

EL DERECHO DE ALIMENTOS DEL CONCURSADO TRAS LA LEY 38/2011 DE 10 DE OCTUBRE DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL *

**MATILDE CUENA CASAS
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE**

RESUMEN: Se tratan en el presente trabajo las principales novedades introducidas en por la Ley 38/2011 de 10 de octubre de Reforma de la Ley Concursal que ha modificado el régimen jurídico del derecho de alimentos del concursado que presentaba fallos en su regulación que dieron lugar en la práctica a un “abuso” en la utilización de esta figura, fruto del injustificado automatismo en su concesión, teniendo en cuenta la naturaleza civil del derecho de alimentos que subordina su otorgamiento a un estado de necesidad del alimentista. La posición jurídica de las parejas no casadas y el tratamiento concursal de los alimentos fijados en sentencia judicial por el juez civil son algunos de los temas tratados en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Alimentos, concurso de acreedores, parejas no casadas, estado de necesidad.

ABSTRACT: The Law 38/2011 October 10th of the Bankruptcy Reform Act has changed the legal status of debtor’s alimony. The main changes introduced by this act try to avoid the “abuse” of this institute subordinating its granting at necessity of the obligee as is the case in civil law. The legal position of unmarried couples and the bankruptcy treatment of alimony fixed by the civil court judgment are some of the topics discussed in this paper.

KEYWORDS: Bankruptcy, alimony, couples unmarried, necessity.

SUMARIO.- 1. Alimentos y patrimonio inembargable. 2. El derecho de alimentos como crédito contra la masa. 3. La “restricción” del derecho de alimentos del concursado tras la reforma 38/2011. Estado de necesidad del concursado y suficiencia de la masa. 4. El concursado como alimentante. 4.1. Cónyuge y descendientes bajo su potestad. 4.2. En particular, las parejas de hecho inscritas. 4.3. Alimentos a favor de otros parientes. 4.4. En particular los alimentos fijados por resolución judicial anterior o posterior a la declaración de concurso. 5. Extinción del derecho de alimentos.

1. Alimentos y patrimonio inembargable¹.

* Este trabajo ha contado con la financiación I+D del Ministerio Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2010/17847 sobre “La nueva familia ante el derecho público y privado”. Investigadora principal: Matilde Cuenca Casas.

La regulación del derecho de alimentos del concursado ha sido objeto de una profunda modificación por la Ley 38/2011 de 10 de octubre (en adelante, LRLC) que introduce mejoras notables respecto de la regulación anterior. Se han modificado los arts. 84.2.4º, art. 47, 145.2 LC y se alude a los alimentos también en el art 176 bis CC, incorporado en la reforma con el objeto de regular las especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa.

Antes de abordar las novedades introducidas en el art. 47 y 84.2.4º LC, conviene aclarar que si bien con el derecho de alimentos del concursado persona física se plantea la necesidad de resolver el problema de la cobertura de los gastos necesarios para su subsistencia durante la tramitación del concurso, hay que tener presente la aplicabilidad en sede concursal de la normativa atinente al patrimonio inembargable a la que se remite el art. 76.2 LC (arts 606.1º, 607 y 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante, LEC), que no será integrado en la masa activa del concurso (art. 76, disposición final quinta LC) por su carácter de inejecutable. Todos los titulares de derechos de crédito encuentran como freno al ejercicio de sus acciones el patrimonio inembargable del deudor, salvaguardado en aras de la protección de la dignidad de la persona. Este límite tiene lugar también cuando los acreedores ejercitan sus derechos en un procedimiento de ejecución colectiva² y opera en cualquier fase del procedimiento concursal, tanto en la fase común como en la fase de liquidación, no

¹ Trabajo publicado en II Congreso Concursal y Mercantil de Salamanca, dirigido por Ruiz de Iza, P y Barber Marrero, L, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

² Sorprende la afirmación de FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el ámbito del procedimiento concursal*, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, dirigido por Tomillo Urbina y coordinado por Alvarez Rubio, Cizur Menor 2008, p. 280, cuando señala que “no hay en la Ley Concursal ningún precepto que determine que en la liquidación hayan de respetarse los bienes o derechos inembargables del concursado, lo que llevaría al absurdo de que en un proceso concursal hubiera de realizarse el lecho, los instrumentos de trabajo o mobiliario de uso cotidiano (...)”. Aclara esta distinción entre patrimonio inembargable y derecho de alimentos, el *Auto del Juzgado de lo Mercantil del Vizcaya, Bilbao, de 30 de septiembre de 2009 (procedimiento 25/2008)*. En el supuesto de hecho que se enjuiciaba, se recurrió el auto judicial que alzaba la obligación de satisfacer alimentos por haberse iniciado la liquidación concursal, tal y como ordena el art. 145.2 LC.: “ningún beneficiado a la percepción de alimentos, sean descendientes u otras personas conforme al art. 142 y ss Cc, podrán seguir percibiendo alimentos con cargo a la masa activa desde que se acuerde, como ha sido el caso, la apertura de la fase de liquidación de la deudora concursada. Pero eso no significa que no se atiendan las necesidades propias de cualquier persona, que quedan garantizadas por lo dispuesto en el art. 76.2 LC., en cuanto que está excluido de la masa activa el conjunto de bienes inembargables según las normas, que siguen a disposición de la deudora con el fin de garantizar un soporte vital elemental (...)”.

pudiéndose afectar esa cuantía inembargable al plan de pagos que corresponda³. Como gráficamente se ha dicho, al deudor persona física no se le puede “liquidar” como a una sociedad, es decir, no se pueden realizar todos sus activos patrimoniales⁴.

Por lo tanto, para que el deudor disfrute del patrimonio inembargable, no es necesario fijar una pensión de alimentos en el procedimiento concursal. El deudor goza de tal patrimonio, sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno y sin que la eventual limitación de sus facultades patrimoniales pueda afectar a la gestión y percepción del mismo. Sobre tal patrimonio inembargable, el deudor tiene plena libertad. La administración concursal no debe intervenir en la organización y destino de tal patrimonio inembargable⁵.

2. El derecho de alimentos como crédito contra la masa.

A pesar de gozar el concursado del patrimonio inembargable, la LC configura, *adicionalmente*, un derecho de alimentos para el concursado considerándolo como *crédito contra la masa* (art. 47 y 84.2.4º LC) que deberá satisfacerse con arreglo a lo dispuesto en el art. 154 LC, a su vencimiento, no pudiendo ser postergados, tal como señala el nuevo art. 84.3 LC. El crédito alimenticio no puede ser postergado y debe ser abonado a su vencimiento.

La LC no solo prevé la posibilidad de que el propio concursado tenga derecho de alimentos, sino que también tiene presente el que el concursado sea alimentante de terceros bien por disposición legal o por resolución judicial que aplica tal disposición

³ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E, *El crédito alimenticio en el concurso tras la reforma de la Ley 38/2011*, Revista Aranzadi Doctrinal núm 7/2011 (BIB 2011/1624), p. 2. Se confunde el derecho de alimentos con el patrimonio inembargable en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 26 de octubre de 2010 (AC 2010/1828), relativo al concurso de dos pensionistas, al señalar, en relación con las pensiones de jubilación que percibían los deudores, que una interpretación literal del artículo 145.2 de la Ley Concursal permitiría la aplicación de la totalidad de esos recursos al pago de la deuda a costa de que los deudores dejaran de tener derecho a percibir alimentos con cargo a la masa”. Tal afirmación me parece discutible y nunca podrían aplicarse la totalidad de los ingresos del deudor al pago de sus deudas y ello, a pesar de que se produzca la extinción del derecho de alimentos una vez abierta la fase de liquidación, tal y como establecía el art. 145.2 LC, hoy modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Como con acierto se ha señalado, “el principio de universalidad debe conjugarse con el *principio de ejecutabilidad* por cuya virtud integrarán la masa activa del concurso todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, que sean susceptibles de ejecución (TIRADO, I, “*Principio de universalidad (art. 76)*”, en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 1361. La cursiva es del autor).

⁴ FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.*, p. 279.

⁵ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E, *El crédito alimenticio..., cit.*, p. 3.

legal. Los créditos por alimentos de personas respecto de las cuales el deudor tenga deber legal de prestarlos, se configuran como crédito contra la masa cuando se trate de prestaciones *nacidas* con anterioridad a la declaración de concurso y *devengadas con posterioridad* al mismo (art. 84.2.4º. parr.2º LC y 47.2 LC). Así mismo, también tendrán tal consideración las pensiones por alimentos fijadas por virtud de *resolución judicial posterior* a la declaración de concurso, es decir, nacidas y devengadas con posterioridad al mismo (art. 84.2.4º LC).

No tienen la consideración de créditos contra la masa las *prestaciones por alimentos debidas y no pagadas* por el concursado alimentante y que se hayan devengado con anterioridad a la declaración de concurso. Tales créditos tienen la consideración de subordinados por tener lugar entre personas especialmente relacionadas con el deudor (arts. 92.5º y 93 LC).

El párrafo segundo del art. 84.2.4º LC ha sido introducido por la Ley 38/2011 y aclara que tienen la condición de crédito contra la masa las prestaciones *devengadas* con posterioridad a la declaración de concurso aunque tengan su origen en resolución judicial dictada con anterioridad. Al igual que en redacción anterior a la reforma, también son crédito contra la masa las prestaciones por alimentos nacidas de resoluciones judiciales posteriores a la declaración de concurso y lo son, como reza el precepto, *en toda su extensión*, sin que el Juez mercantil pueda poner ningún límite, a diferencia de lo que sucede con los fijados antes de la declaración de concurso (art. 47.2 LC).

La justificación de esta diferencia de trato es la misma que permite considerar créditos contra la masa a los válidamente contraídos durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención (art. 84.2.9º LC). Tras la declaración del concurso las facultades del deudor resultan intervenidas o suspendidas (art. 40 LC), lo que implica que toda actividad patrimonial posterior a la declaración de concurso se encuentra controlada por la administración concursal. Ello justifica que incluso si se entablan demandas de índole personal (por ejemplo, una acción de divorcio), posteriormente a la declaración de concurso, comparecerá en juicio el propio deudor *“quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer*

demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio” (art. 54.1 LC). Por lo tanto, caso de que en un procedimiento posterior a la declaración de concurso un Juez civil fije una pensión de alimentos, al tratarse de materia que afecta al patrimonio del concursado, la misma se habrá decretado con la conformidad de la administración concursal y teniendo en cuenta la situación de insolvencia del deudor⁶.

Como se deduce del art. 47 LC, en el caso de que el concursado hubiera dejado de pagar pensiones alimenticias fijadas por resolución judicial, se trataría de un crédito concursal y habría de clasificarse en el concurso con arreglo a las normas generales, careciendo el mismo de cualquier clase de privilegio. Es más, como he señalado, dado que los alimentistas son “personas especialmente relacionadas con el concursado”, por virtud de lo dispuesto 93.1. y 92.5º LC, tales créditos tendrán la consideración de créditos subordinados⁷. Incluso si el concursado está separado judicialmente y debe alimentos, su todavía cónyuge es considerado persona especialmente relacionada con el deudor cualquiera que sea el tiempo que lleven separados, dado que no es aplicable el plazo de dos años que contempla el art. 93.1º para el caso de divorcio.

Esta es una consecuencia –lamentable por cierto- que se deriva del automatismo que la LC predica de la subordinación de los créditos, cuestión que ya denuncié en otra ocasión⁸. Una conducta, como el impago de prestaciones alimenticias, que hasta puede ser constitutiva de un ilícito penal⁹, es tratado en el proceso concursal como crédito

⁶ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar...*, cit., p. 266

⁷ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el ámbito del procedimiento concursal*, cit., p. 265. SANTANA y SENENT, *Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso*, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 12, 2007, p. 170.

⁸ Cfr. mi trabajo, *Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº.7, noviembre, 2009, pp. 91 y ss.

⁹ *Artículo 227 de Código Penal. Impago de pensiones*

1. *El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.*

2. *Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.*

3. *La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.*

subordinado. Sobran los comentarios y la reforma operada por la Ley 38/2011 no ha solucionado este disparate.

3. La “restricción” del derecho de alimentos del concursado tras la reforma 38/2011. Estado de necesidad y suficiencia de la masa.

Una de las principales novedades de la reforma de la Ley 38/2011 de 10 de octubre en materia atinente al concursado persona física es la aparente restricción del derecho de alimentos del concursado. Y digo aparente porque, a mi juicio y como señalaré en las páginas que siguen, la reforma no hace sino adecuar la regulación concursal a parámetros acordes con el derecho civil, del que el legislador concursal “importa” el concepto. La nueva regulación mejora notablemente la anterior, pero, como en tantas ocasiones sucede, en la tramitación parlamentaria el texto del Proyecto de Ley se vio alterado -negativamente, a mi juicio- generándose algunas disfunciones difícilmente subsanables por vía interpretativa.

A los efectos concursales y en ausencia de norma que disponga lo contrario, el concepto del derecho de alimentos debemos buscarlo en el Código Civil, cuyos arts. 142 y siguientes comprenden en él *“todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”* así como los gastos de “educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no hay terminado su formación por causa que no le sea imputable”. Su fijación se ordena con base en la capacidad económica del alimentante y la necesidad del alimentista (art. 146 CC), siendo esta última el hecho generador de la prestación. Cosa distinta es que en caso de concurso, el concursado es alimentista y a su vez alimentante a través de su patrimonio separado consecuencia precisamente de la declaración de concurso¹⁰.

El nuevo art. 47.1 LC supedita la concesión de alimentos al estado de necesidad del concursado: *“el concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso”*. Su 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

¹⁰ Vid al respecto, COBACHO GÓMEZ, JA, *Acerca del derecho y deber de alimentos del concursado*, Estudios jurídicos en homenaje a V. Montes, coordinado por Blasco Gascó, Valencia, 2011, t. I, p. 638

concurtido y la administración concursal. En este último caso, el Juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos. Con el texto vigente, el concursado tendrá derecho de alimentos cuando sus necesidades no puedan ser cubiertas con el patrimonio inembargable.

En la regulación anterior de manera expresa no se supeditaba el derecho de alimentos al estado de necesidad, limitándose el art. 47.1 LC a señalar que “*Durante la tramitación del concurso, el deudor persona natural tendrá derecho de alimentos con cargo a la masa activa, salvo lo dispuesto en caso de liquidación*”. Como ya mantuve en otra ocasión¹¹, a pesar de la falta de mención expresa había que interpretar que el estado de necesidad del concursado era un requisito esencial para fijar un derecho de alimentos como crédito contra la masa. Sin embargo, la jurisprudencia, en ocasiones, no ha exigido la concurrencia de tal estado de necesidad¹². Buena muestra de ello lo encontramos en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/233761). Se trata de un caso de concurso necesario de persona física en el que la procuradora de la concursada solicitó que se fijaran alimentos para su representada. Instada la administración concursal respecto de dicha solicitud, alegó que no se le habían expuesto las circunstancias personales, familiares o económicas para hacer alguna petición. En este caso, la persona concursada había sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que la fijación de la pensión alimenticia correspondía fijarla al Juez (párrafo segundo del art. 47.1 LC). A estos efectos, en el fundamento de derecho único del Auto citado se dispone lo siguiente:

“Habrá que atender a la previsión que en nuestro ordenamiento jurídico dispone el art. 146 Cc sobre cuantía de los alimentos, a que se pretende salvaguardar, cuando menos, el importe del Salario Mínimo Interprofesional, como señala el art. 607 de la LEC, y que dicho índice ha sido sustituido para efectos no salariales por el Indicador Público de Renta a Efectos múltiples (IPREM) mediante el RDL 3/2004,

¹¹ CUENA CASAS, M, “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal* nº 20, 2009, pp. 65 y ss

¹² Se han dado situaciones que han escandalizado a la opinión pública y que han tenido gran repercusión mediática. Es el caso de la pensión de alimentos fijada por la administración concursal a Fernando Martín (presidente de Martinsa-Fadesa. La misma se fijó en 75.000 euros mensuales. Noticia publicada en el periódico Cinco Días el 5/02/2009.

de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del Salario Mínimo Interprofesional y para el incremento de su cuantía.

Sobre estos presupuestos hay que resolver, atendiendo que en la audiencia preceptiva nadie ha sugerido criterio alguno, ni mencionado datos que justificaran algún pronunciamiento especial. La deudora no ha considerado preciso explicar sus circunstancias particulares, y la administración concursal explica que tampoco se le han dado datos para hacer una petición concreta. Ante la falta de datos precisos sobre las necesidades que hay que atender y de los recursos que se pueda disponer, se considera prudente y razonable fijar como alimentos, con periodicidad mensual, la cantidad de 527,24 euros, que es la fijada para el año 2009 por la D.A. 28ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado”.

Como se puede apreciar, el Juez en este caso concede derecho de alimentos a la concursada sin que ésta “haya considerado preciso explicar sus circunstancias particulares”, lo cual es ciertamente insólito y contrario al concepto legal de alimentos establecido en el Código Civil y pone de manifiesto cómo se ha estado comportando el derecho alimentos contemplado en la LC. Obsérvese que el Juez a la hora de fijar la pensión acude a las normas referidas al patrimonio inembargable, particularmente al IPREM, lo cual entiendo es absolutamente improcedente. Y ello porque, como ya he dicho, *no hay que confundir el patrimonio inembargable con el derecho de alimentos.*

En puridad, si realmente el derecho a reclamar alimentos con cargo a la masa requiere de un auténtico estado de necesidad en el alimentista, primero debería éste reclamarlo a las personas que legalmente están obligadas a prestarlos (art. 143 Cc) y, caso de no obtenerlos, hacerlos efectivos en sede concursal, si bien, el texto legal no exige de manera expresa acudir con carácter previo al derecho de alimentos entre parientes. A mi juicio, el derecho de alimentos en el concurso debe ser *subsidiario*, por ejemplo, del deber de mutuo socorro que juega entre cónyuges (art. 68 CC). Piénsese en la hipótesis, poco probable pero posible, de que el cónyuge del concursado tenga patrimonio suficiente para atender a las necesidades de éste. ¿Podría en este caso el concursado reclamar alimentos con cargo a la masa activa? El pago de alimentos con cargo a la masa debe ser subsidiario, es decir, hacerse efectivo cuando no sea posible el abono de alimentos por las personas legalmente obligadas¹³.

No hay que olvidar que al configurarse la pensión de alimentos como un crédito contra la masa, prededucible, disminuye la garantía patrimonial de los acreedores. De

¹³ En este sentido, YÁÑEZ VIVERO, YÁÑEZ VIVERO, *¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?* Actualidad Civil, nº 19, T. 2, p. 5.

no exigirse el estado de necesidad en el sentido apuntado, se produciría la disfunción de que los acreedores que ejercitan sus derechos por ejecución singular sólo encontrarían como límite el patrimonio inembargable del deudor y, por el contrario, si lo hacen por un procedimiento de ejecución colectiva, además de este límite se encontrarían con otro adicional que es el derecho de alimentos. Ello animaría a que determinadas personas insten la declaración de concurso sólo para priorizar los créditos¹⁴ que cubran sus necesidades respecto de otros créditos y ello a pesar de que tengan forma de financiar la cobertura de las mismas por otras vías, como puede ser el recurso a familiares tan cercanos como su propio cónyuge que tiene el deber legal de prestarlos (art. 68 y 142 Cc). No se trata de desproteger al concursado, sino de acudir a las normas generales que tutelan sus intereses y, entre ellas, se encuentra el derecho de alimentos entre parientes (arts. 142 y ss CC).

Otra novedad importante es la introducción del requisito de la *suficiencia de la masa*: se supedita la concesión del derecho de alimentos a que “existan bienes bastantes”. Este requisito se encontraba en textos precedentes¹⁵ y significa que el activo debe ser superior al pasivo del deudor. Tal presupuesto se justificó en el sentido de que nadie puede negarle el derecho a ser alimentado de sus propios bienes, cuando con esto no se cause perjuicio a los acreedores. Si por el contrario, fuesen más las deudas que los bienes no deberán concedérsele alimentos aunque sea fortuita su insolvencia; sus bienes en este caso son de los acreedores, y éstos ninguna obligación ni natural ni civil

¹⁴ De hecho, instar el concurso necesario de un deudor sólo para priorizar una deuda alimenticia como deuda contra la masa puede convertirse en una costumbre. En el diario El País de 5 de octubre de 2009 apareció publicada la siguiente noticia: “un padre en concurso de acreedores”. Se trata de un concurso necesario instado por la ex mujer del deudor por impago de pensiones alimenticias a sus tres hijos que conviven con ella. Textualmente se publica en el mencionado diario: “el Juzgado Mercantil número 3 de Girona declaró en concurso necesario al ex marido el pasado 26 de junio y nombró un administrador judicial para iniciar un largo proceso en el que el pago de la pensión de alimentos prime sobre el resto de las deudas que le reclaman varios bancos, unos grandes almacenes y la Seguridad Social, a la que también adeuda sus cuotas de autónomo”. La finalidad de la declaración de concurso es exclusivamente la de priorizar como crédito contra la masa de las pensiones alimenticias. Sabia estrategia del abogado, a mi juicio, absolutamente justificada en la medida en que la obligación alimenticia que se cubre es para atender las necesidades de hijos sujetos a patria potestad y que no pueden cubrirse de otro modo.

¹⁵ Así en el art. 1.314 LEC 1881 se disponía que “*si el concursado reclamare alimentos, el Juez le señalará los que atendidas las circunstancias, considere necesarios, pero sólo en el caso de que a su juicio, asciendan a más los bienes que las deudas. El auto concediendo o negando alimentos tendrá el carácter de interino, y será inapelable*”.

tienen de mantener al que ya les ocasiona un perjuicio de no pagarles sus créditos en la forma estipulada¹⁶.

Si siendo superior el pasivo al activo se concede derecho de alimentos, ello supondría una vulneración grave del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC) que es lo que se estaba produciendo en la regulación anterior a la LRLC. La suficiencia de la masa supone la concreción del requisito de la capacidad económica propio del derecho de alimentos, en sede concursal.

Con todo, el que existan bienes bastantes tampoco garantiza *per se* una pensión alta de alimentos. Son las necesidades del alimentista las que determinan el tope de lo que se puede obtener por alimentos y no la capacidad económica. Ésta no es fuente de nuevas necesidades por muy alta que sea la posición social del deudor, requisito que ya desapareció del art. 142 CC tras la reforma del Código Civil de 1981. La suficiencia de la masa determinará la mayor o menor holgura en la satisfacción de las necesidades, pero no determina éstas. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 9 de julio de 2012 (JUR 2012/275276) que se pronuncia frente a la reclamación por parte de los concursados de una indemnización de daños y perjuicios frente a los administradores concursales, entre otras razones, porque existiendo bienes e ingresos bastantes en la masa activa, los administradores concursales no fijaron pensiones de alimentos. La sentencia desestima las pretensiones del recurrente alegando que no hay obligación de fijar alimentos por el mero hecho de la suficiencia de la masa, cuyos ingresos sirvieron para hacer frente a gastos perentorios.

Hay que tener presente que aunque existan recursos para el pago de alimentos, no existe preferencia para el pago de alimentos dentro de los créditos contra la masa frente a otros gastos del concurso.

En este sentido, resulta de interés la referencia a la *sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 12 de diciembre de 2011 (AC 2011/2354)*, al amparo de la regulación del art. 47 LC anterior a la reforma 38/2011 que no establecía expresamente el requisito de la suficiencia de la masa. Se recurre la decisión del administrador concursal que condicionó la fijación de alimentos “a que los recursos propios de la concursada lo permitiesen”. A juicio de la recurrente “el administrador concursal solo

¹⁶ MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. V, 1920, p. 422.

puede determinar la cuantía de los alimentos pero no su vencimiento ni condicionar el mismo a que en ese momento exista liquidez para hacer frente a su pago”. Resuelve la Audiencia con acierto que “en cuanto a la posibilidad del administrador concursal de condicionar el pago a que existan recursos propios, ha de matizarse que no debe considerarse un sometimiento a condición, sino a la plasmación de la más elemental norma de sentido común: no puede el alimentante (masa activa) dar al alimentista (concurtido) lo que no tiene, de modo que podría resumirse su postura en la regla más simple posible: si hay sí, si no hay No, como haría cualquier persona administrando su propia economía”. Efectivamente, el requisito de la suficiencia de la masa es de “sentido común”, pero éste es el que ha faltado, en ocasiones, en la aplicación práctica del derecho de alimentos.

En suma, con la nueva regulación, se trasladan a sede concursal los requisitos civiles de capacidad económica y de estado de necesidad, esenciales al derecho de alimentos y que no habían sido siempre tenidos en cuenta en la práctica.

4. El concursado como alimentante.

La LC no solo se ocupa de las necesidades del propio concursado, sino también se refiere a las personas respecto de las cuales el deudor tuviera deber legal de prestar alimentos. En este terreno también se han producido avances importantes en la Ley 38/2011.

A este respecto, el nuevo art. 47 LC distingue dos grupos de sujetos. En el número primero se refiere al *cónyuge del concursado o pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad*. A la hora de valorar el estado de necesidad del concursado, se tendrán en cuenta las necesidades de estas personas mencionadas, entre las que cabe mencionar la novedad que supone la inclusión de las parejas de hecho inscritas.

Por otro lado, en el art. 47.2 LC se refiere a sujetos distintos de los enunciados anteriormente y respecto de los cuales el concursado tuviera deber legal de alimentos, los cuales pueden estar o no fijados por resolución judicial. En el caso de que lo estén, el nuevo texto distingue la hipótesis de que tales pensiones alimenticias hayan sido fijadas por una resolución judicial *anterior* a la declaración de concurso y, por otro

lado, el art. 84.2.4º, también modificado, se refiere a los casos en que tales pensiones se hayan fijado en resolución judicial *posterior* a la declaración de concurso.

Las dificultades en esta materia se centran en la falta de competencia que tiene el Juez del concurso en materia de capacidad, matrimonio y familia, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.1º LC. Es por ello por lo que puede darse la hipótesis de que iniciado el procedimiento concursal, un Juez de familia fije una pensión de alimentos a cargo del concursado, lo que será frecuente en los casos en que, por ejemplo, se inicie un procedimiento de separación o divorcio o éste se halle en curso cuando se produce la declaración de concurso. Se plantea pues el problema de cómo se ve afectado el Juez mercantil por tales resoluciones judiciales dictadas por el Juez civil. La LRLC, como veremos, aclara notablemente esta problemática respecto de la caótica regulación anterior¹⁷.

4.1. Cónyuge y descendientes bajo su potestad.

En la regulación anterior a la reforma, sorprendentemente, los miembros de la familia del concursado cuyo derecho de alimentos no ha sido fijado judicialmente por ser abonados voluntariamente por él por consecuencia de los deberes derivados de la patria potestad (art. 154. Cc) y mutuo socorro entre cónyuges (art. 68 Cc), no aparecían expresamente mencionados en el art. 47 LC. Sin embargo, ello no podía conducir a negarles derecho de alimentos, máxime si se tiene en cuenta la naturaleza¹⁸ de los

¹⁷ Señala el art. 47.2 en su redacción anterior a la reforma que “*la obligación de 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. 3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, las personas respecto de las cuales el concursado tuviese deber legal de alimentos sólo podrá obtenerlos con cargo a la masa si no pudiere percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del juez del concurso, que resolverá por auto sobre su procedencia y cuantía*”.

¹⁸ La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993 (RJ. 1993/7464), recalca esta distinción y señala que: «no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como una obligación comprendida en la patria potestad --art.154.1 del Código Civil--, lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia -así, art. 145.3 del Código Civil-, y precisamente por incardinarse en la patria potestad, derivando básicamente de la relación paterno-filial -art. 110-, no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes, que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados, debiendo entenderse en este sentido el art. 152.2 del Código Civil».

alimentos derivados del deber de mutuo socorro entre cónyuges (art. 68 Cc) y los derivados de la patria potestad (art. 154 Cc) y el deber genérico de alimentos entre parientes de los arts. 142 y ss Cc, siendo más amplio el deber de asistencia de en el primer caso. Dado que en la regulación anterior a la reforma solo parecía tenerse en cuenta la obligación de 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 (anterior art. 47.2 LC), parecía que el cónyuge e hijos sujetos a patria potestad quedaban fuera de la norma, produciéndose el contrasentido de que el hijo de padres divorciados sí apareciera incluido pues su pensión alimenticia fue fijada judicialmente y no en el caso de hijo cuyos progenitores conviven en situación de normalidad matrimonial.

Era claro, a mi juicio, que el legislador no había pretendido ni de lejos excluir como crédito contra la masa al derecho de las personas que, gozando del mismo por razón de un deber legal emanado de una relación familiar (matrimonio, patria potestad), no lo tenían reconocido por sentencia judicial por constituir cargas legales. Pues bien, esta disfunción de la redacción anterior del art. 47 LC es solventada en la LRLC que, acertadamente a mi juicio, obvia la distinción entre derecho de alimentos fijado o no judicialmente y expresamente menciona al cónyuge y descendientes bajo su potestad.

4.2. En particular, las parejas de hecho inscritas.

A estos sujetos hay que añadir la pareja de hecho inscrita “cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 25.3 LC”, mención introducida en el Congreso de los diputados en el informe de la Ponencia sin enmienda previa.

La referencia a las parejas de hecho en esta sede es positiva pero como siempre cuando se trata de parejas no casadas, problemática. De nuevo, la LC da un paso de gigante porque concede alimentos en el concurso a sujetos que no tendrían derecho a ellos según la legislación civil. Efectivamente, la legislación balear (art. 6 Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables) y aragonesa (art. 313 del Código de Derecho Foral), prevén derecho de alimentos entre los miembros de la pareja, derecho que

entraría en la mención de “sujetos respecto de los que exista deber legal de prestarlos” a que hace referencia el art. 84.2.4º LC.

La LC podría haber optado por reconocer derecho de alimentos a la pareja de hecho que los tuviera con arreglo a la legislación civil, pero su criterio es “cualquier pareja de hecho inscrita”, con lo cual no siendo la inscripción un modo de constituir la pareja en todos los territorios, entiendo que cualquier pareja de hecho inscrita aunque lo esté en un territorio que no tenga legislación civil *ad hoc* pero sí a otros efectos (Andalucía y Madrid, por ejemplo), podrá pedir alimentos en el concurso de acreedores a través de la persona del concursado. Y, por el contrario, una pareja de hecho con efectos civiles por haberse constituido, por ejemplo, en escritura pública, como sucede en Cataluña y que no se haya inscrito en ningún registro, carecerá de derecho a reclamar alimentos en el procedimiento concursal, lo cual es un auténtico contrasentido.

Además, no parece lógica¹⁹ la remisión a los requisitos que se enumeran en el art. 25.3 LRLC²⁰ referido a los presupuestos para el que Juez pueda ordenar la declaración conjunta de concurso de pareja de hecho inscrita que son “*cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común*”. Cabe preguntarse qué sentido tiene la voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común o la existencia de pactos expresos de cara a la concesión de un derecho de alimentos cuando el fundamento de éste es el estado de necesidad. Tales circunstancias pueden tener relevancia a los efectos de llevar a cabo una tramitación conjunta del concurso, pero no veo qué interés tienen en el derecho de alimentos. Más bien parece un “corta y pega” introducido en la tramitación parlamentaria, carente de toda reflexión. Además el patrimonio común o se tiene o no se tiene. “La voluntad de crear un patrimonio común” debería carecer de toda relevancia en esta sede.

¹⁹ En este sentido, SENENT MARTÍNEZ, S, *Tratado judicial de la insolvencia*, dirigido por Prendes Carril, P y Muñoz Paredes, A, t I, Cizur Menor, 2012, p. 746.

²⁰ *El Juez podrá declarar el concurso conjunto de dos personas que sean pareja de hecho inscrita, a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor, cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común.*

Es más, en esta materia la pretendida equiparación de la pareja de hecho a los cónyuges genera disfunciones, ya que entre cónyuges existe deber de mutuo socorro (art. 68 Cc) y tal deber no existe entre los miembros de la pareja. Por lo tanto, podría suceder que en los territorios donde no existe deber legal de alimentos entre la pareja, uno de sus miembros se encuentre en estado de necesidad y el otro no. El miembro concursado podría solicitarlos con cargo a la masa a pesar de que su pareja pudiera cubrir sus necesidades. Serán los acreedores los que soportarán el coste y no el miembro de la pareja. Por el contrario, si la pareja no concursada junto con el concursado se encuentran en estado de necesidad, el concursado podrá pedir con cargo a la masa alimentos para él y para su pareja. Por ello entiendo que el derecho de alimentos para la pareja de hecho debía haberse restringido a aquellas parejas que con arreglo a la legislación civil tuvieran derecho a ellos.

4.3. Alimentos a favor de otros parientes.

El art. 47.2 LC reformado se refiere a los alimentos a que tienen derecho las personas respecto las cuales el concursado tuviere deber legal de prestarlos, a excepción de las mencionadas en el art. 47.1 (cónyuge, pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad). Respecto de estos sujetos, que pueden tener o no su derecho fijado judicialmente, el art. 47.2 dispone que *“sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y siempre que hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse, previa autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía (...)”*.

Estos alimentistas son los parientes enumerados en el art. 143 CC y respecto de éstos el art. 47.2 reformado por la LRLC establece la subsidiariedad de la masa, de manera que el alimentista deberá reclamar alimentos al siguiente pariente obligado en la enumeración realizada en el art. 143 CC. Podría haberse optado por la extinción del derecho de alimentos ya que el alimentante concursado carece de capacidad económica (art. 152.2º CC), pero el Juez mercantil carece de competencia para decretar tal extinción (art. 8 LC). Sólo podría tal modificación instarse ante el Juez civil por la vía del art. 54 LC.

La subsidiariedad de la masa opera para los alimentos derivados del art. 142 y ss Cc y no para la obligación de mantenimiento derivada del matrimonio o patria potestad y la convivencia marital que, como ya he señalado, no son objeto de pretensión autónoma por éstos, sino que sus necesidades se tendrán en cuenta para fijar la pensión a favor del concursado.

Pero es que además, el art. 47.2 en redacción dada por LRLC establece otro criterio restrictivo en cuanto a los alimentos que presta el concursado a terceros (distintos de su cónyuge, descendientes y pareja), por ejemplo, un hermano del concursado que se encuentra en estado de necesidad. Como he dicho, en este caso la masa es subsidiaria: el concursado solo debería abonarle alimentos si no pudieran percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos. Pero además, es necesario que ese alimentista hubiera “*ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse*”.

Esta mención no se encontraba en el Proyecto de LRLC y fue introducida como consecuencia de la enmienda nº 178 planteada en el Congreso por CIU y se justificó tal límite temporal “por seguridad jurídica y para equiparar las deudas pendientes por alimentos a los créditos salariales”. El art. 84.2.1º LC considera créditos contra la masa los “*los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional*”. Se pretende cuantificar el crédito por alimentos en paralelo a lo que acontece con el crédito salarial estableciendo un límite temporal. El problema es que la obligación de alimentos considerada como crédito contra la masa no se refiere a las pensiones alimenticias “pendientes” como sucede con los salarios (que son créditos nacidos antes de la declaración de concurso y que la LC configura como créditos contra la masa), sino que solo son créditos contra la masa los *devengados* con posterioridad a la declaración de concurso, por lo que las pensiones vencidas y no pagadas no tienen tal consideración, siendo créditos subordinados (art. 93 LC). De ahí que la justificación de la enmienda me parezca discutible y, como veremos, introduce seria confusión en la norma.

El alimentante debe haber reclamado la pensión al concursado “*en el plazo de un año a contar desde que debió percibirse*”. Hay que recordar que según lo dispuesto en

el art. 148 Cc, “*la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*”. La obligación de alimentos nace cuando se dan los presupuestos legales: vínculo de parentesco, estado de necesidad del alimentista y posibilidad económica en el pariente obligado. Nacida la obligación, la misma puede exigirse, judicial o extrajudicialmente pero para que el deudor incurra en incumplimiento será necesaria la reclamación judicial por parte del alimentista. Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de abril de 1995 (RJ 1995/2991): “no debe confundirse tiempo del nacimiento y tiempo de la exigibilidad de los alimentos. Y planteada la exigencia de los alimentos ante los tribunales, éstos por carecer aquéllos de efectos retroactivos no pueden condenar a pagarlos sino desde la fecha en que se interpuso la demanda; consecuencia todo ello de la regla *in praeteritum non vivitur* y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas en las que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide”. Ello no significa que sea un pago indebido el abono voluntario por el alimentante de los alimentos reclamados extrajudicialmente.

Para que el crédito derivado de tal obligación tenga la consideración de crédito contra la masa, la LC establece un requisito adicional: *el alimentista debe haberla reclamado en el plazo de un año desde que debió percibirse*. Desde luego, la redacción no puede ser más desafortunada. ¿Qué hay que entender por *debió percibirse*? Si se parte de que civilmente los alimentos se deben desde el nacimiento del estado de necesidad y la reclamación judicial o extrajudicial de los mismos, cabría interpretar que desde el punto de vista concursal, debe tener el alimentante estado de necesidad, no tener otra persona distinta del concursado obligada a prestárselos y además que no haya transcurrido un año desde que tal estado de necesidad emergió, requisito éste de difícil apreciación por el Juez del concurso. Si, por ejemplo, la madre del concursado presenta un estado de necesidad en noviembre de 2009, y reclama los alimentos en enero de 2011, el concursado alimentante tendrá civilmente obligación de dar alimentos (siempre que se considere que tiene capacidad económica) a partir de enero de 2011, pero desde el punto de vista concursal, tal crédito no tendrá la consideración de crédito contra la masa, por haber superado el plazo legal del año establecido en el art. 47.2

LRLC. Por lo tanto, el punto de referencia temporal de “debió percibirse” se entendería referido al estado de necesidad que es cuando nace la obligación legal de alimentos. La exigibilidad depende de la reclamación y no basta la reclamación en cualquier tiempo: en sede concursal, la reclamación debe haberse realizado en el plazo de un año desde que emergió tal estado de necesidad. Con ello se evitaría que teniendo el concursado familiares en estado de necesidad, éstos aprovecharan la declaración de concurso para efectuar la reclamación ante el Juez mercantil²¹

Dada la especificidad de régimen que tiene la obligación de alimentos en cuanto a su nacimiento y exigibilidad, sería deseable que el legislador introdujera más claridad en este límite temporal restrictivo. Considero que la inclusión de esta salvedad de que el alimentista haya reclamado en el plazo de un año constituye un error de interpretación del derecho de alimentos, pues parece que se quiere restringir las cantidades que en tal concepto deben realizarse contra la masa desde el punto de vista cuantitativo, en la errónea creencia de que son créditos contra la masa las pensiones debidas y no pagadas (de ahí el interés de que solo se tengan en cuenta las del año), cuando en realidad y como he señalado, solo son contra la masa las pensiones devengadas con posterioridad a la declaración de concurso y, en este sentido, es irrelevante el tiempo transcurrido entre el estado de necesidad del alimentista y la reclamación efectiva. Este error se evidencia en el paralelismo que quiere darse a los alimentos respecto del crédito salarial, tal y como se justifica en la enmienda citada que incorporó tan desafortunada mención.

4.4. En particular los alimentos fijados por resolución judicial anterior o posterior a la declaración de concurso.

La Ley 38/2011 soluciona muchos de los problemas que se habían planteado con ocasión de la regulación anterior referente a los efectos en el concurso de las pensiones alimenticias fijadas en procesos civiles anteriores a la declaración de concurso. El inciso final del art. 47.2 LRLC establece que *“la obligación de prestar alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la*

²¹ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E, *Tratado judicial de la insolvencia*, dirigido por Prendes Carril, P y Muñoz Paredes, A, t I, Cizur Menor, 2012, p. 1335.

declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el Juez de concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario”.

La LRLC aclara que se está refiriendo a *la obligación de alimentos fijada en resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso*. Se insiste en este punto en el nuevo párrafo que se ha añadido en el art. 84.2.4º LRLC que dispone que *“tendrán también esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad”*. El Juez de concurso es competente para delimitar qué cuantía de los alimentos fijados por el Juez civil tienen la consideración de crédito contra la masa, en la línea de la interpretativa que mantuve en relación con el art. 47.3 derogado²². Se aclara también que la parte de la pensión de alimentos que el Juez mercantil no puede clasificar como crédito contra la masa, tiene la consideración de crédito ordinario. Por lo tanto, si el Juez civil fijó una pensión alimenticia de 600 euros y el juez del concurso estima que sólo 300 tienen la consideración de crédito contra la masa, los 300 restantes se consideran crédito ordinario, evitándose la subordinación que inexorablemente se produciría de la condición de persona especialmente relacionada con el deudor derivada del art. 92.5º LC.

Se mantiene el criterio fijado en el art. 84.2.4º LRLC para los alimentos fijados en sentencia posterior a la declaración de concurso, los cuales, acertadamente, tendrán la consideración de créditos contra la masa en toda su extensión, justificado por el control que en dicho procedimiento ha ejercido necesariamente la administración concursal (art. 54 LC).

5. La extinción del derecho de alimentos.

Al margen de las causas generales de extinción del derecho de alimentos contempladas en los arts. 150 y 152 Cc, el procedimiento concursal, dada su especificidad, genera otros supuestos de extinción en sede concursal.

²² CUENA CASAS *El derecho de alimentos en el concurso de acreedores*, ADCo, 2009, nº 20, p. 92 y ss.

En cuanto a las pensiones fijadas por el Juez del concurso a favor de personas respecto de las cuales el concursado tuviera deber legal de prestarlos, pero que carecieran de una resolución judicial previa, desaparecerán tras la conclusión del procedimiento concursal. No ocurre lo mismo respecto de las modificaciones de la cuantía de pensiones fijadas por resolución del Juez de primera instancia que pueda haber llevado a cabo el Juez del concurso con base en el art. 47.2 LRLC.

Cabe plantearse lo que acontece con el crédito por alimentos fijado por el Juez del concurso en las distintas fases del procedimiento concursal. Si el concurso concluye por *convenio*, el derecho de alimentos como crédito contra la masa se extinguirá con la aprobación del convenio²³, pues desaparece en este momento la distinción entre créditos concursales y créditos contra la masa²⁴ (art. 84.2.2º, 5º y 10 LC), ya que cesan los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC). La situación del concursado se rige por lo aprobado en el convenio, aunque el concurso no concluye hasta el cumplimiento íntegro del convenio (art. 139, 176.1.1º LC).

Abierta la fase de liquidación, el artículo 145 LC en su redacción anterior a la reforma señalaba que *“si el concursado fuera persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa”*.

La LRLC modifica el art. 145.2 LC: *“Si el concursado fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad”*.

La extinción del derecho de alimentos cuando se produce la apertura de la fase de liquidación se configura como regla, siendo su mantenimiento la excepción. Es claro que se extingue el derecho de alimentos cuando el concursado es alimentante (salvo que lo sea para cónyuge, pareja de hecho o descendientes bajo su potestad). Subsiste

²³ En este sentido, DÍAZ ALABART, *Los alimentos del deudor en el concurso*, cit., p. 285.

²⁴ CABALLERO GARCÍA, *Los créditos contra la masa*, Valencia, 2009. BELTRÁN SÁNCHEZ, E, *Créditos concursales y créditos contra la masa*, en *La nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, nº 59, Madrid, 2005, p. 451.

ese derecho desde el punto de vista civil, hasta que se produzca la extinción por modificación judicial cuando, por ejemplo, se trate de una pensión de alimentos fijada en un proceso de separación o divorcio. Con todo, no hay que olvidar que tanto el cónyuge como la pareja de hecho o descendientes no ejercitan una pretensión autónoma alimenticia en el concurso, sino que en la pretensión del concursado se atenderán las necesidades de aquéllos.

La novedad radica en la subsistencia del derecho de alimentos, aún abierta la fase de liquidación, cuando los perceptores son el concursado, su cónyuge o pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad. Dado que potestad y custodia no son términos sinónimos, considero que no se extingue el derecho de alimentos para descendientes menores de edad aunque el concursado no tenga la custodia sobre los mismos.

Ahora bien, sin prejuzgar la justicia de la medida, cabe plantear una disfunción. Si la concesión de alimentos inicial se supedita al estado de necesidad, si éste subsiste en fase de liquidación, nunca se extinguirá tal derecho. Y si no existe tal estado de necesidad en fase de liquidación, probablemente tampoco existiera en el momento de la declaración de concurso y si esto era así, los alimentos no debían haberse fijado. El art. 145.2 en su nueva redacción, solo tiene sentido a mi juicio, en la hipótesis poco probable de que entre el momento de la declaración de concurso y el inicio de la fase de liquidación, el concursado, sorprendentemente, carezca de estado de necesidad. De ahí, que quizá lo razonable era haber suprimido directamente la extinción del derecho de alimentos con la apertura de la fase de liquidación.

Con la redacción reformada parece que se exigen dos grados distintos de estado de necesidad. Uno más amplio, contemplado en el art. 47 y otro más restringido, referido a necesidades más básicas, en el art. 145.2 LRLC: lo imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad. A mi juicio, tal restricción debería ser la *regla* en el art. 47 LC. No debería configurarse como crédito contra la masa gastos para aquello que no sean las necesidades mínimas del concursado y las personas que menciona la norma. No puede olvidarse que son los acreedores los que asumen este coste y el deudor ya tiene un patrimonio inembargable. Este concepto restringido en esta sede podría conducir a interpretar de manera más amplia el estado de necesidad a que se

refiere el art. 47 LC lo que iría contra la finalidad del concurso que es satisfacer los derechos de los acreedores. Por lo tanto, conseguir la subsistencia del deudor debe ser el único objetivo del derecho de alimentos cualquiera que sea la fase del procedimiento.

También se mantiene un concepto restringido en el art. 176 bis de la LRLC dedicado a las especialidades de la conclusión del concurso *por insuficiencia de la masa activa*, el cual se produce cuando el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa. Dicho precepto establece un orden de prelación para el pago de los créditos contra la masa, situándose en tercer lugar el pago de “los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional”. Parece que la LRLC diseña unos “alimentos restringidos” cuando se abre la fase de liquidación y cuando concluye el concurso por insuficiencia de la masa activa, en donde se ha optado por cuantificar dicha pensión alimenticia en el salario mínimo interprofesional, al margen de cuál sea el estado de necesidad que en el caso concreto tenga lugar. De nuevo, parece confundirse el patrimonio inembargable del que ya goza el deudor con el derecho de alimentos.