

CONSIDERACIONES SOBRE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO

Olga de Lamo Merlini*

Resumen

El automatismo con el que la vigente Ley Concursal ofrece una respuesta a la situación de las personas que presentan una especial relación con el concursado persona física, plantea una serie de problemas que parecen requerir de un intento de reinterpretación de los artículos a ellos dedicados. El trabajo intenta ofrecer algún apunte en lo referente tanto a la subordinación de dichas deudas, especialmente en lo relativo a aquellas nacidas y vencidas con anterioridad a la fecha del auto de declaración del concurso. Todo ello, acompañado de una reflexión sobre el significado de determinadas omisiones en el régimen jurídico propio de dichos sujetos.

Palabras clave

Concurso, persona especialmente relacionada, subordinación de créditos

*Olga de Lamo Merlini

Doctoranda del Departamento de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

1º. EL CONCEPTO DE PERSONA ESPECIALMENTE RELACIONADA CON EL DEUDOR

2º. LOS EFECTOS DEL CONCURSO PARA LA PERSONA ESPECIALMENTE RELACIONADA CON EL DEUDOR

2.1. Las consecuencias patrimoniales para la persona especialmente relacionada con el deudor

2.1.1. El art. 92.5º LC y la postergación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor

2.1.2. Consideraciones para una posible interpretación de la amplitud de las obligaciones de alimentos como créditos contra la masa

2.1.3. La posición de los créditos debidos a las personas especialmente relacionadas con el deudor por razón de su trabajo: los créditos salariales

2.1.4. Los créditos fundados en la responsabilidad extracontractual.

2.1.5. Las posibilidades de rescisión de los actos y contratos concluidos con las personas especialmente relacionadas con el deudor

2.2. Las consecuencias personales para la persona especialmente relacionada con el deudor: especial referencia a la adopción de medidas cautelares previas al auto de declaración.

3. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS EN EL DERECHO COMPARADO: EL ORDENAMIENTO ALEMAN Y EL NORTEAMERICANO

1º. EL CONCEPTO DE PERSONA ESPECIALMENTE RELACIONADA CON EL DEUDOR

Un trabajo cuya expresa finalidad es analizar las consecuencias que la declaración y tramitación de un proceso concursal – al amparo de la legalidad vigente – ha de suponer para las personas que tienen una relación directa con el concursado no puede tener otro punto de partida que la definición de éstas. Una definición contenida en el art. 93. 1º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según la cual “*se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:*

1º. El cónyuge del concursado o quién lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

2º. Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a las que se refiere el número anterior.

3º. *Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado*”.

Un concepto, pues, amplísimo, respecto del cual es obligado efectuar una serie de consideraciones, en el entendimiento de que la exhaustividad con la que el legislador ha querido perfilar el concepto proporcionado no parece haya supuesto un correlativo grado ni de seguridad, ni de justicia. Así, en primer término, porque, aun cuando resulta loable la inclusión junto a las parejas matrimoniales de aquéllas que lo son de “hecho”¹, se hace necesario resaltar los problemas asociados a la acreditación de éstas últimas, fruto de la inexistencia de una regulación legal estatal - común - en la materia. Una “laguna general” que, implicando la remisión a una legislación autonómica dispersa y heterogénea², sólo supone, en el fondo, la intensificación de la problemática asociada, en la medida en que no puede desconocerse que, en ocasiones, la acreditación jurídica

¹ Por otra parte, no podría ser de forma distinta si se tiene en cuenta que una de las finalidades expresamente declarada en la Exposición de Motivos de la LC era la de eliminar los defectos que presentaba la anterior legislación en la materia: *“arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente”*. Con todo, parece que hasta aquí llega la voluntad de equiparación – no sólo en la bueno, sino, también, en lo malo – entre ambas categorías, tal y como se sostendrá más adelante.

² Sin intención de ofrecer otro dato más que el relativo a la variedad cuantitativa que se ofrece en el ámbito autonómico, a título de mero ejemplo, cuentan con una regulación propia Comunidades como **Madrid** -Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho y Decreto 134/2020, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; **Cataluña** -Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables; **Aragón** -Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas; **Valencia** -Ley 1/2001, de 6 de abril, de Convivencia y Uniones de Hecho; **Andalucía** — Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; **País Vasco** -Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de Parejas de Hecho...

Con todo, y aun cuando suponga exceder el propósito del presente trabajo, entiendo que hay que tener en cuenta las consecuencias derivadas del juego conjunto de tanto de la ausencia de una regulación estatal cuanto de la eficacia territorialmente limitada de los regímenes autonómicos relativos a la constitución/acreditación de las parejas de hecho. Especialmente, ya no el que lo que para un ordenamiento autonómico es pareja de hecho no tenga porqué serlo para otro de igual naturaleza, sino la posibilidad de que la recepción singularizada de éstas por las normas del Estado haya de quedar limitada a la sede jurídica propia de la norma que la dispone. Y, en este sentido, la Ley Concursal guarda silencio.

de la concurrencia en el conviviente de la condición de “*persona especialmente relacionada*” sólo resultará posible mediante el recurso a hechos, no de difícil conocimiento, sino de imposible prueba. Y ello porque, en definitiva, lo que en última instancia habría de justificarse no es otra cosa más que la convivencia es -o ha sido- *more uxorio*.

Ahora bien, si lo dicho es cierto, puede que la constatación de la concurrencia de la condición analizada resulte predicable de “compañeros de hecho” -que no parejas-, toda vez que no sería desproporcionado considerar que la circunstancia resulte apreciable en quienes, simplemente, comparten con el concursado la vivienda habitual, cuando, por ejemplo, así conste por razón de su empadronamiento³. Unas posibilidades que, extravagantemente, podrían suponer que aquél que conviviese con el concursado se viese en la necesidad de discutir el presupuesto determinante de la convivencia, en la medida en que la omisión de todo requisito adicional – jurídico – que permita adjetivarla parece que permite su presunción como marital. De esta forma, y a modo de ejemplo, quien comparte la vivienda sólo por razón de la titularidad de un derecho de habitación – o por simple amistad – puede verse en la situación de tener que recurrir, no las decisiones de calificación crediticias adoptadas por la Administración concursal, sino su presupuesto básico, es decir, la condición de persona especialmente relacionada que se la atribuye por tal motivo⁴.

³ En este sentido, “*la disyuntiva personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido con él (concurtido), conduce a que, al parecer, merezca la degradación crediticia, [...], aquella tata de toda la vida cuya condición de tata no era incompatible, [...], con la de titular de un patrimonio suficientemente saneado como para haber decidió ayudar en el negocio de mercería perteneciente a su señora, una señora con la que continúa conviviendo..., habitualmente y siempre sin sexo*”. Mariano Yzquierdo Tolsada, en “La Tribuna del Derecho”. Febrero de 2010, página 16.

No es una cuestión baladí. Así, tras la reforma del art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, la acreditación de la condición a efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad exige, entre otros, que la prueba de la convivencia tenga lugar, exclusivamente, mediante tal circunstancia.

⁴ Como señala Cuenca Casas, si “*tenemos en cuenta la diversidad legislativa en nuestro territorio nacional respecto a la constitución de la pareja no casada, que sólo precisa de inscripción constitutiva en algunas Comunidades Autónomas 43*”, lo cierto es que es extraordinariamente sencillo «esconder» a esta pareja y evitar las consecuencias que de tal consideración se derivan en el proceso concursal”. Cuenca Casas, M. “Algunas deficiencias de

Creo que es preciso resaltar que no existe mecanismo alguno en la LC que permita que el juez del concurso pueda tener conocimiento de la existencia del miembro de la pareja del concursado. Y ello porque así como el art. 6 LC ordena al deudor que solicita la declaración de concurso voluntario que incluya en la memoria si está casado y, en su caso, el régimen económico del matrimonio (requerimiento que debe realizarse también en caso de concurso necesario, art. 21.3 LC), tal requerimiento no se extiende a la situación de convivencia marital.

Así, quizás hubiera sido deseable que el legislador hubiese señalado alguna exigencia que actuase a modo de freno ante las posibles calificaciones del órgano del concurso, en la consideración de que en otros sectores del ordenamiento estatal sí que se ha preocupado por regular las vías de acreditación de la pareja de hecho, pese a la inexistencia de norma legal al respecto, reduciendo el círculo de las parejas *de facto* en las que jurídicamente concurre dicha condición⁵.

En este mismo sentido, también resulta posible tener en cuenta que, si la equiparación entre ambas categorías de relaciones de análoga afectividad trae causa en

la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”. En Revista Aranzadi doctrinal, núm. 7/2009. Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2009.

⁵ En este sentido, el art. 174. 3º del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al exigir que la acreditación de la condición de pareja de hecho, a los efectos del reconocimiento del derecho a percibir la pensión de viudedad pertinente, tenga lugar no sólo mediante la aportación del correspondiente certificado de empadronamiento, sino, además, “*mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar[...], cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica*”. Hay que hacer constar que la actual redacción del artículo es obra de la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.

De esta forma, si fuese una exigencia trasladable al ámbito concursal, la Administración del concurso sólo podría atribuir la condición de persona especialmente relacionada a un conviviente cuando se cumpliesen los requisitos exigidos por el TRLGSS. Todo ello, teniendo en cuenta los posibles obstáculos que para la aplicación analógica de los requisitos de acreditación de la pareja de hecho establecidos en un sector del ordenamiento estatal se han señalado en la nota 3.

una situación de convivencia asimilable, es difícil comprender por qué se excluyen del círculo de las personas especialmente relacionadas con el concursado aquéllas que, habiendo sido pareja de hecho, no han cohabitado habitualmente. Una excepción en la que no parece que estén incluidos, según el tenor literal del precepto, los que han sido cónyuges o pareja de hecho si su convivencia fue discontinua. Todo ello, sin descuidar que tendrán dicha consideración los separados de hecho o de derecho -no convivientes ni continua ni discontinuamente-, aun cuando no exista convivencia en ningún orden, porque siguen siendo cónyuges⁶. Unas afirmaciones de las que es posible extraer, como conclusión, el que la adaptación a la realidad social existente no ha supuesto un tratamiento jurídico igualitario de la causa justificante de la calificación del sujeto como persona especialmente relacionada, cuya justificación no es fácil de alcanzar⁷.

Así las cosas, esta primera categoría de personas especialmente relacionadas con el concursado -en la medida en que el vínculo que los une a éste puede variar en el tiempo-, va a ver limitado “*el ámbito temporal de la concurrencia de la circunstancia legal, extendiéndose a los dos años anteriores a la declaración del concurso*”⁸. Una retroacción que procederá siempre desde la fecha del auto de declaración, con independencia de que el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante, no formulase oposición en plazo, no comparezca, o que el recurso de apelación planteado contra aquél sea desestimado. Eso sí, la retroacción y sus consecuencias tienen un presupuesto previo: que llegue a conocerse la existencia de la persona afectada. Y es en este punto en el que, como señala Cuenca Casas, la LC ofrece otro ejemplo del

⁶ En este sentido, Cuenca Casas señala “*me parece censurable que la separación judicial o de hecho no tengan ningún tipo de efectos en cuanto a la subordinación de los créditos. Si la convivencia marital justifica la inclusión de las parejas no casadas, la separación judicial o de hecho debe conducir a la exclusión de los cónyuges, al igual que lo que sucede en el art. 78.1 LC. No se han incluido probablemente por las posibilidades de fraude que, sin embargo, también pueden darse en las parejas no casadas respecto del cese de la convivencia*”. Cuenca Casas, M. “*Algunas...*” (op.cit).

⁷ La falta de homogeneidad en el tratamiento parece que puede ser consecuencia ya no de la inexistencia de una regulación estatal de las parejas de hecho, sino de su mera ordenación jurídica. Y es que, si ésta tiene lugar, parece que la pareja ya no puede ser de *facto*. De esta forma, su consideración legal autonómica ha podido suponer la aparición de un híbrido, o *tertium genus*, de difícil encaje. El problema, en el fondo y en lo que concierne a este ámbito, parece radicar en la culpabilización automática de las personas que mantienen una relación afectiva con el concursado, de manera que, sobre esta base defectuosa, parece que el Legislador estatal lo que ha intentado es no ofrecer flancos débiles desde el punto de vista del art. 14 CE.

⁸ Matilde Cuenca Casas, “*Algunas...*” (op.cit).

tratamiento desigual del matrimonio, toda vez que, literalmente, el art. 6.2.2º. LC, en los supuestos de concurso voluntario, sólo exige que el deudor haga constar en la memoria económico-jurídica que ha de presentar la identidad de su cónyuge con expresión del régimen económico-matrimonial.

Ahora bien, quizás sea posible sostener no que una interpretación sistemática obligue a considerar incluida en el deber de información a la pareja de hecho que pudiera existir, sino que, y a beneficio de inventario, no hay tratamiento desigual en la exigencia legalmente establecida. En este sentido, lo primero a tener en cuenta es que el art. 6.2.2º LC, en su literalidad, condiciona el deber analizado al hecho de que el deudor estuviese casado. De esta manera, el tiempo verbal empleado sugiere que la constancia de la identidad y del régimen económico existente no ha de tener lugar en todos aquellos casos en los que el solicitante de la declaración no lo está en el momento de la presentación de la solicitud, ya porque nunca ha existido vínculo matrimonial, ya porque se está divorciado. Una afirmación que considero que debe ponerse en relación con la que parece ser la finalidad de la documentación requerida por dicho artículo, que no es otra más que la acreditación de la situación de insolvencia, es decir, del presupuesto objetivo del auto de declaración del concurso. Así, la exclusiva mención del cónyuge actual se inserta en lo que es un intento de determinación del patrimonio global del concursado, y no de calificación anticipada de los créditos integrantes del pasivo⁹.

Y es que, en este sentido, el art. 6 LC no sólo obliga a la presentación de una memoria económica, sino también tanto de *“un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación*

⁹ En este sentido, *“La solicitud de la declaración del concurso debe acompañarse además de toda la documentación prevista en el artículo 6 LC. Un examen somero de esta documentación parece poner de manifiesto que la LC busca que el concurso solicitado por el deudor no se declare sobre la base de una presunción de insolvencia, sino sobre la prueba real de ésta. Nada impide, además, que el deudor aporte con su solicitud documentos no enumerados en el art. 6 LC que puedan apoyar la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso”*. Peiteado Mariscal, P *“La declaración del concurso”*. Editorial Thomson.-Cívitas, Págs.116-117.

del valor real actual”, cuanto de “*una relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas*” -apartados 3º y 4º del párrafo 2-.

De esta forma, pudiera entenderse que la exclusiva mención al actual cónyuge no es más que un intento de clarificar cuál es la situación -a efectos de una primera valoración de la corrección del inventario presentado- de aquellos bienes y derechos cuya titularidad no corresponda exclusivamente al concursado, de forma que, pese a ello y por resultar integrantes de la comunidad de gananciales vigente, hayan de incluirse en su totalidad¹⁰. Ahora bien, es cierto que esta interpretación no ofrece una explicación satisfactoria de dos situaciones. Así, de un lado, la del cónyuge separado judicialmente, y, de otro, la de las parejas de hecho que hayan llevado a cabo algún pacto de naturaleza económica. En cuanto a la primera, parece obligado considerar que si bien habrá de expresarse su existencia, ésta carece de significación, toda vez que la extinción del régimen ya habrá tenido lugar, *ex art. 1392.3º CC*¹¹. En lo relativo a la segunda, considero que el problema sólo habría de plantearse en aquellas situaciones en las que los miembros de la pareja hubieran acordado que, tras su constitución, los bienes que pudieran adquirirse individualmente tuvieran la consideración de bienes comunes, es decir, de bienes de titularidad conjunta. Ahora bien, esta posibilidad no creo que pueda

¹⁰ Según el art. 77 LC, en relación a los bienes conyugales “Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado”. Es decir, todos.

Entiendo que fuera de estos supuestos, y salvo en lo que concierne al concurso de la herencia, la titularidad conjunta de un bien ha de suponer la inclusión sólo del porcentaje concreto que corresponda al deudor.

¹¹ De esta forma, podría entenderse que el legislador concursal lo único que pretende es abarcar todos aquellos datos que hayan de tenerse en cuenta a los fines señalados. Es más, en este intento, tratándose del concurso de una herencia, exige al deudor la indicación en la memoria de los datos del causante.

En este sentido, y someramente, me parece que dicha exigencia puede ser especialmente reveladora de la intención del legislador, en la medida en que, procediendo la documentación requerida por el art. 6 LC sólo en los supuestos de concurso voluntario, no parece que la mención al causante sea procedente, en la medida en que, si el concurso de la herencia sólo puede tener lugar o cuando no se ha aceptado o cuando se ha aceptado a beneficio de inventario, el concurso parece que ha de ser siempre necesario.

justificar la idea de un tratamiento desigual de los matrimonios en régimen de gananciales.

En este sentido, y en principio, parece factible que la pareja de hecho pueda pactar la existencia de la situación expresada, en la medida en que, *ex art. 1255 CC*, “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”. Ahora bien, entiendo que la valoración de tales pactos ha de ser realizada teniendo en cuenta una serie de consideraciones. Así, en primer lugar, que el deseo de que los bienes adquiridos individualmente pertenezcan conjuntamente a los dos miembros de la pareja no puede considerarse equivalente a lo que realmente significa la existencia del régimen de gananciales. Y ello porque éste no supone otra cosa más que la instauración, el nacimiento de un conjunto patrimonial separado, sin personalidad jurídica propia, en el que se integran los bienes señalados por voluntad de la ley - arts. 1346 y ss. CC - y respecto de los cuales los cónyuges ostentan durante su vigencia una titularidad por cuotas ideales. De esta forma, en realidad lo que habría que considerar es si a aquéllos les está permitido pactar la asunción como patrón de ordenación económica de su vida en pareja el régimen de gananciales.

Y, en la consideración de que lo que pueda decirse excede el objeto del presente trabajo, creo que la solución a tal cuestión ha de fundarse en dos observaciones. De un lado, que en la actualidad no existe una regulación estatal de las parejas de hecho, de manera que en este ámbito las facultades que en orden al establecimiento de pactos pudieran tener serán las mismas que les corresponden en cuanto meros particulares. Por ello, en segundo lugar, que parece que el CC sólo ha previsto una posibilidad al respecto: que lo que se acuerde sea la constitución de una sociedad universal, en este caso, de ganancias -art. 1675 CC-. Ahora bien, y dejando al margen consideraciones como la referente a la personalidad jurídica propia de éstas o el posible condicionamiento de su nacimiento a la voluntad expresa de los sujetos que la constituyen, lo cierto es que su existencia habría de ser necesariamente consignada en la

memoria exigida por el art. 6 LC, pese a que no se exija la mención de la pareja fundadora.

En otro orden, el legislador también ha optado por afirmar como personas especialmente relacionadas a los ascendientes, descendientes y hermanos del insolvente. Una calificación razonable, desde el punto de vista de la desconfianza que justifica la existencia de esta categoría, si no fuera porque resulta, paradójicamente, excesiva y estrecha en su construcción. En cuanto a lo primero, tanto porque la condición analizada también habrá de concurrir en los que lo sean de las personas señaladas en el párrafo anterior, cuanto porque no se establecen limitaciones en los grados de parentesco salvo las derivadas de la naturaleza. Lo segundo, porque si lo que se busca es estrechar el círculo de los posibles colaboradores en los intentos de defraudar a los acreedores del concursado, el legislador concursal se olvida de parientes mucho más aptos a tales fines que los señalados, como, a modo de ejemplo, los tíos o sobrinos del deudor.

Todo ello, teniendo en cuenta que, reincidiendo en lo que parece una constante, introduce nueva distinción entre matrimonios y parejas de hecho, al limitar la concurrencia de la especial relación, tratándose de las personas con las que los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado mantienen un vínculo de afectividad, a aquéllas en las que dicha relación se ha traducido en una, necesariamente, de naturaleza matrimonial, *ex art. 93.1º apartado 3º LC*¹². Una desigualdad que parece poner de manifiesto que la preocupación por la equiparación entre ambas categorías de parejas puede ser, sino aparente, cuando menos discontinua en su manifestación.

Así las cosas, no cabe duda de que el fundamento, tanto de la existencia de dicha categoría, cuanto de las consecuencias jurídicas asociadas, parece radicar en la posibilidad de que la familia sea *“utilizada para defraudar los derechos de los acreedores y de una suerte de corresponsabilidad, [...] en la situación de crisis. La*

¹² Todo ello, sin descuidar que, en relación a los primeros, no se señala grado alguno para la procedencia de la calificación, quizás, por considerar que el interés de los acreedores justifica, por su relevancia, la inseguridad resultante.

estrecha vinculación entre el deudor y sus familiares hace que éstos estén en condiciones de obtener una precisa información sobre la situación económica de aquél, pudiendo participar en los efectos de su futura insolvencia e incluso influir en el deudor para que éste lleve a cabo actuaciones que tengan por finalidad beneficiar su posición en el concurso, perjudicando a la masa de acreedores”¹³.

Sin otra pretensión más que la de resaltar los problemas que la definición de persona especialmente relacionada con el deudor persona física pueden derivarse tanto para la seguridad jurídica, cuanto para la igualdad en el tratamiento de aquéllos que mantienen una relación directa con el concursado, cabe concluir que “ni siendo los que están, ni estando todos los que son”¹⁴, entiendo que las dificultades que para la persona puede suponer tal calificación no provienen de ésta en sí misma considerada, sino de la “perversión” que supone asociar automáticamente al vínculo existente una serie de

¹³ Matilde Cuenca Casas, en “*Algunas deficiencias...*”, (op.cit.).

Con todo, y aun cuando no guarda una relación estricta con el objeto del estudio, la desconfianza manifiesta hacia las personas señaladas en el art. 93.1º LC y sus posibilidades de influir en las decisiones del concursado, puede que excedan el ámbito del concurso de la persona física, en la medida en que también pudieran justificar la concurrencia en aquéllos de la circunstancia de *persona especialmente relacionada* con el deudor-persona jurídica, al convertirlos en administradores de hecho, especialmente, de una de las figuras jurídico mercantiles de especial relevancia en el sector del trabajador autónomo: la sociedad unipersonal. En este sentido, y pese a que la presencia de una relación familiar o marital con el concursado-persona jurídica no resulta, *per se*, determinante de la condición afirmada, tampoco cabe desconocer que, en la elaboración jurisprudencial de la doctrina del denominado “levantamiento del velo”, los tribunales hayan perfilado un concepto de administrador de hecho que da cobijo a una serie de supuestos en los que el común denominador consistente en el ejercicio del poder de decisión se ve avalado por razón del parentesco existente.

Cabe señalar que resultan usuales las páginas web en las que se alienta a los autónomos la utilización de este tipo de persona jurídica de responsabilidad limitada. Por todas, www.autocupacio.org, a fecha de 11 de abril de 2010. En ella, literalmente, se afirma que “*posibilita la limitación de la responsabilidad sin la necesidad de contar con otros socios y legaliza una situación de hecho necesitada de regulación legal. Además, se mantienen todas las ventajas comentadas, [...], para las sociedades de responsabilidad limitada*”.

En el mismo orden, las estadísticas mercantiles elaboradas por el Colegio de Registradores de España revelan como a partir del año 2000 la constitución de sociedades unipersonales ha presentado una tendencia alcista -a modo de ejemplo, en el año 2007 experimentaron un crecimiento interanual del 11, 4%-, que sólo se ha visto interrumpido desde 2008, dentro de un marco general de retroceso en la creación de sociedades mercantiles. Fuente: www.registradores.org.

¹⁴ Así, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Cuenca, nº, de 9 de marzo de 2010 -que resuelve el incidente concursal 277/2009-, hace referencia “*al carácter difuso de la figura de personas especialmente relacionadas con el deudor, limitándose la Ley a establecer un numerus clausus, siendo desarrollado en muchas ocasiones por la propia casuística*”. Una afirmación de difícil valoración, toda vez que pudiera suponer tanto un correctivo de las exorbitantes consecuencias que se han señalado en el texto, como todo lo contrario.

efectos negativos para su patrimonio, cuyo análisis ya es propio del segundo de los apartados de este trabajo.

2º. LOS EFECTOS DEL CONCURSO PARA LA PERSONA ESPECIALMENTE RELACIONADA CON EL DEUDOR

En principio, sería lógico considerar que las consecuencias derivadas de la concurrencia en un sujeto de la condición de persona especialmente relacionada con el concursado habrían de presentar una naturaleza patrimonial. Sin embargo y en la medida en que tales efectos ni aparecen limitados al plano señalado, ni, dentro de éste, a una única posibilidad, considero que se hace necesario esquematizar su exposición según lo dicho, e iniciarla, por su relevancia, con el análisis de los primeros.

2.2. Las consecuencias patrimoniales para la persona especialmente relacionada con el deudor

Como introducción al estudio de dichas consecuencias, considero que es necesario reiterar que el tratamiento que la LC ofrece de tales sujetos parece fundado en la desconfianza que el legislador concursal manifiesta hacia ellos, ante la posibilidad de que su cercanía con el concursado haya podido ser utilizada para defraudar, en un sentido genérico, las expectativas de cobro de los restantes acreedores. Por ello, el primero de los efectos a tener en cuenta no puede ser otro más que el relativo a la calificación que hayan de merecer los créditos de los que las personas especialmente relacionadas resulten ser titulares.

2.1.1. El art. 92.5º LC y la postergación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor

En principio, según el art. 92. 5 LC, tendrán la consideración de créditos subordinados aquéllos de “*los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número 1 del artículo 91 cuando el concursado sea natural*”. Es decir, *prima facie*, todos, salvo “*los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, [...], las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, [...], (y) las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”¹⁵.

Dicho lo anterior, y posponiendo el estudio de la excepción expresamente dispuesta por dicho artículo, considero que se hace necesario averiguar si es necesario introducir en la generalización efectuada una serie de matizaciones, a fin de tener en cuenta los resultados a los que puede conducir el juego conjunto de otras circunstancias, como pudieran ser, de un lado, la naturaleza que la propia LC reconoce al concreto crédito del que se trate, y, de otro, la fecha de su título de constitución o de su vencimiento. De esta forma, parece que es posible analizar dos categorías de créditos de los que la persona especialmente relacionada puede ser titular tomando como punto de partida la diferenciación que el art. 84. 2ºLC efectúa entre créditos concursales y créditos contra la masa¹⁶. Una diferenciación esencial, toda vez que los segundos no pueden ser objeto de ningún tipo de calificación condicionante de un concreto orden de

¹⁵ Para Fernández Campos, citando a Sánchez Calero, “*esta nueva categoría de créditos subordinados tiene su precedente en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitadas, respecto de los llamados «préstamos internos» o concedidos por los socios a la propia sociedad. Aunque hay importantes diferencias entre la regulación final de la ley concursal y la contenida en el Anteproyecto de 1993: éste art. 311 se refería a «créditos contraídos por necesidades de financiación que un ordenado empresario hubiera cubierto mediante aportaciones de capital*”. Fernández Campos, J.A. en “Reintegración del patrimonio del concursado”. Anales de Derecho-Universidad de Murcia, núm.25, 2007, págs. 13 a 43.

¹⁶ No desconozco que también sería posible analizar la posición de estos créditos tomando en consideración la naturaleza del título del que traen causa, y, así, diferenciar, a modo de ejemplo, entre aquéllos que surgen de una obligación legal de alimentos, los que tienen su fundamento en un contrato, los derivados de la responsabilidad extracontractual. Con todo, he optado por los criterios que se señalan en el texto en la medida en que parecen ser el patrón determinante de la calificación que la deuda ha de merecer, y, por tanto, de su posición a efectos de cobro, que es, en definitiva, lo que pretende analizarse en este epígrafe.

prelación en el cobro, en la medida en que resultan, simplemente, prededucibles, es decir, no forman parte de la masa pasiva del concurso, *ex art.* 84.1º LC.

En este sentido, tendrán dicha consideración, según dispone el art. 84.2.4º LC, *“los alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta Ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el Juez de Primera Instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*¹⁷. Un precepto que implica que tales créditos, pese a ser ostentados por personas especialmente relacionadas con el deudor, no sólo no han de resultar subordinados, sino que han de afirmarse como de abono preferente, toda vez que el art. 154 LC dispone al respecto que el pago de créditos contra la masa procederá antes de que tenga lugar el de los créditos concursales, deduciendo del activo los bienes y derechos necesarios -salvo los afectos al pago de créditos con privilegio general-, en el momento de su vencimiento, y cualquiera que sea el estado del concurso.

Ahora bien, en un intento de desentrañar las complejas relaciones existentes entre los preceptos de la LC, ha de entenderse literalmente que en el párrafo analizado se diferencia entre tres clases de créditos por alimentos que resultan serlo contra la masa. En primer lugar, aquéllos en los que el alimentista es el propio deudor -que aparece como acreedor de la masa activa, en virtud de lo dispuesto, también, por el art. 47.1 LC-. De otro lado, y en segundo término, los fundados en un deber legal conforme a lo

¹⁷ Dentro de la obligación legal de alimentos tendrían cabida, de un lado, aquellos deberes impuestos por el art. 143 CC, y, de otro, y como efecto derivado de la patria potestad, los debidos a los hijos menores. Como señala Cuenca Casas, tanto el presupuesto cuanto el alcance de tales obligaciones son muy diferentes, en la medida en que en el segundo supuesto ni es necesaria la concurrencia de un estado de necesidad ni se limitan a lo estrictamente necesario para la subsistencia del alimentista. Cuenca Casas, “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores”. ADCo 20/2010-2, págs. 65-108.

El Título I del Libro IV de la LEC regula los procesos sobre capacidad, matrimonio, menores y filiación.

establecido por la propia LC sobre su procedencia y cuantía. Y, por último, los que traigan causa de una sentencia dictada en Primera Instancia, en alguno de los procesos del Título I del Libro IV LEC, y en toda la extensión con la que hayan sido fijados por una resolución posterior a la declaración del concurso¹⁸.

Así, prescindiendo de la situación del deudor-alimentista, el art. 84.2.4º LC señala, en primer lugar, como créditos contra la masa los alimentos de origen legal, en los términos que la LC disponga sobre su procedencia y cuantía. Unos deberes que encuentran su primera fuente en el art. 143 CC, que dispone que *“están obligados recíprocamente a darse alimentos, en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1º. Los cónyuges. 2º. Los ascendientes y descendientes. Los hermanos sólo se deben auxilios necesarios para la vida, cuando necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”*. En relación a las características que han de presentar tales deberes para poder ser conceptuados como créditos contra la masa, en principio no parece que el art. 84.2.4º LC exija la de que hayan sido fijados por una resolución judicial, en la medida en que dicha condición parece predicable sólo respecto de la tercera de las clases de alimentos. De esta manera, puede que dicha calificación se afirme tanto en aquéllos que sean voluntariamente abonados por el concursado -eso sí, si concurre la situación de necesidad en el alimentista que opera como presupuesto de la obligación legal¹⁹-, cuanto de los que nazcan de la sentencia con la que se ponga fin al correspondiente juicio verbal en el que se haya tramitado una demanda por la que se *“soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título”* -art. 250. 1º.8 LEC-. Ahora bien, al lado de los deberes mencionados, considero que también resultaría posible afirmar aquellos otros existentes para con los hijos menores y que se derivan de la patria potestad, e,

¹⁸ En defensa de tal interpretación, en la que se condicionan los requisitos que han de concurrir en los créditos consignados y que se pretende fundada en la literalidad del precepto, hay que señalar que en su redacción el legislador ha optado por utilizar como elementos sintácticos delimitadores de las tres categorías señaladas no sólo la conjunción copulativa “y”, sino también la expresión *“así como”*. Unas afirmaciones que, de resultar ciertas, creo que permiten las siguientes consideraciones.

¹⁹ En caso contrario, parece lógico considerar que la Administración concursal no podría más que negar la inclusión del crédito – si llegara a insinuarse – en el pasivo, sin perjuicio de que los actos de abono que hubieran tenido lugar también fueran impugnados al amparo de los arts. 71 y ss. LC.

incluso, los que existen a favor del cónyuge, todos dentro de una situación de normalidad matrimonial, en la medida en que son alimentos debidos legalmente. Unos alimentos que, por tanto, correrían la misma suerte que los primeramente expuestos, y, respecto de los cuales, globalmente, cabe preguntarse, de un lado, si la afirmación de la obligación como crédito contra la masa está condicionada por el momento en que ha nacido, y, de otro, qué significa su supeditación a la exigencia de que el deber tenga lugar conforme a lo previsto por la LC en relación a su procedencia y cuantía.

Posponiendo el estudio de la primera de las cuestiones planteadas, en cuanto a lo segundo, considero necesario exponer dos consideraciones, en la medida en que justifican el porqué de la solución que entiendo que puede existir: su determinación al amparo de lo que el art. 47.1 LC establece para el alimentista deudor cuando se trate de obligaciones de alimentos voluntarios, en cuanto no establecidas judicialmente. Así, en primer lugar, porque tal es la conclusión que parece que ha de sostenerse si se quiere ser coherente con la interpretación literal del art. 84.2.4º LC, que parece someter los alimentos tanto del concursado cuanto de los sujetos respecto de los que exista obligación legal a la misma condición -que su procedencia y cuantía tengan lugar conforme a las previsiones de la LC-, al englobarlos en una única mención -“*los alimentos del deudor y de las demás personas*” -. De otro, porque cuando la obligación venga señalada en una sentencia firme anterior a la declaración del concurso, a la interpretación literal ha de sumarse la sistemática, de forma que parece que no pueda desconocerse que al disponer el art. 53 LC la vinculación del juez a aquélla, parece que se hace necesario que el tratamiento de dichos deberes se reconduzca -analógicamente- a lo dispuesto para el tercero de los casos previstos en el art. 84.2.4º LC.

De esta forma, en atención a lo dicho, parece que puede ofrecerse una primera conclusión respecto de la condición concursal de aquellas obligaciones de alimentos de carácter voluntario en las que el alimentista es o uno de los sujetos mencionados en el art. 143 CC o los hijos menores y el cónyuge en los supuestos en los que no exista crisis matrimonial alguna.: estamos ante créditos contra la masa, cuya “*cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración*

concurzal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concurzal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos” -art. 47.1 LC-. Una procedencia que no parece que pueda fundarse en la mera consideración de la efectiva existencia del estado de necesidad del alimentista, sino, además, en la posibilidad tanto de que el alimentante – es decir, a efectos prácticos, la masa activa del concurso – pueda asumir dicha responsabilidad, cuanto en que los alimentos no puedan ser prestados por otro sujeto obligado legalmente -por analogía con lo dispuesto por el art. 47.3 LC para los fijados en resolución judicial-.²⁰ Únicamente resta decir que, tratándose de alimentos de carácter voluntario, los problemas que se presenten sólo puedan venir referidos a la pretensión de que subsistan con posterioridad a la declaración del concurso, es decir, no obligarían a analizar cuál es su situación a efectos de cobro, puesto que no parece lógico considerar que hayan podido dar lugar a créditos vencidos y no satisfechos.

Ahora bien, lo dicho no aclara las dudas existentes ni respecto de aquellos alimentos fijados en una sentencia, ni de la suerte que han de correr si ésta es anterior a la declaración del concurso. Unos problemas cuya solución considero que exige un análisis previo del tercero de los créditos por alimentos señalado en el art. 84.2.4º LC, en la medida en que su estudio obliga a tener en cuenta otro de los artículos esenciales a la hora de descifrar la condición de ambas clases de deberes: el artículo 47 LC. De esta forma, cabe plantearse el significado de la última de las obligaciones señaladas.

En este sentido, hay que recordar que el legislador afirma como créditos contra la masa, en toda la extensión que se fije en una resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los alimentos establecidos en una sentencia dictada en alguno de los procedimientos del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a los procesos sobre capacidad, matrimonio, menores y filiación. Es decir, estamos ante aquellas obligaciones establecidas para con los hijos, en principio, derivadas de la patria potestad y que se concretan judicialmente en los supuestos de crisis matrimonial y declaración de la filiación. Unos deberes que, asimismo, también están regulados en el art. 47.2 y 3º LC, párrafos según los cuales “*la obligación de*

²⁰ En este sentido, Carlos Manuel Díez Soto, en “*Concurrencia y Prelación de Créditos*”. Editorial Reus S.A. 2008.

prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se satisfará con cargo a la masa activa. En el supuesto previsto en el apartado anterior, las personas respecto de las cuales el concursado tuviese deber legal de alimentos sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del juez del concurso, que resolverá por auto sobre su procedencia y cuantía”.

De esta forma, lo primero a tener en cuenta, como señala Cuenca Casas, es que la interpretación sistemática de los arts. 47.3 y 84.2.4º LC obliga a considerar que tales créditos sólo lo serán contra la masa cuando la sentencia resulte ser posterior a la fecha del auto de declaración del concurso, en la medida en que si bien el primero de los artículos no establece ningún tipo de límite temporal, sí que lo hace el segundo al disponer que dicha obligación será contra la masa en toda la extensión que se fije en una resolución posterior a dicho momento. Una solución coherente con las facultades de intervención que se le conceden a la Administración concursal en los procesos personales cuando en ellos hayan de ventilarse cuestiones patrimoniales, como sucede, precisamente, en los del Título I del Libro IV de la LEC.

Así, las condiciones en las que ha de considerarse subsistente la obligación de alimentos fijada en sentencia anterior habrían de estar reguladas en el art. 47.3 LC, en los términos señalados, que plantean, *prima facie*, un problema esencial: la posibilidad de que las facultades concedidas al juez del concurso supongan una excepción a la fuerza de cosa juzgada, incoherentes con lo establecido por el art. 53 LC.

En este sentido, se hace absolutamente imprescindible señalar la solución proporcionada por Cuenca Casas, para la que el artículo mencionado “*autoriza al Juez del concurso a determinar qué cuantía de la pensión de alimentos fijada por el Juez civil se abonará con cargo a la masa, cosa que el Juez del concurso no podría hacer si*

no le autorizara expresamente una norma, dada la falta de competencia en esta materia (art. 8.1 LC). [...] el Juez del concurso no modifica la cuantía de la pensión fijada por el Juez civil, sino que determina qué proporción de la misma se abonará con cargo a la masa, para lo que habrá de tener en cuenta si hay recursos suficientes en la masa [...]. Se limita a determinar qué cuantía del crédito fijado por el Juez civil será crédito contra la masa. El exceso será debido, pero como crédito subordinado, dado que lo ostentan personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93 LC). Por lo tanto, entiendo que el Juez del concurso sí puede «modificar» la cuantía de una pensión fijada por un Juez civil, pero en el sentido antes expuesto y que afecta sólo a la clasificación del crédito. [...] Cosa distinta es que detecte que hay otras personas que pueden satisfacer tales alimentos al acreedor y exima al concursado de hacerlo»²¹. De esta forma, lo que sí que le está permitido al juez del concurso es proceder a una “disección” en la cuantía de la obligación, diferenciando entre la cantidad que, por considerarse imprescindible para la satisfacción del fin de la obligación, habrá de considerarse crédito contra la masa, y la restante, que habrá de ser deuda subordinada. Todo ello, sin descuidar que el titular de tales créditos no tiene por qué ser un hijo menor de edad, en atención al art. 93 CC, que dispone que “si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos”.

De esta forma, parece que también resulta clarificada la condición que habrán de ostentar las obligaciones de alimentos señaladas en los procesos aludidos, de manera que tanto si se trata de sentencias posteriores -*ex art. 84.2.4º L-*, como de anteriores - en los términos en los que se pronuncie la autoridad judicial, según exige el art. 43.3 LC - estaremos ante créditos contra la masa. Ahora bien, en estos momentos, se hace necesario traer a colación la interpretación que ha sido utilizada como hilo conductor de este estudio, en la que Cuenca Casas señala que, “*como se deduce del art. 47 LC, sólo tendrán la consideración de créditos contra la masa las prestaciones alimenticias autorizadas por el Juez del concurso y, por lo tanto, que venzan y sean exigibles después de la declaración de concurso. Por lo tanto, en el caso de que el concursado*

²¹ En el supuesto de que sí existieran personas igualmente obligadas a la prestación de alimentos el juez habría de interesar la modificación de la pensión fijada -en este sentido, los arts. 90 F) y 91 CC-. Cuenca Casas, M. “El derecho...”, (op.cit).

hubiera dejado de pagar pensiones alimenticias fijadas por resolución judicial, se trataría de un crédito concursal que habría de ser insinuado y clasificarse en el concurso con arreglo a las normas generales”, es decir, estaríamos ante créditos subordinados por resultar ostentados por personas especialmente relacionadas con el deudor. Una situación, no ya incongruente, sino posiblemente inconstitucional, en la medida en que supondría una vulneración del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE, según la doctrina del Tribunal Constitucional, que exige que situaciones idénticas reciban un mismo tratamiento jurídico, sin que puedan establecerse diferencias basadas en los criterios señalados por dicho artículo, y que parece que sí que serían tenidos en cuenta si se permite un tratamiento dispar, ya sea por razón de la personación o no de la Administración concursal en el proceso del que traen causa, ya por la intervención del juez en la que se resume la autorización exigida por el art. 47.3 LC.

Ahora bien, retomando el estudio de la situación jurídica de las obligaciones legales de alimentos que tengan su origen en una resolución judicial dictada al amparo de los arts. 142 y ss. CC²², entiendo que se hacen necesarias dos observaciones. De un lado, que tratándose de aquéllas que se dicten con posterioridad a la declaración del concurso, parece posible que reciban un tratamiento análogo al establecido para los alimentos fijados en los procedimientos del Título I del Capítulo IV de la LC, en la medida en que, *ex art. 8 LC*, la competencia del juez del concurso es exclusiva y excluyente, entre otras materias, en lo concerniente a *“las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*²³. Es decir, es el órgano jurisdiccional concursal el llamado a resolver las pretensiones analizadas, de forma que los créditos que pudieran fijarse habrían de ser considerados contra la masa.

²² Considero que el análisis de los créditos resultantes de del denominado vitalicio excede tanto el objeto de esta trabajo cuanto de mis posibilidades. Sólo resta decir que, al respecto, Cuenca Casas, M. “El derecho...”, (op.cit).

²³ Sin embargo, para Díez Soto, la injusticia de esta interpretación obliga a su reconsideración, exigiendo que los alimentos de origen negocial - o, como el autor define, no litigioso - se afirmen como créditos contra la masa, eso sí, cumpliendo con los requisitos del art. 47.3° LC. Carlos Manuel Díez Soto, en *“Concurrencia y Prelación de Créditos”*. Editorial Reus S.A. 2008

Sin embargo, tratándose de resoluciones anteriores a la fecha de la declaración del concurso, no parece que exista previsión legal expresa que disponga su suerte, en la medida en que no parece que tengan cabida ni en los alimentos del art. 84.2.4º LC, ni en los del art. 47 LCC. De esta forma podría, genéricamente, entenderse que por razón de la concurrencia de los requisitos que el art. 4.1 CC exige para la aplicación analógica de las normas jurídicas - existencia de una laguna legal e identidad de razón entre los supuestos semejantes - sería posible que tales créditos hubieran de recibir el mismo tratamiento que los que han sido fijados en un proceso de los regulados en el Título I del Capítulo IV de la LC. De forma que, recapitulando, las concretas deudas vencidas y no satisfechas antes de la declaración del concurso tendrían que ser consideradas créditos subordinados y las posteriores contra la masa -o subordinadas- en función de la decisión adoptada por el juez, *ex art. 47.3 LC*.

Por último, dentro de la pluralidad de problemas que pueden presentar las obligaciones de alimentos en el ámbito el concurso, sólo resta añadir una breve referencia a las pensiones compensatorias reguladas en los arts. 97 a 101 CC, siempre en la consideración de que, jurídicamente, no pueden ser conceptuadas como alimentos²⁴. Unos créditos que, pese a la injusticia que ello puede suponer, habrán de tener la condición de crédito subordinado por resultar ostentados por persona especialmente relacionada con el concursado, toda vez que no es posible su inclusión en ninguna de las excepciones que a dicha calificación ofrece la LC. Y, todo ello, en la consideración de que aquéllas otras nacidas con anterioridad al momento al que el art. 93.1º LC retrotrae la existencia del vínculo matrimonial - dos años desde la fecha de la declaración del concurso - pudieran no tener dicha condición, en la medida en que no sería posible afirmar la concurrencia del presupuesto subjetivo de la calificación.

2.1.2. Consideraciones para una posible interpretación de la amplitud de las obligaciones de alimentos como créditos contra la masa

²⁴ Art. 97 CC: “*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia*”.

Ahora bien, con la declarada intención de realizar una lectura de los preceptos señalados que permita su adecuación a las exigencias constitucionales y en el entendimiento de que un trabajo de iniciación a la investigación propio del periodo de docencia exige un cierto esfuerzo en orden a la aportación de soluciones jurídicas a los problemas detectados, pudiera ser posible efectuar una serie de afirmaciones, siempre a beneficio de inventario.

Así, en primer término, que quizás sea posible efectuar una interpretación del significado de los denominados “créditos contra la masa” que, basada en la sistemática del propio texto legal, abra la puerta a la posibilidad de que ni la titularidad subjetiva de la deuda, ni el momento en el que haya tenido lugar su vencimiento, puedan suponer una variación en la calificación de la obligación. En este sentido, el punto de partida en su construcción es la constatación de la no inclusión en la misma sección del Capítulo III del Título IV -dedicado a la determinación de la masa pasiva- de los arts. 84 y 93. De esta forma, mientras que el primero se integra en la Sección I -“*De la composición de la masa pasiva y formación de la sección cuarta*” -, el segundo forma parte de la Sección III-“*De la clasificación de los créditos*”-. De esta forma, lo primero que puede tenerse en cuenta es que el orden de prelación de créditos que diseña la Sección III parece lógico entenderlo referido respecto de los integrantes de la masa pasiva configurada por la Sección I. Y, en este sentido, el propio art. 84 LC dispone que “*constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa*”.

Así, pudiera colegirse que aquellas deudas que según el art. 84 LC lo sean contra la masa, al no formar parte del pasivo clasificado en la Sección III, no pueden ser objeto de gradación en su abono según los criterios que dicha sección establece. Es decir, que en el pago de tales créditos no cabe postergación alguna por razón de la concurrencia en su titular de la condición de persona especialmente relacionada con el concursado, en la medida en que dicha calificación sólo puede resultar operativa cuando se trate de

créditos integrantes de la masa pasiva del concurso²⁵. De esta manera, podría entenderse que los créditos contra la masa lo son siempre y con independencia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Y ello porque pudiera ser que el legislador, a la hora de decidir los créditos que han de satisfacerse sin sometimiento a la jerarquía dispuesta en la Sección III, haya tenido en cuenta no sólo un criterio temporal -determinante de la inclusión de los generados con posterioridad a la declaración del concurso-, sino que, además, se haya fijado en la especial naturaleza de los títulos²⁶ de los que deriva la deuda²⁷, de forma que, en relación a estas últimas, no cabrían diferencias fundamentadas ni en el momento de nacimiento/vencimiento de la obligación, ni en las características que presente su titular. Así, en las obligaciones de alimentos.

De esta manera, cuando estuviéramos ante aquellas obligaciones de alimentos vencidas y no satisfechas con anterioridad a la declaración del concurso, lo procedente, a la luz de la lectura que se propone, resultaría ser, no su postergación, sino la aplicación de lo previsto para las posteriores en el art. 47.1 y 3 LC, es decir, la reconsideración de su procedencia y cuantía por el juez del concurso en los términos ya señalados. Unas afirmaciones que considero que pueden encontrar un apoyo adicional en dos consideraciones. Así, de un lado, en el hecho de que no todos los créditos dispuestos en el art. 84.2.4º LC se definen por la circunstancia de haber nacido y vencido con posterioridad a la declaración del concurso, en la medida en que la primera de todas las deudas dispuestas no son otras más que las salariales “*por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional*” -art. 84.2.1º LC-. De otro, en que

²⁵ Creo que abona esta interpretación el hecho de que siendo evidente la prioridad en el abono tanto de los alimentos, cuanto de los créditos salariales regulados en el art. 84 LC, el art. 92.5 ni siquiera los menciona a la hora de excluirlos de la subordinación. Una situación que pudiera explicarse si se entiende que tales deudas no forman parte de la masa pasiva.

²⁶ En este sentido, y en lo referente a los créditos debidos por responsabilidad extracontractual, “*Como mucho, la subordinación de los créditos de que fueran titulares personas especialmente relacionadas con el deudor debería restringirse a los créditos de origen contractual y no a cualquier crédito*”. Cuenca Casas, M. en “*Algunas...*”, (op.cit). Con todo, la expresión “naturaleza” no se emplea en el texto si no como equivalente a la especial situación de protección concurrente en el deudor y justificativa de la obligación y de su relevancia -el estado de necesidad de parientes, la protección del trabajador por cuenta ajena...-.

²⁷ Se trataría de una interpretación teleológica. En este sentido, Carlos Manuel Díez Soto, en “*Concurrencia y Prelación de Créditos*”. Editorial, Reus S.A. 2008.

la expresión “*en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso*” puede que no tenga por qué ser identificada con la sentencia que fija los alimentos, sino con esa autorización a la que alude el art. 47.3 LC -que es, precisamente, el significado que se le otorga cuando se valoran las posibilidades de que las obligaciones derivadas de títulos anteriores pero no vencidas puedan configurarse como créditos contra la masa-.

De esta manera, y a modo resumen, podría entenderse que el legislador concursal ha querido reconocer la especial trascendencia que las obligaciones de alimentos tienen, eso sí, sometiéndolas en su existencia, subsistencia y cuantía a los resultados derivados de la valoración de la situación patrimonial del concursado efectuada por el Juez o la Administración concursal, según sea el caso²⁸.

2.1.3. La posición de los créditos debidos a las personas especialmente relacionadas con el deudor por razón de su trabajo: los créditos salariales

En este sentido, el art. 91.1º LC -al remite el art. 92.5 LC y siempre que el concursado sea persona natural-, dispone, en principio, que “*los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago*”, tendrán la consideración de créditos con privilegio general. De esta forma, cabe entender que, junto a esta primera excepción a la regla de la subordinación, existen otros dos que también han de serlo: de un lado, los créditos refaccionarios señalados en el art. 90. 1º.3 LC -dotados de un privilegio especial-, y, de otro, los créditos “*por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional*” y los “*créditos*

²⁸ Cabría objetar en contra que a tales fines hubiera bastado con que en el art. 84.2.4º se afirmaran genéricamente como créditos contra la masa las obligaciones legales de alimentos que pesaran sobre el deudor, sin abundar en distinciones. Ahora bien, es posible que el legislador se haya visto “obligado” a prescindir de tales generalizaciones en la medida en que la redacción del art. 47 LC no contempla, desde un punto de vista estricto, los alimentos legales regulados en los arts. 142 a 153 CC.

Cuestión distinta es el mayor grado de fortuna en la redacción del precepto.

por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso”, ex art. 84.2.1º y 5º LC, créditos contra la masa.

De esta manera, recapitulando, y pese a que el titular del crédito salarial sea una persona especialmente relacionada con el concursado, no tendrán la condición de deudas subordinadas ni las debidas por los salarios de los treinta días anteriores a la declaración del concurso o por los devengados con posterioridad a la misma -créditos contra la masa-, ni las salariales que puedan conceptuarse como refaccionarias -es decir, aquéllas que tienen los trabajadores respecto de los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado-, que están dotadas de un privilegio especial, ni, por último, las debidas por salarios de fecha anterior a los treinta días previos a la del concurso, en la cuantía del art. 91.1º LC -que gozan de un privilegio general-²⁹. Ahora bien, las afirmaciones efectuadas pueden encontrar un obstáculo en lo relativo al mantenimiento de la condición de crédito especialmente privilegiado de los refaccionarios cuanto su titular sea una persona especialmente relacionada con el concursado, en la medida en que el párrafo 5 del art. 92 LC, literalmente, parece disponer que la falta de subordinación sólo resulta predicable respecto de “los comprendidos” en el art. 91.º LC, redacción que parece excluir a los que no están meramente aludidos por la remisión que a ellos se efectúa en dicho precepto.

Con todo, entiendo que también puede defenderse lo contrario, si al criterio literal se le suma el sistemático, que parece actuar como correctivo de la injusticia de la situación a la que conduce el primero, en la medida en que siendo estos créditos objeto de un tratamiento privilegiado en su cobro para cualquier trabajador³⁰,

²⁹ Entre los créditos habría que incluir aquellos derivados de la extinción del contrato de trabajo en los términos que resulten de la LC.

³⁰ Así, el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores. Con todo, no puede desconocerse que la Disposición Final Décimo cuarta ET dispone que los privilegios previstos por aquél para los créditos derivados de la relación laboral no han de resultar de aplicación al ámbito del concurso, en la medida en que dicha Disposición establece que “*en caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios*”.

incompresiblemente dejarían de serlo cuando el sujeto fuese alguno de los señalados en el art. 93 LC. Y ello, en la medida en que no cabe entender que la desconfianza fundamentadora de la subordinación puede existir - por muy automáticamente que pueda proceder - en las situaciones analizadas. De esta forma, pudiera considerarse que la coordinación de los intereses en juego - de un lado, el de los acreedores, y, de otro, el de los trabajadores - exige una solución de compromiso que considero que obliga a incluir dentro de los créditos salariales no subordinados a los refaccionarios³¹.

Es más, reforzando tales afirmaciones, es necesario señalar cómo, para algún autor, el privilegio general que el art. 91.1º prevé supone *“una notable contradicción. El privilegio, como acabamos de comprobar, no afecta a todos los créditos salariales, sino sólo a aquéllos que no tengan reconocido privilegio especial. Pero, a excepción de los créditos refaccionarios de carácter salarial, ningún otro crédito salarial tiene reconocido expresamente privilegio especial. Antes al contrario, los créditos por los últimos treinta días de trabajo -que integran el comúnmente conocido como superprivilegio salarial- no han sido regulados por la Ley como créditos privilegiados, sino como créditos contra la masa, y, por ende, prededucibles. Debe procederse, así pues, a una interpretación correctora del artículo 91.1, concluyendo que gozan de privilegio general aquellos créditos salariales que no tengan reconocida la condición de créditos contra la masa; esto es, los créditos por salarios que correspondan a períodos anteriores a los últimos treinta días de trabajo previos a la declaración de concurso”*³².

Ahora bien, el número primero del art. 91 no sólo califica como créditos dotados de un privilegio general los señalados, sino que, además, atribuye dicha condición tanto a *“las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del*

³¹ Todo ello sin perjuicio de las observaciones que más adelante se efectúan con carácter general.

³² Tato Plaza, A. *“Reconocimiento y prelación de créditos en la nueva Ley Concursal”*. Revista Jurídica Galega, www.rexurga.es/pdf/COL069.pdf, a 15 de abril de 2010. Una afirmación que sólo puede compartirse, por razón de la interpretación sostenida.

salario mínimo interprofesional”, cuanto a “*las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”. En este sentido, hay que tener en cuenta que ha de tratarse de créditos anteriores a la declaración del concurso, en la medida en que “*los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso*”, tienen la consideración de créditos contra la masa, según el art. 84.2º.5 LC³³.

Ahora bien, para concluir la exposición de lo que no se pretende más que una somera aproximación a los problemas que la condición de persona especialmente relacionada con el concursado puede suponer para los créditos de aquéllas frente a éste, es necesario exponer una breve consideración respecto de las deudas derivadas del trabajo no dependiente y de la situación generada si la relación laboral se mantiene con una persona jurídica.

En cuanto a las primeras, el art. 91 aptdo 3 LC afirma como créditos con privilegio general “*los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso*”. Una calificación que no alcanza a aquellas deudas que por tales motivos ostenten las personas especialmente relacionadas ante la parquedad con la que el legislador concursal ha procedido a exceptuar la regla general de la subordinación. Con todo, siendo posible entender que en relación al primero de los créditos señalados sí que pueden darse situaciones de connivencia entre sus titulares que justifiquen la postergación, en lo referente al segundo no parece no sólo que éstas

³³ Dicho precepto no hace mención de las indemnizaciones debidas por accidente de trabajo y enfermedad profesional. En todo caso, parece que han de tener dicha condición en cuanto resultan ser créditos laborales.

resulten altamente improbables, sino que la subordinación habría de conducir a un grado de vulneración de los derechos de propiedad intelectual injustificable.³⁴

En lo referente a la segunda, sólo apuntar que las posibilidades de que los créditos analizados puedan verse subordinados en su cobro por razón de la especial relación mantenida con el concursado-persona jurídica se encuentran condicionadas a que en el sujeto concurren alguno de los requisitos dispuestos por el art. 93. 3 LC. Así, en primer lugar, que sean *“socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera”*. De otro, que resulten ser *“los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso”*. Y, por último, que se hayan constituido en *“sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1 de este apartado”*. Situaciones difíciles, que no imposibles, especialmente si se tiene presente que, dentro de la tendencia apuntada a la utilización de determinadas formas societarias en el ejercicio de las actividades económicas de los particulares, no resulta inusual la inserción de la “familia” en ellas, a modo de colaboradores.

2.1.4. Los créditos fundados en la responsabilidad extracontractual.

Así las cosas, cabe afrontar la última de los supuestos, referente a la responsabilidad extracontractual. Unos créditos respecto de los cuales parecen igualmente predicables las consideraciones efectuadas, de forma que pese a la

³⁴ Con todo, y a estas alturas, no ha de ser algo llamativo, especialmente, si se tiene en cuenta que gozando de dicho privilegio los créditos resultantes de la cesión de los derechos de autor, el mismo no resulta predicable de las indemnizaciones debidas por su violación.

calificación que genéricamente efectúa el 84 LC habrían de compartir la suerte asociada a las personas especialmente relacionadas³⁵. Así, es necesario concluir que la situación a la que puede conducir la regulación legal expuesta “*es un auténtico contrasentido y nos conduce a situaciones grotescas, pues no acierto a detectar el posible fraude en estas hipótesis. Como mucho, la subordinación de los créditos de que fueran titulares personas especialmente relacionadas con el deudor debería restringirse a los créditos de origen contractual y no a cualquier crédito*”³⁶. Y, precisamente, el concreto origen contractual del crédito ostentado por aquéllos parece justificar la última de las posibilidades de que sus deudas no “soporten” la condición de créditos subordinados, dentro de las exigencias del art. 84. 2.10º LC, porque, en este sentido y en lo que ya es una constante en este trabajo, considero que la especial naturaleza del título permite la aplicación de la lectura defendida respecto de las obligaciones de alimentos, a la que sólo me resta remitirme.

2.1.5. Las posibilidades de rescisión de los actos y contratos concluidos con las personas especialmente relacionadas con el deudor

Ahora bien, retomando el hilo conductor de esta explicación -que pretende averiguar la posibilidad de que existan otra serie de créditos cuya subordinación no proceda automáticamente cuando el deudor es alguno de los mencionados en el art. 93.1º LC-, la calificación de un crédito a favor de persona especialmente relacionada como crédito contra la masa puede no reducirse a lo expuesto, en la medida en que el propio art. 84.2.8º LC atribuye dicha condición a los nacidos “*en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor,(que) correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el titular de este crédito*”. Cabe, por tanto, analizar hasta qué punto tales calificaciones son posibles si el deudor resulta ser alguno de los sujetos señalados en el art. 93. 1º LC.

³⁵ Parece evidente que, de un lado, los hermanos, ascendientes y descendientes del que ha sido cónyuge o pareja de hecho habrían de correr su misma suerte, y, de otro, que los cónyuges de los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado pudieran verse afectados por la subordinación establecida para éstos.

³⁶ Matilde Cuenca Casas, en “*Algunas deficiencias...*”, (op.cit.).

Con todo, y previamente al análisis propuesto, se hace necesario tener en cuenta que, en definitiva, las interpretaciones que puedan ofrecerse del régimen al que han de quedar sometidos los créditos a favor de las personas especialmente relacionadas habrán de depender de los presupuestos desde los que dichas operaciones se realicen. De esta manera, podría entenderse que, siendo el criterio determinante la satisfacción de los acreedores, prescindiendo de las artimañas de las que ha podido valerse el concursado, y, especialmente, de aquéllas que hubieran sido singularmente “sencillas”, las excepciones a la subordinación de las deudas que se mantengan con los primeros habrán de ser entendidas restrictivamente, es decir, sin posibilidad de avanzar más allá de las expresamente señaladas en los art. 92.1º y 84.2º.4 LC. Ahora bien, también es posible considerar -reiterando lo ya expuesto en el apartado 2.1.2- que tales finalidades no pueden constituir un obstáculo ni a la aplicación de los parámetros interpretativos dispuestos en el art. 3.1º CC -singularmente, el sistemático-, ni a la consideración de las personas especialmente relacionadas como deudores, también directamente interesados en la satisfacción de unos créditos que pueden verse automáticamente relegados si se procede a una aplicación literal de las previsiones de subordinación, en la medida en que ésta, por definición, habrá de suponer una suerte de interpretación extensiva de una norma restrictiva del derecho a obtener el cobro de lo debido. Es decir, una interpretación extensiva de una norma restrictiva de derechos individuales que, además, habría de resultar contraria a la propia equidad como criterio de ponderación, *ex art. 3.2 CC*.

Dicho lo anterior, la primera de las posibilidades aludidas hace referencia a la consideración como créditos contra la masa de aquéllos que resulten de la rescisión de actos perjudiciales, y que correspondan a la devolución de las contraprestaciones debidas por el concursado, salvo que se aprecie mala fe en el titular de la deuda resultante. Una previsión que obliga a tener en cuenta los arts. 71 y 73 LC, de manera que, como punto de partida, hay que señalar que, *“declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido*

*intención fraudulenta*³⁷. Un carácter perjudicial que, *iuris tantum*, se presume en los actos dispositivos realizados a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor -art. 71.3.1º LC-.

Ahora bien, dicho esto, es necesario tener en cuenta dos consideraciones. En primer lugar, que la rescisión del acto no procede de forma automática, sino que ha de ser la Administración concursal la que la inicie, *ex art. 72 LC*, pudiendo asimismo -en el supuesto de que ésta omita toda actuación al respecto- proceder al respecto los acreedores que la hubieran solicitado por escrito. De otro, y en segundo término, que el art. 73. 1º y 3º LC dispone, en cuanto a los efectos de la rescisión, que *“la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses, de manera que “el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciar mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado”* -en el mismo sentido, el art. 92.6º LC³⁸ -.

37 El art. 71.2º LC dispone que “el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”. En todo caso, los problemas derivados de la rescisión de actos y contratos exceden, con mucho, el propósito del presente estudio, y, a modo de ejemplo, cabría plantearse cuál habría de ser la situación de la persona especialmente relacionada, pero, además, especialmente protegida por el art. 34 LH, o su posición en los demás supuestos de irrevindicabilidad contemplados en nuestro ordenamiento -como, a modo de ejemplo, el previsto en el art. 464 CC, o, en la venta en pública subasta regulada en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista-.

³⁸ En todo caso, *“nos debemos preguntar qué se debe entender por mala fe. No lo aclara el propio artículo 73, de modo que nos hallamos ante una nueva «laguna» de la Ley Concursal, que nuestra autorizada doctrina (pese a haber predicado que la LC contenía un régimen suficientemente completo) colma acudiendo a la rescisión ordinaria y a la doctrina civilista, para la cual mala fe significa conocer o deber conocer que el acto realizado era perjudicial, y que el deudor estaba en situación de crisis o insolvencia”*. Fernández Campos, J.A, en “Reintegración...”, (op.cit).

Creo que se trata de una precisión especialmente relevante a los efectos de la valoración de la procedencia de una postergación automática de los créditos resultantes de la rescisión en el caso de las personas especialmente relacionadas con el deudor.

Este es el escenario en el que se sitúan los créditos derivados de la rescisión de un acto o contrato. Una situación que para la persona especialmente relacionada con el deudor dependerá de la opción interpretativa que se considere más coherente. En este sentido, y en principio, puede señalarse que, en nuestro ordenamiento, parece que *“la condición de persona especialmente relacionada con el deudor provoca la subordinación de los créditos que opera automáticamente y al margen de los privilegios especiales o generales que tuviera el acreedor, salvo que se trate de créditos laborales, [...], y tal tratamiento jurídico se sustenta sobre una suerte de presunción iure et de iure de fraude”*³⁹. Una presunción que, exigiendo que la excepción del art. 93.1º LC -y todo lo más, aquéllas otras que se afirmaran como consecuencia de lo establecido en el art. 91.1º LC-, sea la única posible, implicaría la subordinación de los créditos analizados, incluso si en la sentencia no se aprecia mala fe. Es más, habría que concluir que si ésta fuese apreciada, literalmente, el juego conjunto de los arts 158.2 y 92.5 LC, situaría dichos créditos, a efectos de su abono, por detrás de los que correspondiesen a las propias personas especialmente subordinadas por otros títulos.

En este sentido, y sin abundar en la interpretación que se ha defendido en relación a las obligaciones de alimentos, parece que ésta puede quedar reforzada en este ámbito. Y ello, en la medida en que si la causa de la subordinación del crédito de la persona especialmente relacionada no es otra más que la desconfianza que su relación con el concursado suscita en el legislador, no cabe entender que la postergación haya de proceder automáticamente, puesto que aquí las apreciaciones de mala fe en la sentencia actúan a modo de prueba –o todo lo contrario – de su efectiva existencia. De esta forma, y si bien es posible considerar que esa especial naturaleza que justifica la lectura de las obligaciones de alimentos siempre como créditos contra la masa no está presente, es también una interpretación causalista la que permite considerar que la postergación no puede tener lugar de manera automática. Todo ello, sin descuidar que la finalidad de la rescisión en los términos en los que está regulada en la LC no parece ser la “sanción” a

³⁹ Matilde Cuenca Casas, en *“Algunas deficiencias...”*, (op.cit.).

un acto de fraude, sino evitar el perjuicio patrimonial que para la masa activa supondría el mantenimiento de determinadas actuaciones⁴⁰.

2.2 Las consecuencias personales para la persona especialmente relacionada con el deudor: especial referencia a la adopción de medidas cautelares previas al auto de declaración

Aun cuando pudiera considerarse que la desconfianza del legislador concursal hacia las personas especialmente relacionadas habría de agotarse en las consecuencias que para sus créditos han sido analizadas, es necesario tener en cuenta que, además, se extienden a un conjunto de limitaciones de carácter básicamente personal. Así, “*no formar parte de la administración concursal (art. 27), que se extingan las garantías de cualquier clase que tuvieran, con la consiguiente cancelación de las garantías registradas, y la restitución posesoria (art. 97), no tener derecho de voto en la junta de acreedores (art. 122), y estar vinculados por el convenio aunque no voten a favor (art. 134)*”⁴¹.

Pero, quizás, y pese a que en principio sólo aparezca como una más de las muestras de la “indiferencia” del legislador hacia aquéllos cuyo patrimonio va a verse automáticamente comprometido por la declaración del concurso, creo que es necesario señalar el hecho de que en ningún momento se ha previsto la notificación del auto, aun cuando, en principio, éste, según art. 21.1.7º LC, habría de contener, “*en su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales*”. Una decisión que difícilmente podrá adoptarse, “*tanto si el concurso es voluntario o necesario, mientras*

⁴⁰ En este sentido, el art. 71.1 LC dispone que “*declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*”. Y, reafirmando lo sostenido, la imposibilidad de rescisión de “*los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor desarrollados en condiciones de normalidad*” – art. 71.5 LC – por mucho que lo fuesen respecto de las personas especialmente relacionadas con el aquél. Asimismo, para un análisis exhaustivo de la rescisión concursal, Fernández Campos, J.A., en “Reintegración...”, (op.cit.).

⁴¹ Fernández Campo, J.A. “Reintegración...”, (op.cit.).

*el cónyuge del concursado, [...] no haya solicitado la disolución del consorcio conyugal*⁴².

En este sentido, *“nada dice la Ley Concursal acerca de la notificación del concurso al otro cónyuge, ni del momento en que ésta debe hacerse, ni del plazo que tiene el notificado para ejercitar su opción por la disolución, por lo que es preciso acudir a la aplicación supletoria de las normas de la Lec. para la ejecución sobre bienes gananciales (art. 541 Lec.), conforme a lo dispuesto en la D.F. 5ª LC”*⁴³. De esta forma, según lo dispuesto en el art. 541.2 y 4 LEC *“el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario -diez días, según el art. 556 LEC-, pueda oponerse a la ejecución”*, y *“podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales”*⁴⁴.

Una laguna legal que considero que pudiera resultar más compleja cuando en la solicitud de declaración del concurso necesario, además, se pida la adopción de medidas cautelares previas al pertinente auto, *ex art. 17.1 LC*⁴⁵. Unas medidas cuyo régimen -en

⁴² Hay que insistir en el hecho de que es al cónyuge del concursado a quien corresponde la legitimación a tales fines, *ex art. 77 LC*.

⁴³ Serrano García, J. “El concurso de acreedores y los regímenes forales de comunidad de bienes: especial referencia al consorcio conyugal aragonés”. En Cuadernos Lacruz Berdejo, núm. 5, 2008. Recurso electrónico: www.derecho-aragones.net. a fecha de 10 de junio de 2010.

⁴⁴ Para Serrano García *“la notificación del concurso que afecta a bienes comunes precisa ineludiblemente el conocimiento del cónyuge no concursado a través de notificación o actuación fehaciente, porque es un acto procesal encaminado a darle la necesaria intervención en un procedimiento concursal sobre bienes que, en parte, son de su propiedad (cfr. STS 22 septiembre 2004). El art. 541 Lec. es de carácter imperativo, en el sentido de que no deben obviarse las notificaciones que en el mismo se establecen, so pena de indefensión; [...]. Sin la notificación del concurso sobre bienes comunes, [...] es nulo el procedimiento concursal si se ha producido indefensión”*. Serrano García, J. “El concurso...”, (op.cit.).

⁴⁵ Art. 17.1 LC: *“A petición del legitimado para instar el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

principio y por expresa remisión, el establecido en la LEC en los arts. 721 y ss.-, va a presentar en el concurso una serie de singularidades que entiendo que, cuando menos, han de hacerse constar, en la medida en que el directamente perjudicado vuelve a ser la persona especialmente relacionada⁴⁶.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, *prima facie*, y pese a que la regla general en materia de adopción de dichas medidas es que la misma no proceda *inaudita parte*, el procedimiento diseñado por el legislador para la declaración de dicha modalidad concursal parece suponer, precisamente, todo lo contrario. Así, porque al disponerse en el art. 13.1 LC que “*en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, proveerá conforme a los artículos 14 ó 15*”, sólo cabe concluir lo afirmado, en la medida en que “*cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse*” art. 15 LC- Es decir, la medida pedida en la solicitud se adoptará en la admisión a trámite sin oír al afectado, porque, además, así se dispone expresamente en el art. 17.1 LC⁴⁷.

Una posibilidad que en el caso de la persona especialmente relacionada se torna inexorable, de un lado, porque el actor no tiene ningún deber de informar sobre la posible relación matrimonial existente⁴⁸ -ni, por supuesto, sobre el régimen económico

⁴⁶ Y ello, en atención a una consideración básica: la afectación patrimonial que para la persona especialmente relacionada ha de suponer la adopción de ciertas medidas cautelares pese a no ser parte en el proceso.

⁴⁷ A favor del sistema diseñado en la LC, Peiteado Mariscal. P. “La declaración...”, (op.cit). Págs. 139 y ss.

⁴⁸ En este sentido, el art. 7 LC.

vigente-, de otro, porque por ello no parece que resulten aplicables analógicamente las previsiones de notificación antes señaladas⁴⁹. De esta forma, parece que puede entenderse que la persona especialmente “perjudicada” – a estos efectos jurídicamente ignorante tanto de la existencia del concurso, cuanto de la medida-, sufre una vulneración de sus legítimos intereses que, quizás, pudiera suponer una infracción del art. 24 CE, es decir, de su derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁰, en la medida en que la imposibilidad de comparecer en estos momentos iniciales puede obligar a considerar que la regulación de la notificación de la solicitud de la declaración del concurso es inconstitucional por omisión.

3. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS EN EL DERECHO COMPARADO: EL ORDENAMIENTO ALEMÁN Y EL NORTEAMERICANO

⁴⁹ Es más, y en la medida en que el art. 15 LC sólo prevé el emplazamiento del deudor a efectos de su oposición a la declaración – que no a las medidas decididas –, la utilización de la vista regulada en el art. 19 LC a tales fines sólo parece factible si el deudor quiere oponerse a la declaración, ya que esta es su expresa finalidad.

⁵⁰ No cabe desconocer que si la finalidad de la medida cautelar es garantizar la efectividad de la tutela judicial que se solicita -art. 721 LEC-, habrán de resultar especialmente idóneas tanto el “embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos”, cuanto el “depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado” -art. 727, 1 y 3 LEC-.

Parece claro que los problemas que plantean estas medidas cautelares pueden extenderse a otros supuestos, en principio, a “los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto (que) se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal” -art. 79 LC-. Una posibilidad que habría de proyectarse en otros ámbitos. Así, a modo de ejemplo, en lo relativo al momento de verificación del saldo y su propiedad. En este sentido, como señala Porto Cortés, “En relación al momento en que debe verificarse el saldo o importe de la cuenta, el artículo 79 L. Con. no hace mención alguna. Sin embargo, si se atiende a la ubicación sistemática del precepto, por lo establecido en el art. 76.1 de la Ley Concursal, parece lógico entender que deberá estarse al saldo acreedor que exista “a la fecha de la declaración de concurso”, ya que la masa activa se compone de “los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor” en ese momento”. Y es que, adoptada preventivamente la medida cautelar, el criterio temporal determinante de la verificación del saldo no sería la fecha del auto de declaración, sino la de admisión a trámite de la solicitud”. Porto Cortés, A. “Los problemas que plantean las cuentas de titularidad indistinta en la Ley Concursal. Especial referencia al concursado casado”. Recurso electrónico: www.legaltoday.com, a fecha de 18 de mayo de 2010.

No puede desconocerse que la estrecha relación que, desde un punto de vista objetivo, existe entre los sujetos enumerados en el art. 93 LC y el concursado puede justificar hasta cierto punto la desconfianza con la que su presencia como acreedores del deudor ha sido tratada. Ahora bien, tampoco cabe olvidar que la respuesta jurídica proporcionada por el legislador español ha sido contundente, en la medida en que la postergación en el cobro dispuesta, casi con carácter general, por el art. 92.5 LC no supone, en definitiva, más que la afirmación de una presunción *iuris et de iure* de la concurrencia de una voluntad de fraude en los actos o negocios que fundamentan su posición acreedora.

Una respuesta que, además de injusta, no es compartida por otros ordenamientos jurídicos en los que, existiendo la figura, sus precauciones hacia la persona especialmente relacionada no suponen su transformación automática en una especialmente “perjudicada”.

Así, siguiendo a Cuenca Casas, en el Derecho alemán, en el que los arts. 138 y ss. de su Ley de Insolvencia (InsO), regulan “*los nahestehende personen o sujetos cercanos que son, entre otros, el cónyuge del deudor o pareja de hecho (también cuando la pareja se haya disuelto con posterioridad al acto jurídico o en el año anterior a su realización) y sus parientes o del cónyuge o pareja de hecho en línea ascendente o descendente y hermanos de doble o simple vínculo del deudor o del cónyuge*”⁵¹ Ahora bien, su existencia parece que se mueve en el ámbito de la rescisión de los actos y contratos que pudieran haberse celebrado con el concursado, de forma que “*el administrador concursal [...] sólo debe probar que el contrato que se pretende rescindir está celebrado con un sujeto cercano [...], así como que tal acto se ha llevado a cabo en el período legal de impugnación . El acto es pues rescindible y será objeto de*

⁵¹ Cuenca Casas, M. “Algunas deficiencias de la ley concursal ante la insolvencia de la persona física”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2009 (Estudio). Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona., 2009. Recurso electrónico westlaw BIB 2009/1476.

valoración en cada caso concreto”⁵². Es decir, no se trata de sancionar la existencia de una voluntad defraudatoria mediante la postergación automática de sus créditos, sino de un intento de reintegración del activo.

En cuanto al modelo norteamericano, también se plantean especialidades en relación a los denominados *insiders*, que resultan ser los parientes, afines o consanguíneos, hasta el tercer grado –art. 101.45 USC11)⁵³. Y, para éstos, previéndose la posibilidad de anular los contratos celebrados dentro del plazo del año anterior a la declaración de la bancarrota, además, se dispone la posibilidad de que sus créditos puedan verse subordinados, si, equitativamente, el juez considera que así debe procederse.

Es decir, “*ambos modelos tienen un denominador común y es que los efectos no son automáticos, sino que se basan en el análisis de la conducta de cada sujeto en cada hipótesis particular. No basta con ser insider para padecer las consecuencias que de tal categoría se deriva, sino que hay un análisis previo, bien del administrador (Alemania) o bien del Juez (USA).*”

Unos sistemas que, partiendo de una misma base, difieren radicalmente del español, en la medida en que en éste –y en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas automáticamente asociadas a la presunción *iuris et de iure* que fundamenta la posición de la persona especialmente relacionada en el concurso- la única vía de evitar la postergación exige discutir no su voluntad defraudatoria, sino el presupuesto

⁵² Cuenca Casas, M. “Algunas...”, (op.cit).

⁵³ Cuenca Casas, M. “Algunas...”, (op.cit). Art. 101.45 USC11: “*The term “relative” means individual related by affinity or consanguinity within the third degree as determined by the common law, or individual in a step or adoptive relationship within such third*”.

subjetivo de la calificación del crédito, es decir, que no se es uno de los sujetos enumerados en el art. 93⁵⁴.

⁵⁴ En realidad, poco tiene de presunción el mecanismo jurídico que asocia a un hecho fáctico una consecuencia jurídica inexcusable. Es más, la presunción *iuris et de iure* de fraude, para algunos autores, constituye una vulneración injustificada tanto del derecho a la presunción de inocencia -art. 24 CE-, cuanto de la buena fe -arts. 434, 1935 y concordantes del Código Civil-. En este sentido, Díez Soto, C.M. “Concurrencia y prelación de créditos: Teoría general”. Editorial Reus, 2006. Pág. 76.