo 91.1, ya que éstos ya se exceptúan por el motivo anterior. Sólo devengándose intereses por las pretensiones salariales tras la declaración concursal se consigue no devaluar el crédito salarial durante la substanciación del procedimiento concursal. De lo contrario aquél acaba por diluirse en su substancia, que no es otra que la del pago íntegro al trabajador.

3. Créditos derivados de multas y sanciones

Igual de razonable es que la ley convierta en créditos subordinados a los derivados de multas y sanciones pecuniarias impuestas al deudor. De lo contrario quienes realmente se ven atenazados por estas sanciones son precisamente quienes nada tienen que ver con la conducta infractora o incumplidora del sujeto pasivo, que no es otro que el deudor, es decir, el resto de la masa pasiva de acreedores. No hay que culpar a extraños de las negligencias o desidias del propio deudor. Si el concursado ha cometido un acto sancionable u objeto de sanción, el cobro de tal sanción como crédito ordinario acabaría perjudicando precisamente a esta clase de acreedores, de ahí que precisa y acertadamente sean relegados por Ley. De lo contrario trasladaríamos el peso de la sanción a quien ninguna culpa, y además pocas expectativas de cobro, tiene.

Las multas, como toda otra sanción, cumplen una función preventiva que únicamente se cumple si finalmente recaen sobre el causante real de una conducta o comportamiento ilícito. Si éste puede soslayarla o trasladarla a otros actores la función preventiva, amén de represiva, aparte de ser ilusoria es totalmente perniciosa. El que cumpla una función represiva en tanto sanción pecuniaria viene de la mano de la exigencia de una responsabilidad propia que debe asumir el actor y que no debe trasladar a otros, a terceros, especialmente al resto de acreedores, pues si así fuere el castigo recaería sobre sujetos que no son merecedores ni nada han hecho para asumir tal responsabilidad. No cabe por tanto ni debe ser admisible que se desplace la responsabilidad del deudor sobre terceros no responsables. Pensemos en el supuesto de los recargos tributarios o sanciones por incumplimiento de las obligaciones de la seguridad social. En definitiva, el legislador español no hace sino trasladar a nuestro ordenamiento

⁽⁶⁰⁾ Decididamente a favor de esta asimilación y beneficio a la interrupción y subordinación de los intereses que dimanen de un crédito que goza de garantía real con el del resto de créditos privilegiados BERMEJO GUTIÉRREZ, "El crédito por intereses", cit., p. 248.

el párrafo 39 de la *Insolvenzordnung* alemana de 1994. Nada que objetar en suma a la subordinación de estos créditos, unos créditos que no sufren además reducción porcentual alguna en su importe, a diferencia de lo que sucede con los créditos de titularidad pública sobre los que recae un privilegio general, únicamente sobre una parte del crédito, el cincuenta por ciento.

Las sanciones pecuniarias abarcan un amplio abanico de modalidades, pero todas tienen como denominador común su carácter de sanción económica; así, las multas, las multas coercitivas, recargos sancionadores, incluso los recargos de apremio y de demora cuando los intereses vayan más allá de lo que pueda justificarse como daño por impago, etc. ⁽⁶¹⁾. A nuestro juicio, y pese a la impronta pública que inicialmente pudiere desprenderse de toda sanción o multa, nada obsta la posibilidad de que revistan semejante rango y calificación aquella cláusula penal prevista en un contrato siempre que dicha cláusula penal no se corresponda con los daños causados y sufridos por la contraparte contractual ⁽⁶²⁾.

4. Créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado

Pero donde realmente creemos que el legislador se ha extralimitado es en la consideración de subordinar aquellos créditos en los que el acreedor o titular fuere alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, sobre todo en el caso de personas naturales. Aquí la medida y la prudencia han sido desterradas a cambio de una excesiva severidad motivada por una obsesiva desconfianza del legislador ⁽⁶³⁾. Sin lugar a dudas la determinación legal de la naturaleza marginal o residual de las personas especialmente relacionadas con el deudor trasciende el resto de causas de subordinación, dado que presenta una fisonomía peculiar y propia que la distingue y aleja del resto de créditos subordinados, un alejamiento que incluso va más allá, dado que parece querer llegar más lejos que los mismos principios jurídicos políticos que inspiran el sistema

⁽⁶¹⁾ Conforme GARRIDO, "Artículo 92", *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1.665.

⁽⁶²⁾ Cfr. GARRIDO, "Artículo 92", *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1.665. contra MONTÉS, "El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal", cit., p. 73.

⁽⁶³⁾ Sobre el concepto de persona especialmente relacionada con el deudor véase el artículo de GUASCH MARTORELL "El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal", *RDM*, n.º 254, 2004, pp. 1.417 y ss.

graduatorio crediticio ⁽⁶⁴⁾. La relevancia y repercusión práctica que va a tener esta causa de subordinación es extraordinaria, y no sólo de cara al propio procedimiento concursal sino, lo que es más importante, va a suponer a la larga un cambio en los tradicionales canales de distribución del riesgo empresarial insito en la concesión de financiación externa. No van a ser pocos los interrogantes y dudas que por el camino va a ir dejando esta causa de subordinación. Sin encomendarse a nadie se procede a una doble delimitación de esta clase de acreedores subordinados; a saber, primero se incluye una lista de personas o individuos que de un modo u otro, por un vínculo u otro, indefectiblemente se hallan unidos o *especialmente* relacionados al concursado, sea éste persona física o jurídica y, de otro, se establece una presunción *iuris tantum* de esa condición a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualesquiera de las personas incluidas en aquella lista.

En efecto, la Ley Concursal configura una detallada lista de sujetos a quienes considera, básicamente a través de presunciones *iuris et de iure*, como especialmente relacionados con el deudor, los enumera exhaustivamente y sin atisbo alguno de posibles excepciones o dudas. Es una lista cerrada e inalterable basada sobre todo en circunstancias permanentes, como es el vínculo sanguíneo, de modo que quien en ella se encuentra se ve afectado por unas consecuencias determinadas: la subordinación automática de su posible crédito. No hay término medio, se busca una total seguridad jurídica en este *numerus clausus* aun a costa de generar perversos incentivos y aptitudes de cara al futuro. A pocos se les debe escapar que, en el fondo, en quien estaba realmente pensando el legislador era y es en el fiador o en el avalista, en ese acreedor ordinario por un crédito personal que afianza al hijo, al cónyuge o pareja de hecho, o a la sociedad matriz y a su filial, y que por su especial vínculo o ligamen con el deudor se le califica como acreedor subordinado. Queda contaminado, manchado por ese nexo sin importar causas y circunstancias.

Ahora bien, el propio artículo 93.2 señala que los créditos subordinados requieren una especial relación entre el titular del crédito y el concursado deudor, pero ¿qué hemos de entender por especial relación? Simplemente una relación de vinculación con el deudor, de cercanía, de trato y conocimiento, con independencia tanto de las causas de los créditos de estas personas como

⁽⁶⁴⁾ En parecidos términos IGLESIAS/VAQUERIZO, “Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, cit., p. 3.735.

de sus propias conductas⁽⁶⁵⁾. Es obvio que habrá casos en que la proximidad, afinidad y cercanía de algunas personas al deudor insolvente haga prácticamente inevitable que conozcan en buena medida, que no absolutamente, la situación patrimonial y financiera del concursado. Por todos es conocido que las dificultades o estrecheces financieras y de liquidez de una sociedad son un asunto confidencial y delicadísimo; baste pensar la repercusión que tales hechos generarían en el mercado en el caso de sociedades cotizadas, frente a inversores, analistas, agencias de rating, accionistas, etc., y es cierto que a los administradores de la sociedad debe exigírseles que informen de ello en cualquiera de las formas que legalmente estuvieran obligados a hacerlo (así es como ha de entenderse el tenor del segundo párrafo del art. 127.1 quáter de la LSA), bien sea a través de la contabilidad, por hechos relevantes, etc., pero la realidad hace que los espesos mantos del silencio engañoso y los intentos de huida hacia delante desaconsejen tales actitudes (más bien aconsejan equivocadamente hacer lo contrario)⁽⁶⁶⁾. Pero también es obvio que es mucho más dudoso que un acreedor que tiene una especial relación con el deudor concursado se vea subordinado por el hecho de que no tenga esa especial relación con un avalista del deudor concursado o con el tercer poseedor de la finca objeto de la garantía que además no está concursado. Se sanciona indirectamente el poseer información, la más precisa información financiera, que en no pocas ocasiones deja mucho que desear. Ahora bien, lo que resulta inadmisibles es que por el mero hecho de ser una persona con un vínculo especial con el deudor, por ese simple hecho y sin prueba en contrario se le califique de un determinado modo porque se presume que tiene una información superior a la que pueden tener otros acreedores privilegiados. Es absurdo y la práctica pronto se encarga de desbaratar semejante presunción. En efecto, a pocos se escapa que la información en poder o de que puede disponer un socio frente a la sociedad es irrelevante o mínima respecto de la que puede llegar a tener y disponer un acreedor privilegiado por antonomasia, una entidad de crédito. La información que llegan a tener estas entidades profesionales no es comparable a la que puedan poseer los socios de una sociedad o de un grupo. Estas entidades, además de la información económica y financiera a la que tiene acceso *ex ante*

(65) Para ALONSO LEDESMA, “Artículo 92. Créditos subordinados”, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., p. 929, la subordinación de créditos resulta, ante todo, una medida profiláctica que impide que personas que por su posición conocen perfectamente la situación financiera del deudor, o que quienes no financiaron adecuadamente al deudor debiendo haberlo hecho, aparezcan como acreedores, en ocasiones con sus créditos garantizados, desplazando las pérdidas económicas a los demás acreedores del deudor.

(66) Sobre los deberes de los administradores véase el minucioso estudio de EMBID IRUJO “Los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas. (El artículo 114 de la Ley del Mercado de Valores)”, *RDBB*, n.º 96, 2004, pp. 7 y ss.

de la concesión de un crédito o financiación, accederá además y a modo de obligación colateral del préstamo a las cuentas anuales de la sociedad depositadas en el Registro Mercantil, a la Central de Información de Riesgos o CIR, al Registro de Aceptaciones Impagadas o RAI, y al registro de morosidad de la asociación nacional de entidades de financiación. Pero esta ha sido la opción legislativa dada en la Ley Concursal, en la que simplemente se ha partido de una imputación de información o acceso fácil a esa información a unas determinadas personas concretas ⁽⁶⁷⁾.

Y es que, en definitiva, ser una persona especialmente relacionada con el concursado significa una cierta ligazón o vínculo con el deudor por una relación, sea jurídica, sea económica o sea finalmente afectiva, que el legislador ha considerado relevante dentro de la situación concursal. Ahora bien, esto no es óbice para su generalización, y mucho menos para tratar todos los supuestos con igual rasero. Precisamente en no pocas ocasiones los más allegados son los últimos en enterarse de la dramática situación económico-financiera e incluso personal del deudor. Llegados a este punto el legislador rompe y rasga la objetividad que hasta el momento presidía el resto de las *causas de subordinación* y se parapeta en la subjetividad, en las personas, en las circunstancias subjetivas del acreedor. El gran error estriba en ese desmedido afán por parte del legislador de proteger a ultranza a los acreedores externos en detrimento de los acreedores internos, acusando a estos últimos de actuar sin beneficio alguno de una mínima pero también razonable duda, de una manera prácticamente dolosa y con ánimo defraudatorio de los intereses del resto de acreedores, lo cual simplemente, es exorbitante. Y este hecho es notoriamente injusto e injustificable, pues presupone, ya no siquiera presume, unas conductas y unas actuaciones en todas y para toda circunstancia. No caben excepciones, no caben distinguos ni posibilidades de destruir presunciones salvo en el supuesto más residual de créditos salariales. En cuántas sociedades de cuño personalista los socios son a su vez acreedores de la propia sociedad, en tanto prestamistas a escaso o incluso sin ningún tipo de interés. Cuántas veces se exige a socios, administradores o altos cargos prestar fianza o aval a favor de la propia sociedad. Y ¿qué sucede con estos socios?, ¿y si pagan al exigírsele la fianza?, ¿qué condición tienen como acreedores de reembolso en el concurso?, ¿ha de presumirse que un socio

(67) Véanse las reflexiones de SÁNCHEZ CALERO, “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, cit., pp. 3.902 y 3.903. También RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “La responsabilidad de las entidades financieras por errores en la aportación de datos a los registros de morosos”, *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 103 y ss.

que presta a la sociedad esconde u oculta una aportación de capital a través del préstamo?, ¿acaso un socio de trabajo o industrial está al tanto de la gestión social?

De otra parte esta sanción y postergación implica prejuzgar la conducta del titular acreedor sin ni siquiera un beneficio de duda ⁽⁶⁸⁾. Se ha optado sin disimulo alguno, por una rotunda contaminación del posible crédito de la persona especialmente relacionada con el deudor. El automatismo legal puede conducir a abusos e injusticias manifiestas dado su tamiz abiertamente sancionador. Para muestra un botón. Una muestra que es reflejo de la enorme problematicidad que en la práctica se va a crear.

Analizaremos a continuación la compleja situación, pues el descalabro literal de la dicción del artículo 87.6 es perverso, planteada en materia de créditos afianzados que disfrutan de la fianza de un tercero. Y los supuestos como los planteamientos son múltiples. Así, si un acreedor tercero y, por tanto, no especialmente relacionado con el deudor, tiene un crédito con éste que precisamente ha sido avalado o afianzado por una persona especialmente relacionada con dicho deudor, semejante crédito tendrá la condición de crédito subordinado dado que existe un crédito concursal a favor de la persona especialmente relacionada con el deudor. El crédito del avalista, por tanto, se contagia o contagia de la misma calificación que el que tuviere el avalado. Ahora bien, si un socio del deudor o administrador hasta hace un año del concursado, y en consecuencia especialmente relacionado con él, tuviere un crédito contra éste, crédito que está afianzado por un tercero, que satisface con su garantía aquel crédito, tendrá un crédito ordinario, nunca privilegiado, en el concurso, con independencia de que a la hora de formarse la lista de acreedores dicho crédito fuese calificado inicialmente como subordinado (véase el artículo 87.6 de la LC).

Pensemos también en el supuesto de acreedor ordinario que aceptó el aval o fianza de la sociedad matriz de la sociedad prestataria; sólo por este hecho vería calificado su crédito comunicado al concurso como subordinado. Del mismo modo, si la sociedad matriz hubiese realizado el préstamo a su filial pero garantizándose ante el evento del concurso de la filial mediante el recurso a un fiador ordinario o privilegiado, indudablemente comunicaría su crédito como subordinado, y el fiador debería hacer otro tanto no obstante la calificación

(68) No comparte la calificación de sanción GARRIDO, "Artículo 92", *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1666, quien ve en la subordinación de los créditos de los sujetos especialmente relacionados con el deudor una función esencialmente indemnizatoria.

abstracta de su crédito como ordinario o privilegiado⁽⁶⁹⁾. Sin embargo, la situación cambia como es lógico si el fiador hubiese pagado *antes* de la apertura del concurso⁽⁷⁰⁾. El dictado pero también el sentido del confuso artículo 87.6 de la LC es la del pago postconcurusal del fiador, careciendo de sentido el pago anterior a los efectos de este artículo, dado que en este caso el acreedor satisfecho por el fiador difícilmente va a insinuar su crédito. No es menos cierto que el artículo 87.6 es proclive a los supuestos de subrogación, mientras que el apartado 7.º del mismo artículo vela más por la vía del regreso, dado que está pensando en aquel fiador que hubiere satisfecho parte de la deuda con anterioridad al concurso. En este caso el fiador comunicará su crédito de regreso actual, claro está, sin intervención alguna del acreedor ya satisfecho, sea éste como reembolso *ex art.* 1838 CC, sea como acción personal que supone el efecto extintivo del pago de la obligación principal, sea como subrogación *ex art.* 1839 CC, es decir, como nuevo titular del crédito que no sucumbe como consecuencia de su pago. Y es que la polémica viene por aclarar si el fiador tiene una única acción o dos, es decir, la de reembolso, como preconiza el artículo 1838 del Código Civil, y la de subrogación, regulada en el artículo siguiente. No en vano la dicción del artículo 87.7 dice que en aquella solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda⁽⁷¹⁾. La cuestión

(69) Plantea CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 249, el supuesto de que, siendo subordinado el crédito principal, y ordinario o privilegiado el crédito de reembolso (esto es: el acreedor es un *insider* del deudor y el fiado no), ¿se contamina este fiador del carácter subordinado? Indudablemente, no se contamina. Como bien señala, la contaminación no puede fundarse en que el garante se subrogó preconcursalmente en el crédito del acreedor *insider*, con todas sus condiciones. La subrogación no puede nunca convertirse en un instrumento que se utilice para empeorar la condición del crédito de reembolso que al fiador le corresponde por derecho propio.

(70) Como ya hemos avanzado *supra* en este caso la regla prevalente no es la del apartado 6 del artículo 87, sino la del apartado 87 de la Ley Concursal; vid. MARTÍNEZ ROSADO, "Comentario a la sentencia núm. 35, de 22 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, relativa a la clasificación de los créditos que gozan de fianza de tercero", cit., p. 255.

(71) No está de más advertir que el derecho de crédito de aquel fiador que paga puede estar protegido de dos formas bien distintas y sin embargo siempre confundidas por unos y otros; así, o bien a través de una acción de regreso o de reembolso o bien subrogando al fiador en los derechos que tenía el acreedor pagado. Recuerda Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., p. 440, que la subrogación, al convertir al fiador en titular del crédito pagado, le atribuye algo que la simple acción de reembolso o de regreso no le da, como son los accesorios de que el crédito estuviese revestido y, en especial, los privilegios, preferencias y garantías de otro tipo de que el crédito dispusiera.

toma otro cariz si el pago se hace antes de la comunicación de los créditos pero una vez declarado ya el concurso, por lo que la solución no debería diferir de la que se brinda cuando el pago se produce una vez fijada la lista de acreedores.

Así las cosas, si el acreedor, incluso acreedor especialmente relacionado con el deudor, hubiese recibido el pago del fiador ordinario antes de la apertura del procedimiento concursal, sería un acreedor ordinario, no subordinado, por lo que tampoco extiende esta hipotética contaminación al garante que ahora actúa en regreso. Como es lógico, el concurso no puede extender las consecuencias de la calificación a actos previos y debe sólo contar con los créditos existentes a su apertura. Cuestión distinta serían los créditos contingentes y los sometidos a condición suspensiva. No obstante, y de modo preventivo, siempre quedarán las correspondientes acciones de la administración concursal para la impugnación de los actos anteriores perjudiciales (arts. 71 y ss. de la LC). La cuestión cambia si ya se ha producido el auto declaratorio del concurso y, al mismo tiempo, si ya se ha producido la calificación de ese crédito de acuerdo con el párrafo segundo del art. 87.6 de la LC; esta calificación no debe ser alterada por el ejercicio del regreso del fiador, lo que puede llevar incluso, y como se verá, a excluir la posibilidad de una acción de reembolso en favor de la acción de subrogación, como hasta cierto punto parece apuntar el párrafo primero del art. 87.6 de la LC ⁽⁷²⁾. Como es fácilmente deducible, la norma —pensada para el supuesto estrella, que no es otro que el de la fianza—, pese a su silencio y a cierto descalabro léxico-legislativo, se limita al supuesto de que el fiador haya pagado después de declararse el concurso y, además, y más importante, que si este fiador que paga es persona especialmente relacionada con el deudor no pague tratando de eludir la norma, pues en cierto sentido pagaría para subrogarse en la posición del acreedor que no estaría contaminado por la subordinación ⁽⁷³⁾. Pero qué pasaría por ejemplo si el fiador comunicó temporaneamente su derecho y no así el acreedor principal, a quien única y exclusivamente es imputable su no actuación sea ésta consciente o no. ¿A quién perjudi-

⁽⁷²⁾ Para mayor profundidad, véase PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, cit. pp. 85 y ss, a quien seguimos en este punto.

⁽⁷³⁾ Como bien señala CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 238, en caso contrario no se explicaría que el acreedor común vea reconocido su crédito por entero. Muy críticas se muestran BETANCOR SÁNCHEZ/ESTUPIÑÁN CÁCERES, “A propósito del artículo 87.6 de la Ley Concursal”, *RCP*, n.º 3, 2005, pp. 179 y ss., p. 183, cuando analizan el alcance de la frase “la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador”; señalan que se sacrifica así el interés del acreedor afianzado sin justificación ni razonabilidad alguna. En cierto sentido se le hace de peor condición que a aquel acreedor que por el contrario no goza de fianza alguna. Igualmente el excepcional estudio de PERDICES HUETOS, “La clasificación de los créditos”, cit., pp. 134 y ss.; también ROJO, “La clasificación de los créditos concursales con garantía personal”, cit., p. 536.

cará la comunicación tardía del crédito? En este caso, no hay razón para sancionar al fiador por un hecho ajeno a su esfera y dependiente únicamente del acreedor.

A nuestro juicio, y de cara a evitar posibles connivencias defraudatorias pero también manifiestas injusticias [—como sería la paradoja de que un acreedor garantizado puede verse más perjudicado que un acreedor no garantizado—], la solución idónea pasaría por aplicar este artículo a aquellos que tengan la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor, es decir, los fiadores, avalistas o deudores solidarios de los acreedores que tengan esa condición, así como los acreedores que hayan recibido fianza, aval o garantía equivalente de persona especialmente relacionada con el deudor. Antes de aceptar una garantía personal, un aval o un coobligado solidario, el acreedor titular del crédito debe realizar una minuciosa labor de exégesis para saber la condición cualitativa del avalista, fiador o codeudor solidario, lo que puede ser harto complicado y hasta imposible de cara al futuro, pues puede comprobarse la situación pasada y hasta presente pero nada más ⁽⁷⁴⁾. Pues ¿qué entidad de crédito va, a partir de la Ley Concursal, a aceptar una fianza para garantizar el crédito si el fiador sospechosamente es persona especialmente relacionada con el deudor o puede serlo? Si esto es así no tardarán las entidades bancarias en buscar soluciones que solventen tamaño problema, como rechazar fiadores sobre los que recaiga la sospecha de subordinación al estar especialmente relacionados con el deudor, y exigirles en cambio que figuren como deudores o codeudores solidarios, bien por la totalidad, bien fraccionariamente hasta completar la cuantía del crédito, en cuyo caso ya no serían solidarios sino independientes ⁽⁷⁵⁾. En este caso no habría fianza, sino coobligados solidarios en un supuesto, e independientes en el otro, al pago de la misma principal para todos. El resto de hipótesis ni se agravan ni se perjudican, pero tampoco son más onerosas en puridad para el concurso, pese al dictado un tanto enigmático del artículo 86.7 de la norma

(74) Así las cosas no han de extrañarnos las palabras de CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 241, cuando señala, ante la posibilidad de que el acreedor acabe contaminado por la condición de *insider* del fiador, que es preferible que éste acabe renunciando en el contrato de fianza a todo derecho de regreso que tenga contra el deudor principal, impidiendo de este modo que se insinúe como acreedor en el concurso de éste. Pero hemos de preguntarnos entonces a dónde conduce esta situación, pues ¿qué fiador es capaz de renunciar al regreso?, ¿y a cambio de qué? ¿Acaso un acreedor a la hora de hacer valer su posición creditural en el concurso no está obligado a declarar todas y cada una de las garantías que tratan de blindar su crédito?

(75) En parecidos términos BETANCOR SÁNCHEZ/ESTUPIÑÁN CÁCERES, “A propósito del artículo 87.6 de la Ley Concursal”, cit., p. 184.

concurzal ⁽⁷⁶⁾. Artículo que, pese a su compleja exégesis, no quiere sancionar ni punir, sino evitar subterfugios legales que traten de eludir y menoscabar una sanción; es decir, que quien sabe que va a calificarse su crédito como subordinado, y esta clasificación opera de un modo automático, no trate de escapar de esta situación —para lo que tratará de subrogarse *ipso iure* en una mejor posición, cual es la del acreedor titular del crédito que ahora lo ve satisfecho— ⁽⁷⁷⁾. El problema es que si hay subrogación también la hay en todos los accesorios, privilegios y prebendas que tenga el derecho del acreedor, pero no sucede así si lo que se produce es un reembolso o regreso. No perdamos de vista que no se califica objetivamente un crédito, sino subjetiva y cualitativamente al titular de ese crédito ⁽⁷⁸⁾. Cuando este artículo señala que en la calificación de los créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y fiador, simplemente trata de hacer un brindis a la subordinación, pues ciertamente esta calificación resulta desde un punto de vista tanto creditual como económico la menos gravosa para el concurso ⁽⁷⁹⁾. Esto explica esa simbiosis calificatoria unitaria para ambos, acreedor y fiador,

⁽⁷⁶⁾ Como acertadamente señala PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso*, cit., p. 83, la norma del art. 87.6, párrafo segundo, de la LC persigue, y así se debería interpretar, la finalidad de asegurar la eficacia de las nuevas reglas de subordinación de créditos. En efecto, el legislador pretende que *la subordinación que debe tener un crédito en el concurso no quede frustrada por el ejercicio del regreso, sea por la subrogación del fiador subordinado en el crédito del acreedor principal ordinario, sea por el reembolso del fiador ordinario en el caso del crédito subordinado del acreedor principal*.

⁽⁷⁷⁾ Sobre la automaticidad de la sustitución por la mera comunicación a los administradores del concurso véase VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario a art. 87”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, (CORDÓN MORENO dir.), Cizur Menor, 2004, p. 696; en la misma línea MARTÍNEZ ROSADO, “Comentario a la Sentencia núm. 35, de 22 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid”, *RCP*, 2005, n.º 3, p. 256. Nuevamente PERDICES HUETOS, “La clasificación de los créditos”, cit., pp. 134 y ss.; ROJO “La clasificación de los créditos”, cit., p. 536.

⁽⁷⁸⁾ Acertadamente y desde una interpretación finalista del artículo 87.6 MARTÍNEZ ROSADO, “Comentario a la Sentencia núm. 35, de 22 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid”, cit., p. 260, señala que antes del pago hecho por el fiador el crédito de éste tiene (tendría), a lo más carácter contingente, por lo que carece de sentido que de manera implícita, y teniendo en cuenta la prohibición de doble reconocimiento en el concurso, se deba calificar el crédito actual con la calificación que corresponda a un eventual crédito contingente. Resulta —añade el autor— más coherente calificar aquél con arreglo a lo dispuesto en los arts. 89 y ss. de la LC y, en su caso, modificar dicha calificación una vez que el fiador realice el pago.

⁽⁷⁹⁾ Sobre esta cuestión incide la Sentencia de 22 de marzo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, cuando asevera que el inciso de “la menos gravosa” representa la fuente de la polémica. Se trata de determinar cuáles son los créditos que en su calificación deberá optarse por “la que resulte menos gravosa para el concurso”. Dicha sentencia señala que

configurada sobre la base de la menos gravosa para el concurso, y ésta no es otra que la subordinada, entre las que les correspondan, y ello tanto para la comunicación del crédito del acreedor principal como para la comunicación del crédito contingente del fiador. Es decir, que la calificación que deriva del art. 87.6, párrafo segundo, de la LC debe ser válida e igual para ambos créditos, el actual del acreedor y el contingente de su fiador o garante, y ambos estarán sujetos a ella con independencia de que ambos comuniquen sus créditos o lo haga uno sólo de ellos. Parece que el espíritu y finalidad de la norma es evitar que por el mecanismo de la sustitución del acreedor por el fiador éste pueda ver mejorada su calificación, aprovechándose de la que correspondería al acreedor, y sin que tampoco pueda perjudicar al concurso (es decir, al resto de los acreedores) el hecho de la sustitución cuando el crédito del fiador merece una mejor calificación que la del acreedor, como sucedería si éste es subordinado⁽⁸⁰⁾. De ese modo, si el fiador es ordinario y el acreedor es subordinado, el regreso del fiador será subordinado; si el fiador es subordinado y el acreedor es ordinario, el regreso del fiador también será subordinado.

es razonable entender que son los créditos en los que el acreedor disfruta de fianza de tercero, se haya producido o no la sustitución y, por tanto, afecta tanto al acreedor como al fiador, que se verían contaminados por la “peor” calificación que pudiera atribuirse a uno o a otro. Pero también es posible considerar que “estos créditos” se circunscriben a los del fiador o fiadores que han sustituido al acreedor o acreedores por el pago. El precepto prevé el reconocimiento sin limitación del crédito afianzado a favor del acreedor, la sustitución del acreedor por el fiador en caso de pago por parte del fiador y para este caso la regla especial de calificación.

Además —continúa la citada sentencia—, antes del pago por el fiador su crédito no ha nacido y su hipotético crédito sólo podría tener la calificación de contingente, supeditado al pago, por lo que si se trata de optar entre la calificación que corresponda al acreedor o al fiador sólo es posible tal opción cuando opera la sustitución, y en este caso habrá que optar entre la que corresponda al acreedor y la que corresponda al fiador. Por otro lado, la finalidad de la norma es evitar que por el mecanismo de la sustitución del acreedor por el fiador éste pueda ver mejorada su calificación, aprovechándose de la que correspondería al acreedor, y sin que tampoco pueda perjudicar al resto de los acreedores el hecho de la sustitución cuando el crédito del fiador merece una mejor calificación que la del acreedor, por ejemplo si éste es subordinado.

En definitiva, la norma es necesaria, pues de no regularse esta situación se producirían las típicas consecuencias de la subrogación y la regla ahora interpretada evita, precisamente, que por la aplicación sin matización de los arts. 1212 y 1839 del CC el fiador ostente en el concurso una posición más favorable que la que merece su crédito en atención a su relación con el deudor. Tampoco se comprende que el acreedor, por el mero hecho de reforzar el crédito con la fianza u otra garantía, pueda resultar perjudicado, sobre todo en la situación realmente común de fianza otorgada por personas especialmente relacionadas con el deudor, siendo los fiadores también insolventes, sin poder cobrar el crédito garantizado en el concurso por no alcanzar la masa activa para pagar a los créditos subordinados.

⁽⁸⁰⁾ Así lo viene a expresar nuevamente la Sentencia n.º 35, de 22 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid. Dése cuenta el lector de que lo que el artículo en cuestión viene a hacer no es tanto sancionar o punir como impedir o evitar que se eluda una sanción. Nadie quiere quitar o mermar privilegios, sino que quien no tiene derecho a ellos acceda a través de resquicios que la praxis y una interpretación errónea pueden llegar a provocar.

Sin duda, este resultado puede parecer, y de hecho es, excesivo; primero, por perjudicar injustamente al fiador ordinario del acreedor subordinado; segundo, por ser innecesario subordinar el crédito del acreedor ordinario para garantizar el regreso subordinado del fiador con esa condición. Pero esta solución es la que impone, en definitiva, el tenor literal del artículo 86.7 de la Ley Concursal⁽⁸¹⁾. Lo que sí es cierto es que no se comprende demasiado bien que el acreedor, por el mero hecho de reforzar el crédito con la fianza u otra garantía del tipo que fuere, pueda resultar perjudicado de un modo automático y cuasi-subjetivo, sobre todo en la situación realmente común de fianza otorgada por personas especialmente relacionadas con el deudor, siendo los fiadores también insolventes, sin poder cobrar el crédito garantizado en el concurso por no alcanzar la masa activa para pagar a los créditos subordinados⁽⁸²⁾. No obstante no ha de despreciarse la posibilidad indiscutible del acreedor de liberar en cualquier momento a los fiadores en aplicación de los arts. 1190 y 1850 del CC, lo que evitaría la calificación menos gravosa para el concurso por comparación con la del fiador, salvo que la liberación pudiera considerarse un acto en fraude de ley (art. 6.4 del CC). En definitiva la mejor interpretación que podemos hacer de este complejo art. 87.6 es la de aplicarlo meramente, a priori, cuando el fiador paga al acreedor, y lo hace, ante todo, para subrogarse, que no regresar, en su posición y *status* tratando de eludir las rígidas garras de la subordinación, buscando un aparente refugio en la intocable y casi inmune posición que tenga el acreedor, ya satisfecho, en el proceso concursal. Sólo así comprenderíamos algo mejor lo que realmente quiso decir el legislador, si es que realmente quiso decir algo, o lo que es lo mismo, que lo que ha salido por la puerta no trate ahora

(81) Para PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso*, cit., p. 82, este misterioso párrafo segundo obedece, y así lo intentaremos demostrar, a una intuición del legislador: que *el concurso no peche con una carga —la satisfacción del interés del acreedor ordinario garantizado— que se puede satisfacer fuera del mismo*. Véase el minucioso análisis sintáctico y gramatical que realiza ROJO, “La calificación de los créditos concursales con garantía personal”, cit., pp. 520 y ss., donde desbroza los sintagmas “estos créditos”, “en todo caso” y “entre las que correspondan al acreedor y al fiador”.

(82) Son muchas las voces que piden una reforma urgente de este artículo, pero quizás quienes con más contundencia lo han pedido son BETANCOR SÁNCHEZ/ESTUPIÑÁN CÁCERES, “A propósito del artículo 87.6”, cit., p. 185 cuando señalan que la literalidad del precepto nos ha colocado en un descalabro interpretativo, ya que la estricta literalidad conduce a un absurdo y está en franca contradicción con el espíritu del legislador, por lo que se impone con urgencia una nueva redacción de este precepto que case bien con su espíritu, no implique un sin sentido y no desnaturalice la fianza como contrato de garantía personal. Proponen un segundo inciso del tenor siguiente: “En la clasificación de estos créditos, *sólo en caso de pago por el fiador*, se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan a éste o al acreedor”.

de entrar por la ventana ⁽⁸³⁾. No han tardado en surgir las voces discrepantes con este artículo de la Ley propugnando directamente una interpretación correctora, pero no derogatoria o incluso defensora de la finalidad de la norma. La sombra de ciertos intereses, sobre todo, financieros, es demasiado alargada.

La subordinación tan generalizada que lleva a cabo la norma concursal no tiene parangón alguno en otros ordenamientos, que a lo sumo tachan los casos de liberalidades del deudor y los supuestos de infracapitalización. En otros ordenamientos, con mayor tino y mayor lógica, estos negocios entran dentro del catálogo de las acciones revocatorias concursales, que no en la subordinación, al ser celebradas por personas cercanas al deudor persona física o jurídica (*nahestehende Personen* de los parágrafos 130 a 133 y 138 de la *InsO*), y que se justifican porque la especial información de la que disponen estas personas puede propiciar la comisión de actuaciones perjudiciales para el interés de los acreedores. Se apuesta en suma por un fortalecimiento de la masa concursal desde criterios no redistributivos, sino ajustados a la lógica del mercado ⁽⁸⁴⁾. Nada tendríamos que objetar a esta subordinación si tales créditos resultan de una deliberada actitud fraudulenta y dolosa que ocasiona tanto un perjuicio para el resto de los acreedores como una más que posible e injustificada ventaja para semejantes acreedores. Pensemos por un momento en la amalgama de casos que pueden suscitarse, así, supuestos de fraude, de ilegalidad, de trasgresión de deberes de lealtad y fidelidad, de violaciones de secretos empresariales, de información privilegiada, de todo tipo de conducta dolosa o culposa, etc., por no repetir los supuestos de infracapitalización o las actuaciones de los insider, etc.

El absurdo pero también la paranoia del legislador llegan al éxtasis cuando referencia al socio como persona especialmente relacionada con el deudor. En este supuesto son la cautela y el sentido común los que se tienen que imponer, pero nunca una generalización tan vaga como la que se permite el número 3 del

⁽⁸³⁾ Para BETANCOR SÁNCHEZ/ESTUPIÑÁN CÁCERES, "A propósito del artículo 87.6", cit., p. 186, si el fiador que paga es persona vinculada con el deudor concursado, es dicho fiador y nunca el acreedor afianzado quien debe asumir las consecuencias de tal vinculación, precisamente porque se trata de los pocos supuestos en los que la clasificación de los créditos atiende a requisitos personalísimos/subjetivos de sus titulares y, por tanto, intransmisibles. Como bien señala ROJO, "La calificación de los créditos concursales con garantía personal", cit., pp. 537 y ss., la norma legal analizada es una norma dura y asimétrica, ..., no es posible negar que se trata de una norma discutible, pero no se trata de una norma que no sea clara, aunque las consecuencias de la aplicación de la misma no satisfagan a determinadas "categorías" de acreedores o a determinados estudiosos. No le falta razón al autor cuando asevera que si la norma se considera desacertada y peligrosa, debe impetrarse del legislador la modificación de la misma.

⁽⁸⁴⁾ En este sentido vid. RÜMKER, "Die Kreditwirtschaftlichen Aspekten der neuen InsO", *Neuordnung des Insolvenzrechts*, KÜBLER (ed.), Köln, 1989, pp. 135 y ss., p. 136.

artículo 93.2 de la Ley Concursal. Así las cosas la subordinación por motivo de especiales relaciones personales con el concursado no sólo se ciñe o basa en las de parentesco o de convivencia de hecho sino que, en caso de persona jurídica, se extiende a los socios con responsabilidad por las deudas societarias o incluso con una participación significativa en el capital social. El abanico o la sombra no ya de mera sospecha sino de casi total culpabilidad llega además también a los administradores de derecho y de hecho, a los liquidadores y finalmente a las sociedades del mismo Grupo de sociedades. Con pocos pies de plomo ha querido andar en este supuesto el legislador⁽⁸⁵⁾.

Esta actitud deliberada o no del legislador contrasta con las exigencias de nuestra realidad empresarial, así como con el desconocimiento palmario de las fuentes de financiación del tejido empresarial e industrial de nuestro país, sobre todo del pequeño y mediano empresario. Se está cercenando con ello uno de los canales de crédito más extendido en nuestro entramado empresarial, que las más de las veces acude al ahorro familiar. Obviamente esto no sucede con las grandes sociedades, pero ahora bien, ¿cuántas sociedades en nuestro país han de calificarse como grandes?, basta que nos remitamos a los índices de sociedades que cotizan en bolsa. La presunción de fraude es tan exagerada como descabellada, y máxime como ya hemos insistido cuando existen mecanismos alternativos que conculcan de mejor manera y con mayor vigor tales conductas siempre y cuando se demuestre la mala fe. Nos estamos refiriendo, qué duda cabe, a las acciones rescisorias⁽⁸⁶⁾. Es cierto que la calificación como subordinado puede impugnarse en virtud del artículo 96.3 de la norma concursal, pero se trata de una posibilidad más formal que material, pues de lo que se trata es de demostrar la identidad personal del titular del crédito, es decir, el hecho de no tratarse de una de las personas que taxativamente se escudriñan bajo el artículo 93 de la Ley y que irremediamente es condenada a la insubordinación.

(85) PANTALEÓN, “De la clasificación de los créditos”, cit., p. 539, en su crítica, acertada por cierto, a esta posición del legislador llega a plantear el siguiente silogismo: pensemos en un pequeño empresario individual que comunica a la administración concursal que es titular de un crédito contra la compañía concursada, a la que suministraba sus productos, y que resulta ser una filial de una filial de Telefónica, S.A. ¿Qué cara pondría nuestro imaginario acreedor si la administración concursal le preguntase: no será usted titular de alguna acción de Telefónica, S.A.?

(86) Como bien se ha dicho, hermanos, padres e hijos, cónyuges y determinados afines deberán pensarse ahora si ayudan y prestan cantidad alguna a su hermano, hijo, padre, cónyuge o afín en un momento concreto de falta de liquidez; o el socio, que no facilite crédito alguno a su sociedad, ni ocasionalmente ni de manera transitoria hasta que lo otorgue la entidad financiera correspondiente. Vid. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., p. 158.

Por consiguiente si el legislador no lo remedia más de un familiar habrá de abstenerse de colaborar empresarial o profesionalmente con su familiar o allegado y no sólo comerciante, si no quiere ver que sobre su cabeza pende una presunción oculta de fraude que se debe únicamente a un capricho absurdo e infantil del legislador. La seriedad y un mínimo rigor han sido desplazados incomprensiblemente y con ello se daña no sólo la eficiencia del sistema sino tradicionales circuitos de financiación que normalmente abaratan y abarataban el coste de la financiación.

No negamos y menos rehuimos de las ventajas que en cierto sentido tiene la postergación objetiva de los créditos, pero no es menos cierto que también tiene sus riesgos y sus perjuicios perversos para el sistema. Es evidente que el carácter objetivo y automático de la postergación de los créditos evita que el juez tenga que realizar indagaciones acerca de la conducta del acreedor o, lo que es lo mismo, atinentes a la causa del crédito. También lo es que, dadas las peculiaridades de nuestro sistema judicial, parezca más propicia una solución objetiva que la introducción de normas que requieran un correcto ejercicio de discrecionalidad judicial⁽⁸⁷⁾. Pero uno ya se pregunta qué ganamos si evitamos la litigiosidad cuando por el camino estamos actuando con una venda en los ojos que atenaza y conculca una mínima pero necesaria tutela del crédito a través de la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales⁽⁸⁸⁾.

Cuando el concursado es una persona jurídica, postergando por voluntad de la ley los créditos de los que fueran titulares los socios, administradores de hecho o de derecho, liquidadores, apoderados, así como socios con una participación significativa de, al menos, un cinco por ciento, todavía se llega más lejos, ya que el artículo 48.5 de la norma concursal prevé ordenar el embargo de bienes y derechos de los socios subsidiariamente responsables de las deudas societarias, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. Conviene precisar, sin embargo, que serán subordinados los créditos de los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales, con independencia tanto de su porcentaje de participación en la sociedad como de si su responsabilidad personal es solidaria o subordinada. Por consiguiente, no están incluidos en el artículo 93.2.1.º de la norma concursal los socios que no responden de las deudas sociales ni tampoco los que lo hacen limitadamente:

(87) Posturas estas defendidas sobre todo por ROJO, "Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada", cit., p. 61, y GARRIDO, "La graduación de créditos", cit., p. 242.

(88) Muy crítico también con esta actitud BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago a los acreedores concursales*, cit., p. 161, que parafrasea el célebre endecasílabo quevediano "quitar-nos el dolor, quitando el diente, es quitar el dolor de cabeza, quitando la cabeza que lo siente".

por ejemplo, socios de anónimas, de limitadas, de garantía recíproca, cooperativistas, asociados, etc.

El titular de un crédito subordinado carece además de derecho de voto en la Junta de acreedores (artículo 121 de la Ley Concursal), aunque podrá ejercer lógicamente el derecho de voto que le corresponda en su caso por otros créditos de que fuere titular. Tiene por tanto derecho de asistencia a la Junta de acreedores para la votación del convenio, mas sin embargo las personas especialmente relacionadas con el deudor han de inhibirse de ser apoderados, ostentando la representación de otros acreedores (artículo 118.2 en relación con el artículo 93 de la Ley Concursal). La asistencia como es lógico lleva correlativamente aparejado el derecho a liberar o ser parte de las discusiones o deliberaciones sin que, eso sí, pueda proceder a votar. Al carecer de derecho de voto carece por ello mismo del derecho de adhesión *ex* artículo 108 de la norma concursal. No olvidemos por otra parte las consecuencias que tiene la subordinación en materia de nombramiento de administradores concursales, consecuencias eso sí un tanto indirectas, ya que no podrán ser nombrados administradores concursales quienes hubieren prestado sus servicios profesionales a persona especialmente relacionada con el concursado en los tres últimos años, como también que el nombramiento de administrador concursal acreedor jamás podrá recaer en persona especialmente relacionada con el deudor (artículo 28.1 y 3 de la Ley Concursal).

A su vez el artículo 133 dispone que el contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, ni siquiera hubiesen sido reconocidos. Asimismo, los acreedores subordinados pasarán y por tanto tendrán que aceptar las idénticas quitas y esperas que los acreedores ordinarios establecidas en el convenio, si bien los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Esto no significa otra cosa que un acreedor titular de un crédito subordinado no se puede oponer a la aprobación del convenio, si bien sí podrá denunciar toda infracción legal *ex* artículo 128 de la Ley Concursal y provocar por tanto el rechazo judicial del convenio en virtud del artículo 131.

En caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios. Si bien la categoría es ciertamente novedosa y a la postre revierte aunque sea incidentalmente en una cierta mejora de la posición de los acreedores ordinarios —al menos en el supuesto de que no son los últimos, ambos, los ordinarios como los subordinados, lamentablemente, bien como fruto de lo que no pudieron o no supieron contratar los acreedores (causas de preferencia negocial), bien por imperativo legal que directamente prescribe la relegación subordinada de determinados créditos que encajen en unos determinados parámetros—, están llamados a sucumbir ante la voracidad

de los privilegios especiales y generales que absorberán la integridad de un patrimonio de por sí ya devaluado y deficitario patrimonialmente⁽⁸⁹⁾.

5. Adquirentes de créditos procedentes de personas especialmente relacionadas con el deudor

La Ley Concursal califica también como subordinado el crédito cedido por un cedente que fuere considerado persona especialmente relacionada con el deudor concursado, familiar, socio, administrador, etc.; ahora bien, no matizar tamaña aseveración puede conducir a equívocos, dado que lo que el tenor literal de la norma viene a decir no es otra cosa más que el cesionario adquirente del crédito sufrirá las mismas consecuencias que le hubieran correspondido si él directamente fuese persona especialmente relacionada con el deudor. Pero no dice que tengan la misma condición de persona especialmente relacionada⁽⁹⁰⁾. Cabe la posibilidad de que el cesionario demuestre que la adquisición se ha hecho de buena fe y no con el ánimo de defraudar o hurtar la aplicabilidad de las normas sobre créditos subordinados, por lo que este supuesto establece una presunción *iuris tantum*.

Estamos ante un supuesto claramente de extensión de los efectos de calificación de persona especialmente relacionada con el deudor; es como si el mero contacto o contagio con un crédito cedido por persona especialmente relacionada contaminase todo aquello que tocase. Para que la extensión de la subordinación sea efectiva han de producirse varios factores, a saber: primero, que exista un crédito titularidad de persona especialmente relacionada con el deudor, sea persona natural —familiar, allegado, pareja de hecho—, sea persona jurídica —otra sociedad del grupo, etc.—; segundo, dicho crédito ha de ser cedido o transmitido a un tercero en cualquiera de las formas conocidas por nuestro derecho. Cabe tanto la cesión como la adjudicación del crédito a la hora de efectuar la transmisión, así como formas especiales de cesión, como es la específica de los títulos valores, el endoso. Allí donde no exista propiamente cesión o adjudicación creemos que tal extensión calificativa del crédito como subordinada no debe operar, como por ejemplo en supuestos de fusión, donde no se produce ninguna suerte de cesión o adjudicación; tampoco en los supuestos de

(89) En parecidos términos GIL RODRÍGUEZ, “El derecho de crédito ante la iliquidez o insolvencia del deudor. (Primera lectura en clave civilista, de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, de 12 de diciembre de 1995)”, *Estudios sobre ejecución universal*, Oviedo, 1997, p. 282.

(90) Sobre este matiz véase GARRIDO, “Art. 93”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., pp. 1.679 y 1.680.

transmisiones *mortis causa*. En tercer lugar la transmisión debe operar dentro del plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso del deudor. Si estos son los presupuestos para que se active tal contaminación o contagio, se presume que el adquirente, el cesionario de dicho crédito, conocía que la genuina finalidad de la transmisión del crédito era desactivar los rígidos criterios de subordinación que se aplican a los créditos titularidad de personas especialmente relacionadas con el concursado. Al ordenamiento concursal le repugnan acreedores pantalla o meros intermediarios o testafierros que son situados como pantalla u hombres de paja para soslayar las consecuencias negativas de la clasificación de ciertos créditos. Al admitirse la prueba en contrario se posibilita al adquirente del crédito probar su buena fe y total desconocimiento de la especial condición del *tradens*, del cedente del crédito. No serán pocas las maneras de acreditar la falta de conocimiento de la condición de persona especialmente relacionada con el concursado, como son la adquisición del crédito dentro del giro ordinario de negocio del adquirente, la compra en un mercado organizado y reglamentado, etc. Indicios todos que de probarse atestiguarán la falta de malicia en la actuación del *accipiens* que obra sin ánimo de perjudicar al resto de acreedores de la masa pasiva.

IV. LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO PERSONA NATURAL

El automatismo de la Ley a la hora de considerar subordinados los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor llega al extremo cuando aquél es una persona natural. La Ley diseña un amplio abanico de familiares que de suyo pueden y de hecho están relacionados con el concursado, un abanico desmesurado y a todas luces excesivo⁽⁹¹⁾. Así en esta situación estarán: el cónyuge o asimilado del concursado; los ascendientes, descendientes y hermanos tanto del concursado como de su cónyuge o asimilado, y cónyuges de los

⁽⁹¹⁾ Para ROGEL VIDE, “Concurrencia y prelación de créditos en el Código Civil y en la legislación concursal. Verdades y medias verdades de la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003 al respecto”, cit., p. 115, el artículo 92, en relación con el 93, es criticable en lo que respecta a las muchas personas implicadas y a la irrelevancia de su conducta, de su buena o mala fe y de su nivel de información a la hora de determinar —sobre la base de una práctica presunción *iuris et de iure* de connivencia, cuando no de fraude— el carácter subordinado, predicable siempre y cualquiera que sea su origen, de los créditos de las dichas personas contra el concursado.

ascendientes, descendientes y hermanos del concursado⁽⁹²⁾. Sin embargo, pero también por sentido común, las personas especialmente relacionadas con un concursado persona jurídica tienen como elemento basilar al socio, socio ya de responsabilidad ilimitada, ya de referencia, y a los administradores, sin detrimento de que se extienda a liquidadores y apoderados generales, así como también a sociedades del mismo grupo. Pero semejante distinción no es tan nítida ni a la postre conduce a situaciones justas. Pues ¿qué pasaría por ejemplo ante un crédito del ascendiente a su hijo que es empresario bajo una forma societaria unipersonal? Pues que simplemente su crédito no sería subordinado, dado que no es persona especialmente relacionada con la persona jurídica por muy unipersonal que sea⁽⁹³⁾. Sin embargo si su hijo fuese un deudor civil o un deudor empresario individual su crédito sí sería subordinado. De otra parte no se puede ir más lejos de lo que no ha querido ir el legislador, por lo que no es posible incluir dentro del elenco de personas especialmente relacionadas tanto naturales como jurídicas a otros familiares, profesionales, comerciantes que, con independencia de la relación familiar, profesional o empresarial no han sido enunciados por la Ley. Hay un *numerus clausus* taxativo e inalterable.

Por tanto, el mero hecho de tener o gozar de una de las relaciones familiares exhaustivamente señaladas en el artículo 93 significa la automática y objetiva calificación de su potencial crédito en subordinado. Se les tacha de personas con especial relación con el concursado, lo cual es cierto pero sólo en parte, pues no siempre el vínculo sanguíneo implica ni afectividad ni convivencia ni relación de tipo alguno, y mucho menos una efectiva información sobre las actividades y riesgo empresarial o profesional del concursado. Así, el cónyuge del deudor concursado tanto en el momento de la declaración del concurso como en el caso de que lo hubiere sido dentro de los dos años anteriores a la misma declaración de concurso, con independencia de la mutabilidad de la condición de cónyuge, reviste la condición de especialmente relacionado con el deudor. Para la Ley Concursal será irrelevante que el cónyuge se halle en situación de separación de hecho o de derecho, como también que se haya producido

(92) Para IGLESIAS/VAQUERIZO, "Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor", cit., p. 3.737, tal numeración es objetable, y no únicamente por la delimitación en cierto sentido extensiva de dicho entorno familiar, como, específicamente por el rigor derivado de la aplicación automática del régimen de la postergación en estos casos, y por la escasa justificación de este tratamiento a la luz de otros posibles remedios más acordes con la dimensión real del peligro que plantean este tipo concreto de transacciones.

(93) Como bien señala GARRIDO, "Artículo 93", *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1.672, en algunos supuestos, para evitar las consecuencias de la aplicación formal de las normas legales, podría acudirse a la doctrina del levantamiento del velo y considerar los créditos de tales personas como créditos subordinados, cuestión de por sí nada fácil.

el divorcio o incluso la nulidad, salvo que hubieren transcurrido más de dos años antes de la misma declaración y por tanto de la apertura del concurso⁽⁹⁴⁾. Obviamente también será irrelevante cualquiera de estas situaciones o estados legales si se produjesen con posterioridad a la apertura del concurso. El cónyuge es equiparado a otras personas que convivan con el concursado con análoga relación de afectividad, con independencia de que esa convivencia o relación terminase con posterioridad a la declaración de concurso. Se equipara la pareja de hecho, y aquí no se distingue quién la integra o no, al cónyuge a efectos de ser considerada persona especialmente relacionada con el deudor. El criterio relevante es de un lado el carácter de permanencia y estabilidad en esas relaciones de afectividad, y de otro lado el criterio temporal, pues el umbral se sitúa en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

También tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado “los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado”. Pero no sólo llega aquí la sospecha del legislador, también se considerarán especialmente relacionados con el deudor los ascendientes, descendientes y hermanos de quien sea cónyuge o pareja de hecho del deudor en el momento de la declaración concursal o lo hubiera sido dentro de los dos años inmediatamente anteriores. Ningún miembro de la familia en línea directa o hermanos, ya por naturaleza, ya por adopción, queda libre de tal calificación. Asimismo cierra el círculo el artículo 93.1.3.º señalando como personas también relacionadas con el concursado los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado, o lo que es lo mismo y en lenguaje coloquial, los cuñados, nueras, yernos, padrastros y madrastras del concursado. Pero ¡ojo! el artículo en cuestión habla de cónyuges, no de parejas de hecho, por lo que estos últimos no se verían afectados por la calificación⁽⁹⁵⁾. Como vemos una enumeración en sí compleja y amplia y que ha de adaptarse a las nuevas realidades de convivencia social más o menos aceptadas socialmente; sin embargo en ocasiones será hartamente difícil acreditar por parte de la administración concursal tales

(94) En parecidos términos GUASCH MARTORELL, “El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal”, *RDM*, n.º 254, 2004, pp. 1.417 y ss., p. 1.420 y 1.421 donde alude a las nuevas formas de convivencia que están adquiriendo de una forma palmaria un mayor grado de aceptación social.

(95) Señala GARRIDO, “Artículo 93”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1.676, como no se incluye a quienes hubieren sido cónyuges dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, pero la lógica del sistema obliga a incluirlos, porque, en otro caso, no se entendería que si tuviesen esa condición sus cesionarios o adjudicatarios (art. 93.3): la Ley considera relevante el período de dos años anterior a la declaración de concurso para extender la condición de persona especialmente relacionada a los cesionarios y adjudicatarios de créditos, por lo que no podría sostenerse que quien adquiere el crédito fuese persona especialmente relacionada y quien lo transmite no lo fuese por haber dejado de ser cónyuge en el momento de la declaración de concurso.

extremos, sobre todo si se tiene en cuenta la no inscripción de la relación convivencial en un registro público.

Ciertamente con esta opción legislativa se desincentivan en todo caso los créditos o préstamos que tengan un origen familiar, una financiación que en buena medida es el auxilio al que con frecuencia acuden los empresarios individuales.

V. LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO PERSONA JURÍDICA

1. Socios

Como ya hemos señalado *supra* analizaremos en este supuesto tanto a socios ilimitadamente responsables y socios de referencia como a administradores y liquidadores tanto de hecho como de derecho, factores y apoderados y finalmente, a las sociedades del mismo grupo y sus socios. En suma, sujetos que tienen como característica común su condición de *insiders* frente a quienes prestan financiación a la sociedad con carácter profesional y externo. Es más, ¿qué pasaría con aquellos socios que prestan a la sociedad recursos en unas condiciones económicas más favorables que las que se puedan ofrecer en el mercado crediticio? Sin duda la condición de socio, de insider, le permite ejercer un mejor control sobre la gestión social que la que pudiera tener un tercero extraño a la sociedad, pero nada más que eso, tiene la posibilidad de ejercer un mejor control que probablemente nunca llevará a cabo en óptimas condiciones. Y este acceso significa la inexistencia de garantías, así como un menor coste del crédito ⁽⁹⁶⁾.

Por todos es sabido que la principal y casi única obligación individual que tiene un socio frente a la sociedad es la de realizar la aportación de capital, sea éste dinerario o no dinerario. Con la Ley Concursal toda posibilidad de concesión de un crédito por parte de un socio a la sociedad ha de tacharse como subordinado. Repugna o así lo parece al menos, el hecho de todo enmascaramiento de una aportación dineraria a la sociedad a través de un empréstito. No importan las causas ni la procedencia de tales créditos, pues ¿qué pasaría si el crédito que se debe al socio es el procedente de un contrato de alquiler de una

⁽⁹⁶⁾ No es pequeña la problemática que suscita la financiación de socios a la sociedad. Véase el estudio de GUASCH MARTORELL, “El régimen concursal de los préstamos de socios”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 3.707 y ss. Vid. además ÁVILA DE LA TORRE/CURTO POLO, “La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el deudor”, cit., p. 3.553.

nave a la sociedad? ¿Y si el socio o socios de la sociedad se han visto compelidos por una entidad de crédito a afianzar un préstamo concedido a la sociedad? Indudablemente en este supuesto el crédito del socio tendrá su origen en el derecho de repetición que como fiador adquiere en el supuesto de haber sido ejecutado el crédito principal que incumplió la sociedad. Pero conforme a los dictados de la norma concursal —artículos 92.5.º y 93— el crédito del socio queda degradado a la condición de subordinado, preterido a una posición marginal. De poco sirve apelar a las normas que sobre la fianza dispensa el Código Civil o sobre el aval la Ley Cambiaria; el fiador o el avalista en modo alguno se subrogan en los derechos que el acreedor tuviere frente al deudor ahora concursado, o adquiere los derechos de las personas avaladas (véanse los artículos 1835 CC y 37.2 de la LCCh). Y es que la problemática de los créditos a la sociedad por parte de los socios y que nada tienen que ver con el capital social son extremadamente complejos. ¿Acaso no podría un socio minoritario acreditar a la sociedad en situación límite y esperar a que ésta lleve a cabo una ampliación de capital que compense su crédito o suplementar y aportar nuevamente en caso de aumento de capital? Como es obvio difícilmente tolerarían este comportamiento los socios de control temerosos y timoratos de perder su poder de control⁽⁹⁷⁾.

Respecto de los socios ilimitadamente responsables hemos de incluir a los socios de sociedades civiles, de sociedades colectivas, socios colectivos de las sociedades comanditarias simples y por acciones, socios de agrupaciones de interés económico y, finalmente, socios de sociedades irregulares⁽⁹⁸⁾. Sin olvidar a aquel socio comanditario que incluyese su nombre en la razón social. A estos socios con responsabilidad ilimitada se asimilan los socios de referencia de las sociedades de capital con participaciones iguales o superiores al diez por ciento del capital social, o de un cinco por ciento del capital social si la sociedad tuviese valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. Lo que efectivamente no hace la ley es distinguir ante qué tipo de valores estamos, ni sus clases o categorías, por lo que *a priori* entrarían en este cómputo tanto acciones como obligaciones admitidas a negociación, opciones de compra, *warrants*, deuda, etc. Tampoco distingue si las acciones para el cómputo que no están admitidas a negociación han de ser ordinarias, preferentes, sin voto o rescatables. Se omite igualmente toda referencia a otros mecanismos de control social como pueden ser las opciones de compra o los mismos pactos de los

(97) En parecidos términos SÁNCHEZ CALERO, “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, cit., p. 3.902.

(98) Sobre el concurso de la sociedad irregular y la posición de los acreedores subordinados, véase VALPUESTA GASTAMINZA, *El concurso de la sociedad irregular*, Madrid, 2005, pp. 138 a 145.

accionistas, aun cuando los umbrales de referencia no alcancen ni el cinco ni el diez por ciento del capital societario. Ahora bien, la cifra de capital significativo se refiere o ha de referirse únicamente al que tenga directamente el acreedor en la sociedad concursada, pero no la participación que posea de un modo indirecto, es decir a través de otras sociedades a su vez participadas ⁽⁹⁹⁾.

No se olvide en ningún momento que el poder societario se mide o se ostenta tanto en la tenencia directa de una participación en el capital, sobre todo si esta es relevante estratégicamente, como en la posibilidad, más limitada y viable para algunas sociedades, de utilizar los derechos derivados de las acciones por quien representa a su titular; piénsese, cómo no, en entidades de crédito que a través de sus cuentas de valores y contratos de depósitos de acciones y fondos de inversión y matrices de sus sociedades gestoras gestiona miles y miles de valores y, por ende, de poder social. Como es fácilmente imaginable, y si bien no es un problema de hoy en día, el riesgo estriba en que la representación y gestión de esos valores se lleve a cabo de un modo interesado y sesgado en beneficio de los gestores ⁽¹⁰⁰⁾. Es cierto que la Ley en este apartado no hace alusión alguna al momento relevante para que el socio adquiera la condición de

⁽⁹⁹⁾ Conforme CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 58. En otros ordenamientos la cifra de capital es más alta, así en Alemania la subordinación de créditos de los socios opera por virtud de la aplicación del parágrafo 32 a) y b) de la *GmbH*, lo cual requiere una participación del diez por ciento por parte del socio-acreedor. Véase SCHMIDT, "Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht", *ZGR*, n.º 4, 1998, pp. 633 y ss., p. 659. En EE.UU. no rige un sistema de subordinación automático sino que la postergación legal se dicta por los Tribunales si concurre una conducta no equitativa por parte del deudor. Lo que sucede cuando el socio se encuentra en posición de ejercer su influencia en los órganos sociales. En aquel país los tribunales aplican sobre todo la teoría de la *equity subordination doctrine* elaborada por la jurisprudencia y recogida en la section 510 c) del Código de Quiebras. En su momento se propuso una disciplina sobre subordinación automática de los créditos de los socios que exigía una participación del 20 por 100 en el capital social; propuesta que no fructificó. Vid. CLARK, "The duties of the corporate debtor to its creditors", *Harv. Law. Rev.* vol. 90, 1977, pp. 505 y ss., especialmente p. 537.

⁽¹⁰⁰⁾ Como bien señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "Los grupos dependientes de entidades de crédito: una revisión a partir de la Ley Concursal", trabajo redactado para los participantes en el *Second Harvard-Complutense Seminal on Business Law "Governance conflicts and corporate insolvency"* y publicado en la página web de la Universidad Complutense, el intento de combatir el absentismo de los accionistas en las sociedades cotizadas se tradujo en la posibilidad de confiar su representación a las entidades depositarias, solución que siempre se ha analizado con especial atención como una de las claves del poder creciente de las grandes entidades de crédito en las sociedades cotizadas. Atención que estaba incentivada también por el riesgo de conflictos de interés en quien participaba en las decisiones de la sociedad en una múltiple condición: como representante de otros accionistas, como tenedor de una participación propia, como participe en operaciones de emisión o colocación de los valores de la sociedad y, finalmente, como entidad financiadora. Vid. además BAUMS/RANDOW, "Der Markt für Stimmrechtsvertreter", *AG*, 1995, n.º 4, p. 145, en donde se da una panorámica del creciente poder de intervención, al menos en las asambleas de las entidades de crédito.

persona especialmente relacionada con el deudor concursado como si se hace en cambio cuando estamos ante personas naturales. Nada se dice de aquellas personas que hubiesen sido socios en ese intervalo de dos años antes de la declaración del concurso, y pese al silencio la coherencia y la lógica nos indican que debemos adoptar decisiones análogas a las que sí se dan para el caso de que fueren cesionarios o adjudicatarios de los créditos. Hay que tener en cuenta por otra parte que el grado o cuota de capital que exige la Ley resultará probablemente irrelevante o cuando menos insuficiente de cara a fundamentar la presunción legal de subordinación, que no es otra que la de estar en presencia de un acreedor que efectivamente está involucrado en la gestión y dirección de la sociedad, con fuerza suficiente para primar sus intereses por encima del resto⁽¹⁰¹⁾.

Y aunque pudiera parecernos a primera vista como no incluido dentro de este elenco de personas especialmente relacionadas con el deudor, también lo estaría el socio único de una sociedad unipersonal anónima o limitada. Obviamente el concurso de la sociedad unipersonal no se extiende a su socio único. Nada empuja a que este socio único sea acreedor frente a la sociedad unipersonal, en virtud de una operación concertada personalmente, como si fuera un tercero con la sociedad. Para ello el artículo 126 de la LSRL establece un régimen especial para la eficacia de este tipo de operaciones. Un artículo que cobra todo su sentido ante una situación concursal, y donde se establece que la sanción por su incumplimiento consiste en la inoponibilidad a la masa de la operación concertada⁽¹⁰²⁾. Es más, la ley exige unos especiales requisitos de forma para este tipo de contratos; en efecto, se exige la constancia escrita, la transcripción a un libro registro llevado al efecto y referencia en la memoria anual de la sociedad unipersonal. No obstante sí es criticable la exigencia de una determinada forma, sobre todo si esta se entiende como requisito *ad substantiam*. Habría sido suficiente con una exigencia de constancia en documento escrito. Sin duda es más relevante la transcripción en el libro registro y sobre todo su referencia en la memoria anual, auténtica prueba de publicidad, dado que al documento y al libro registro no tienen acceso los terceros. Sin duda el socio único de una sociedad unipersonal insolvente, que por la razón que fuere devenga en acreedor de la sociedad, verá relegada y postergada su posición en el procedimiento concursal, perdiendo incluso las garantías que se hubiere irro-

(101) En parecidos términos IGLESIAS/VAQUERIZO, “Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, cit., p. 3.739.

(102) Conforme GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, “La subordinación concursal de los créditos del socio único contra la sociedad universal”, cit., p. 3.698.

gado por mucho que sea persona física al ser socio único⁽¹⁰³⁾. Qué duda cabe que la posibilidad de realizar negocios jurídicos entre la sociedad unipersonal y el socio único se realiza sin oposición interna de ningún tipo, con el riesgo de que lo esporádico acabe convirtiéndose en reiterado, abocando a una confusión patrimonial entre lo que realmente es el haber personal y el haber social. La subordinación casa bien cuando se trata de un negocio o unas pocas relaciones jurídicas; en cambio cuando hay un flujo continuo de operaciones y trasvase patrimonial, una auténtica conmixión patrimonial entre sociedad y socio único, el perjuicio que se irroga a los acreedores es más grave, sin que la subordinación atempere dicha conducta y dicho riesgo⁽¹⁰⁴⁾.

2. Administradores y liquidadores

Igualmente quedan comprendidos dentro de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado los administradores de la persona jurídica. Cuando la ley alude a los administradores no distingue el modelo de administración de la sociedad, ni funcional ni estructuralmente, sea éste, en el caso de sociedades personalistas como la colectiva, privativo, funcional o legal, por lo que han de entenderse incluidas todas aquellas personas que formen parte del órgano de gestión y administración, esté esta compuesta por un administrador único, varios mancomunados o solidarios, o exista propiamente un consejo de administración. Del mismo modo habrían de considerarse incluidos también los administradores de hecho, es decir, administradores que carecen de un nombramiento o de un nombramiento válido pero que desempeñan puestos de gestión y administración. Ni la Ley Concursal ni la Ley de anónimas definen lo que se entiende por administrador de hecho. Estamos ante un concepto amplio, flexible y poco contorneado que se determinará en función de las circunstancias concretas⁽¹⁰⁵⁾. Dos son los ámbitos en los que en derecho privado se habla de administradores de hecho: el de quien sin título gestiona en el tráfico la socie-

⁽¹⁰³⁾ De duro revés califica GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, “La subordinación concursal de los créditos del socio único contra la sociedad universal”, cit., p. 3.705, la posición del socio único, dejando a éste no sólo un escaso margen de maniobra para traspasar activos entre su patrimonio y el de la sociedad unipersonal, sino también incluso para entablar con ella cualquier tipo de relación como tercero. Si antes se pecaba por defecto, ahora puede que se haya hecho por exceso.

⁽¹⁰⁴⁾ Vid. RUIZ-RICO RUIZ, “En torno a los controvertibles créditos subordinados”, cit., p. 3.857.

⁽¹⁰⁵⁾ Sobre los administradores de hecho véase la monografía de LATORRE CHINER *Los administradores de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003; también, DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Cizur Menor, 2002; PERDICES HUETOS, “Significado actual de los ‘administradores de hecho’: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre 2001 (RJ 2001, 7489)”, *RdS*, n.º 18, 2002, pp. 277 y ss.

dad como administrador, supuesto extraño y que correspondería con lo que se llama administrador notorio, y el que, sin presentarse como tal administrador, domina *de facto*, indirectamente o como actuante, la administración de la sociedad, supuesto conocido como administrador oculto. La nota denominadora común no es otra que la carencia de un título formal de quien se comporta de una determinada forma para actuar en tal modo⁽¹⁰⁶⁾. La realidad práctica está plagada de supuestos de administración de hecho, pues una sociedad matriz cabeza de grupo ¿hasta qué punto no ejerce una administración de hecho de otra sociedad del grupo aunque formalmente no esté en el consejo de administración de esta última?; en parecidos términos, y como bien se ha señalado, la inclusión de los administradores de hecho podría afectar a las entidades de crédito que asesoran y dirigen los negocios de una sociedad en crisis financiera, tomando las decisiones que en puridad corresponderían a los administradores⁽¹⁰⁷⁾. Estaríamos sin duda ante supuestos de personas administradores de hecho ocultos en la sombra y que ejercen una “indeseable” influencia sobre los administradores, a quienes “obligan” a adoptar ciertas obligaciones de información o actitudes favorables en supuestos de transmisiones. Estos administradores en la sombra bien pueden ser un socio mayoritario, un socio “tirano” y, por qué no, determinados acreedores garantizados y el “mismanagement”, suministradores o entidades de financiación⁽¹⁰⁸⁾. Pensemos en el supuesto de una prenda de valores que suponga un control directo que no indirecto de la sociedad, ¿acaso no se ejercitan los derechos sociales conforme a las directrices y pautas marcadas por el acreedor pignoraticio o incluso directamente por el propio acreedor si es él quien está legitimado tanto por el título constitutivo de la garantía prendaria y

(106) Sobre la noción de hecho véase en profundidad PERDICES HUETOS, “Significado actual de los ‘administradores de hecho’”, cit., pp. 280 y 281.

(107) Conforme GARRIDO, “Artículo 93”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1678; CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 60.

(108) La *section 741* de la *Companies Act 1985 (2)* y que es análoga a la *section 251* de la *Insolvency Act de 1987* y a la *section 207* de la *Financial Services Act de 1987*, asevera: “In relation to a company, ‘shadow director’ means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act. However, a person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity”. GOWER, *Principles of Modern Company Law*, Londres, 1997, p. 183 afirma que “the definition of shadow director ‘presupposes that there is a board of directors who act in accordance with instructions from someone else, the **eminence gris** or shadow director’”. Sobre socios tiranos y acreedores tiranos puede consultarse FARRAR, *Company Law*, 4.^a ed., Londres, 1998, pp. 337 y ss., pp. 573-574; SCHNEIDER, *Scholz GmbHG Komm.*, 8.^a ed., cit., parágrafo 43, p. 18; respecto a un caso de acreedores tiranos vid. *Re PFTZM Ltd.*, *Joudain v. Paul*, 1995, 2 BCLC354, 1995, BCC, p. 280, en la que el tribunal mantuvo que los supuestos administradores en la sombra no daban instrucciones, sino que trataban de rescatar de la sociedad aquello a lo que tenían derecho como acreedores.

por los mismos estatutos societarios, ya que así lo impuso el acreedor en la negociación del préstamo? ⁽¹⁰⁹⁾.

Junto a los administradores también la Ley Concursal señala como personas especialmente relacionadas con el deudor concursado-sociedad a los liquidadores de la persona jurídica. Todos los liquidadores se verán afectados por esta calificación independientemente de quien los hubiere nombrado e independientemente de su modo de actuación. Finalmente tanto factores como gerentes y directores generales, con o sin poderes inscritos o notorios, en suma, apoderados generales, tendrán igualmente la consideración de personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada ⁽¹¹⁰⁾.

En todos estos supuestos la subordinación se entiende siempre que el administrador, el liquidador o el factor esté en activo, o lo hubiere estado en algún momento dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Si se produce el fallecimiento de cualquiera de ellos sus herederos o legatarios no se verán afectados por la subordinación, puesto que no habrían transmitido el crédito *inter vivos* como sí se produce en el caso de cesionarios y adjudicatarios si no desactivan la presunción *iuris tantum*.

3. Sociedades del grupo y sus socios

También son incluidos de un modo automático y por tanto calificados como subordinados los créditos a favor de sociedades pertenecientes a sociedades del mismo grupo que la sociedad concursada. Se está refiriendo la Ley a la sociedad matriz, la sociedad filial y a sociedades de matriz común. Por todos es conocida la escasez de tratamiento formativo tanto en nuestro derecho como en el comparado respecto de los grupos de sociedades en términos generales; mucho menor es todavía la ausencia de normas significativas relativas a la concursalidad de los grupos de sociedades. Nuestra Ley Concursal, al menos tangen-

⁽¹⁰⁹⁾ Nos remitimos entre otros a nuestro trabajo *La prenda de acciones*, Madrid, 2002, sobre todo a su capítulo cuarto, sobre el ejercicio de los derechos sociales, pp. 290 a 404, y respecto al *mismanagement* y la responsabilidad de los administradores vid. pp. 398 y ss.

⁽¹¹⁰⁾ No parecen compartir esta postura IGLESIAS/VAQUERIZO, "Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor", cit., pp. 3.739 y 3.740, dado que la relación que vincula a la sociedad con el gerente o apoderado general que está al frente de un establecimiento carece por regla general de la *affectio societatis* que caracteriza a la condición de socio y la del propio administrador.

cialmente, rompe con esa tónica⁽¹¹¹⁾. Ha de entenderse por sociedades del grupo a las sociedades que formen parte del mismo grupo de sociedades, entendiendo el concepto de grupo tal y como se señala en el artículo 42 del Código de Comercio⁽¹¹²⁾. No ignoramos aquí el rico debate doctrinal en busca de un concepto legal de “grupo”, el cual ha hecho correr auténticos ríos de tinta. El encuentro y consenso en la doctrina en torno a la noción de grupo radica en dos de sus características, a saber, de un lado, la pluralidad de sujetos, y de otro el sometimiento de éstos a una dirección económica única. A partir de ahí surge el desencuentro y la discrepancia, un desencuentro que se suscita en torno a la noción de dependencia. Para unos será condición necesaria para la existencia del grupo que exista una relación de dependencia entre las sociedades o empresas que lo integran, que surge como consecuencia de relaciones de participación entre los integrantes del grupo. Para otros el acento recae sobre la nota de la unidad económica, la cual puede surgir como exponente de relaciones de dominación pero también de acuerdos de colaboración empresarial entre sociedades. Para nosotros en este momento no es tan importante lo esencial como lo adjeti-

(111) Como bien señala EMBID IRUJO, “Grupos de sociedades y derecho concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, II, Madrid, 2005, pp. 1.885 y ss., p. 1.888, encontramos en nuestra Ley Concursal un amplio elenco de instrumentos jurídicos, que, sin perjuicio de las críticas que se le puedan formular, permitirá a buen seguro la formación de una doctrina solvente en el campo de las relaciones entre grupos de sociedades y Derecho concursal.

(112) Con mayor profundidad ROJO, “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, *RDM*, 1996, p. 470; GARRIDO, “La reforma del derecho concursal español. Reflexiones en torno a la Propuesta de anteproyecto de la ley concursal”, cit., p. 937. También RUIZ-RICO RUIZ, “En torno a los controvertibles créditos subordinados”, cit., p. 3.857. No comparte este criterio ALONSO LEDESMA, “Artículo 93. Personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., p. 934, para quien resultaba más razonable considerar que la noción a tener en cuenta era la contenida en el artículo 4 de la LMV, dado que es en la que se hace referencia al hecho del poder único de dirección como rasgo característico y diferencial del grupo, noción que, por otra parte, es la que finalmente se ha ido consolidando en nuestro ordenamiento, primero en el art. 127 ter 5-3.º LSA introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio, de Transparencia (en el que para determinar a efectos de ese artículo quién tiene la consideración de personas vinculadas a los administradores se alude a “las sociedades que formen parte del mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 LMV, y sus socios”), y después en la llamada “Ley de Acompañamiento”, que ha modificado el artículo 42.2 del Código de Comercio acogiendo la noción de unidad de decisión como elemento distintivo del grupo y que es, además, la que también parece haber sido tenida en cuenta, si bien tangencialmente, por la LC cuando en el art. 3.5 se habla de “unidad en la toma de decisiones”. Especialmente críticos con esta remisión (hipotética) al artículo 42 del Código son IGLESIAS/VAQUERIZO, “Sobre la subordinación legal en el concurso”, cit., p. 3.740, nota 16. Véase también DUQUE, “El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal”, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal* (GARCÍA VILLAVARDE et al. dirs.), Madrid, 2003, pp. 137 y ss., p. 139, donde analiza pormenorizadamente el concepto legal de grupo.

vo, y lo adjetivo significa la subordinación de aquellos créditos a favor de sociedades pertenecientes al grupo. Esa es la dependencia que ahora interesa en la clasificación de los créditos, la pertenencia al grupo por el vínculo que sea, por dominación o por coordinación⁽¹¹³⁾. Simplemente abogamos por entender un concepto de grupo sobre la idea de un control potencial por parte de la sociedad dominante, unido a la necesaria presencia de pluralidad de sujetos⁽¹¹⁴⁾. Ahora bien, únicamente mediante el ejercicio de una dirección unitaria cabe afirmar, estrictamente, que surge el grupo⁽¹¹⁵⁾.

Aunque no es este el momento para abordar la cuestión en profundidad hay que dejar claro que el concurso de una sociedad del grupo no se extiende al resto de las sociedades del grupo. No se contamina o se arrastra a las demás sociedades a la situación concursal. Ello no quiere decir que un acreedor no pueda instar una declaración judicial conjunta de concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios, o formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones, pero de ahí, tal y como permite el artículo 3.5 de la Ley Concursal, a solicitar el concurso conjunto por la sola condición de grupo de todas las sociedades que lo integran media un abismo. Sólo cuando en todas y cada una de las sociedades del grupo concurra el presupuesto objetivo del concurso, lo cual es distinto a todo lo anterior, podrá declararse aquél. Unido a la hipótesis anterior de los administradores y, sobre todo, administradores de hecho, pensemos en una sociedad cabeza de grupo que, aun no reservándose para sí la posición de administradora por medio de sus representantes, sí permite que la junta nombre un órgano o consejo de administración que estará completamente subordinado a sus instrucciones. Ciertamente en este supuesto la sociedad cabeza de grupo no es la administradora de la dominada, dado que ésta tiene una administración propia en la que no participa directamente la dominante pero que en cambio sí se inmiscuye y la somete a su capricho y dictado⁽¹¹⁶⁾. Como bien se ha señalado, el problema es determinar quién es el administrador en la sombra, si la

(113) Véase el profundo análisis que lleva a cabo FERRÉ FALCÓN, “El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva formativa concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, II, Madrid, 2005, pp. 1.931 y ss., especialmente pp. 1.935 y ss.

(114) Véase GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, 2001, p. 201.

(115) Esta es la línea marcada por quien es toda una autoridad en la materia, EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003, p. 13.

(116) Véase el sugerente estudio de EMBID IRUJO “Los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas. (El artículo 114 de la Ley del Mercado de Valores)”, *RDBB*, n.º 96, 2004, pp. 7 y ss.

sociedad dominante o los singulares miembros de la administración de la dominante ⁽¹¹⁷⁾.

Es cierto que la Ley Concursal no aborda ni menos contiene un tratamiento general de los grupos, no es ese tampoco su cometido, aunque sí aborda extremos tangenciales. El ya señalado problema de considerar que una entidad depositaria de valores —entidades de crédito— ha sido realmente un administrador de hecho, abriéndose la posibilidad de adoptar medidas drásticas sobre su patrimonio como el embargo que establece el artículo 48.3 de la LC, la cuestión de calificación de operaciones mantenidas con la sociedad concursada (art. 71.3 de la LC), la propia calificación del concurso (art. 164.1 de la LC), la complicidad para con el deudor culpable (art. 166 de la LC) y, cómo no, el tratamiento de los créditos que el grupo pueda merecer.

La Ley también ha querido incluir a los socios de sociedades que pertenecen al mismo grupo que la sociedad deudora. Se trata qué duda cabe de socios de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad concursada, pero no de los socios de ésta, pues encajarían en el supuesto anterior si llegan a esos umbrales de participación societaria. Ahora bien, no hemos de entender tampoco que por ostentar la mera condición de socio de una sociedad del grupo, que no de la concursada, sólo por ese hecho haya de reputárseles como subordinados; sería poco coherente y justo respecto a los socios de la sociedad deudora, que si no son relevantes no se ven afectados por tamaño calificación. Así, serán subordinados los socios de sociedades del grupo al que pertenece la concursada siempre que sean socios de referencia, esto es, socios con un umbral de participación del cinco o del diez por ciento si la sociedad cotiza en adelante. Y por la misma razón y congruencia también serían subordinados o personas especialmente relacionados con la sociedad concursada los socios que respondan ilimitadamente de sociedades que pertenezcan al mismo grupo, los socios con participaciones iguales o superiores al diez por ciento del capital en sociedades del mismo grupo, y los socios con participaciones iguales o superiores al cinco por ciento del capital en sociedades emisoras de valores que formen parte de sociedades del grupo.

(117) Vid. PERDICES HUETOS, “Significado actual de los ‘administradores de hecho’”, cit., p. 286; en parecidos términos FARRAR, *Company Law*, cit., p. 338, quien se inclina por atribuir semejante condición a los miembros de administración de la sociedad cabeza de grupo. Como bien señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Los grupos dependientes de entidades de crédito: una revisión a partir de la Ley Concursal”, trabajo redactado para los participantes en el *Second Harvard-Complutense Seminal on Business Law “Governance conflicts and corporate insolvency”* y publicado en la página web de la Universidad Complutense, la presencia de los bancos en las grandes empresas se suele contemplar con un generalizado escepticismo. Se critica el “poder de los bancos”.