

La calificación concursal de los créditos nacidos de los contratos con obligaciones recíprocas (como consecuencia del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo de 2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal)

por

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS NACIDOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO.
- II. EL CRÉDITO SUBORDINADO QUE NACE DE UN CONTRATO CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS: SU RÉGIMEN JURÍDICO Y ORDEN DE PRELACIÓN Y PAGO:
 1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRÉDITO SUBORDINADO:
 - 1.1. *Derechos de que disponen los titulares de créditos subordinados.*
 - 1.2. *Pago y graduación de los créditos subordinados.*
- III. LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES CALIFICADOS COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CRÉDITOS PREDEDUCIBLES:
 1. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y LOS CRÉDITOS PREDEDUCIBLES.
 2. LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES CALIFICADOS COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CRÉDITOS PREDEDUCIBLES.

3. RÉGIMEN JURÍDICO, PAGO Y PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA DERIVADOS DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS:

- 3.1. *Comunicación y reconocimiento de los créditos contra la masa.*
- 3.2. *El régimen de pago y prelación de los créditos contra la masa y de las prestaciones nacidas de un contrato con obligaciones recíprocas en la legislación vigente.*

I. INTRODUCCIÓN: LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS NACIDOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO

El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo de 2009 (*BOE* de 31 de marzo), de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la situación económica, ha producido una reforma importante, desde el punto de vista práctico, de nuestro Derecho Concursal motivada por la crisis económica actual que ha provocado que muchas de las previsiones de la Ley de 2003, dadas para un entorno económico diferente, se hayan revelado inadecuadas e ineficaces para los momentos actuales (1).

La reforma ha afectado al aspecto procesal, intentando implantar un procedimiento concursal menos costoso, más ágil y eficiente en sus resultados.

No obstante, uno de los aspectos sustantivos de la reforma ha afectado a la calificación de alguno de los créditos nacidos de los contratos con obligaciones recíprocas. Se añade un nuevo número, el 7.º, al artículo 92 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, calificando de *créditos subordinados* a los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, «*cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso*».

Como la vigente regulación concursal, el legislador, con esta reforma, sigue favoreciendo el mantenimiento de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Así, una vez que se produce la declaración de concurso, al examinar el patrimonio del concursado, uno de los principales activos con el que puede contar ese patrimonio es el de los contratos que el concursado tenga con terceros, pues en la economía actual dichos contratos pueden ser un elemento fundamental en el desarrollo futuro de la actividad empresarial del concursado. Por eso, una de las primeras cosas que es neces-

(1) El Gobierno aprobó, el 18 de marzo de 2011, un nuevo cambio de la Ley Concursal con dos objetivos: por un lado, favorecer a los bancos; por otro, tratar de agilizar los procesos. Las entidades bancarias para el caso que refinancien a una sociedad que acaba declarándose en concurso, tendrán prioridad de pago sobre la misma del «dinero nuevo» que aporten a una empresa, en el marco del proceso de refinanciación (tiene la consideración de crédito contra la masa).

rio comprobar tras la declaración de concurso es qué contratos celebrados con el concursado están pendientes de cumplir y calibrar en qué orden el cumplimiento de dichos contratos interesa al concursado. En principio, hay que pensar que dicho interés existirá en la medida en que el mantenimiento del contrato vaya a suponer un aumento del patrimonio del concursado o vaya a evitar o atenuar una disminución del mismo, es decir, en la medida en que la situación patrimonial resultante tras la ejecución de las prestaciones pendientes por ambas partes sea mejor que la que resultaría de resolver el contrato (2).

La Ley Concursal concede a la administración concursal la facultad de decidir si se sigue cumpliendo el contrato o se resuelve (con declaración o decisión del juez del concurso) y de hacerlo teniendo en cuenta exclusivamente el interés del concursado y no de la otra parte contratante. En contrapartida, eso sí, el derecho de ésta va a pasar a tener la categoría de crédito contra la masa (créditos satisfechos antes que los demás créditos concursales, salvo los que gocen de privilegio especial), pues sería excesivamente gravoso para dicho contratante imponerle el cumplimiento de las prestaciones pendientes a pesar de la incertidumbre de cobro que supone tener la simple posición de acreedor ordinario en una situación de insolvencia patrimonial como la que justifica el concurso. De ahí, que el artículo 84 LC incluya en el apartado 6.º como créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (art. 61.2.1 LC), y de las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria (art. 61.2.2 LC) o por incumplimiento del concursado (art. 62.4 LC). Del mismo modo, el apartado 7.º del artículo 84 LC, incluye entre los créditos contra la masa los que correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado en los casos de rehabilitación de contratos (arts. 68 y 69 LC) o de enervación de desahucio (art. 70 LC).

Ahora bien, la reforma actual de la Ley Concursal (Real Decreto-ley 3/2009), que pretende generar incentivos para evitar el concurso mediante una refinanciación de las empresas con el apoyo de sus acreedores, castiga al contratante no concursado que de forma reiterada impida la continuación del contrato con obligaciones recíprocas —en perjuicio del interés del concurso y así

(2) Es claro, que los contratos mal negociados por el concursado o que puedan ser considerados más gravosos para éste que para la otra parte del contrato no interesarán mantenerlos. Puede, también, darse el caso de que contratos que objetivamente fuesen ventajosos para el concursado antes de la declaración del concurso, ya no lo sean tras ésta, porque la nueva situación creada y la cesación de las actividades del concursado que no se consideren rentables hagan perder utilidad a dichos contratos. Por tanto, en la valoración de si el contrato interesa o no al concurso no es suficiente con examinar las prestaciones aisladamente, sino que hay que valorarlas en función de los incrementos patrimoniales que se puedan conseguir o de las necesidades que las actividades que el concursado vaya a continuar realizando puedan requerir. En este sentido, NAVARRO CASTRO, *Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores*, Madrid, 2008, pág. 100.

lo constate el juez previo informe de la administración concursal— y rebaja la categoría de su crédito en el concurso calificándolo de crédito subordinado (art. 92, en su nuevo apartado 7.º LC). Es decir, como un crédito satisfecho por detrás de los créditos privilegiados y ordinarios y que está sometido a un régimen más restrictivo que el previsto para el común de los créditos concursales.

II. EL CRÉDITO SUBORDINADO QUE NACE DE UN CONTRATO CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS: SU RÉGIMEN JURÍDICO Y ORDEN DE PRELACIÓN Y PAGO

La última modificación de la Ley Concursal (RDL 3/2009) ha incluido un nuevo crédito subordinado en el artículo dedicado a la clasificación de éstos, el artículo 92, apartado 7.º Así, si el acreedor de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes al declararse el concurso obstaculiza de modo reiterado el cumplimiento del mismo en perjuicio del interés del concurso, su crédito será calificado, por el no mantenimiento del contrato, como crédito subordinado.

Es decir, siempre que pueda continuar el contrato bilateral declarado el concurso —ya sea porque las dos obligaciones recíprocas se encuentren pendientes de cumplimiento (art. 61.2.1), ya sea porque así lo decida el juez del concurso a petición del concursado o la administración concursal (art. 61.2.2) o, no obstante, concurriendo causa de resolución, si es conveniente al interés del concurso (art. 62.3), o en los supuestos de rehabilitación previstos en los arts. 68 y 69 LC— y el acreedor de este contrato lo impida en contra del interés del concurso y lo constate el juez previo informe de la administración concursal, su crédito será satisfecho por detrás de los privilegiados y los ordinarios. Ya no será crédito contra la masa.

Por ello, tendremos que analizar, cuál es el régimen de estos créditos subordinados, pues implica derechos más restrictivos que el previsto para el común de los créditos concursales.

La Ley Concursal no se ha ocupado de definir expresamente cuál es el contenido de esta categoría de créditos. Dentro de la clasificación de créditos subordinados quedan, en efecto, integradas obligaciones del deudor de muy diversa índole, sin que exista una aparente vinculación entre todas ellas en cuanto a su naturaleza y titularidad. El artículo 92 LC está destinado a identificar cada uno de los supuestos de créditos que integran la categoría de subordinados: créditos comunicados subordinados por la falta de diligencia del acreedor, créditos subordinados por pacto contractual, créditos por intereses, créditos por multas y similares, créditos de los que sea titular una persona especialmente relacionada con el deudor, créditos que, como consecuencia de rescisión concursal, sea titular quien haya sido declarado parte de mala fe en el acto

impugnado y, por último, el novedoso crédito del acreedor que haya obstaculizado el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso de forma reiterada. Lo que les caracteriza, y de ahí la denominación bajo la cual se regulan, es su posición postergada en el concurso del deudor.

No obstante, la Ley Concursal no ha establecido una sección o capítulo dedicado a regular un régimen específico para los créditos subordinados (del mismo modo que tampoco existe un apartado dedicado al régimen de las otras categorías de créditos). Sin embargo, de la lectura de todo el texto legal se extraen una serie de conclusiones acerca de cuál es la posición de los titulares de estos créditos en el procedimiento concursal, y, por tanto, aplicable al crédito de un acreedor que ha impedido de manera reiterada el cumplimiento del contrato con obligaciones recíprocas en perjuicio del interés del concurso.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRÉDITO SUBORDINADO

Los créditos subordinados, a pesar del especial régimen que les es de aplicación, quedan integrados de derecho en la masa pasiva del concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 LC, lo que le convierte a sus titulares en acreedores concursales. Ello hace que los mismos acrediten una serie de derechos equivalentes a los del resto de acreedores concursales, si bien con algunas especialidades que el propio texto legal establece para esta categoría de créditos.

1.1. *Derechos de que disponen los titulares de créditos subordinados*

1.º Solicitud de declaración del concurso

Los titulares de créditos subordinados, en su condición de acreedores concursales, están legitimados para solicitar la declaración de concurso (art. 3 LC). Debe señalarse que la Ley no exige al acreedor que insta la declaración en concurso de su deudor comunicar al juez la clase correspondiente a su crédito (art. 7.1 LC), lo que refuerza la conclusión de que para el legislador es indiferente, a la hora de examinar la legitimación del acreedor, el rango que le será atribuido en la distribución concursal (3).

Ahora bien, el nuevo crédito subordinado que ha introducido el Real Decreto-ley 3/2009, en el artículo 92, parece partir de un concurso ya declarado. El acreedor que incumpla el mantenimiento del contrato bilateral de

(3) ROJO, «Comentario al artículo 3 LC», en *Comentarios Ley Concursal*, I, Rojo y Beltrán, Madrid, 2004, pág. 206, según el cual, cualquier acreedor con interés legítimo puede solicitar la declaración de concurso, presumiéndose la existencia de ese interés por la mera condición de acreedor, trátase de acreedor preferente, ordinario o subordinado.

modo reiterado, y en contra del interés del concurso, verá degradado su crédito a subordinado, que en caso de no obstaculizar el cumplimiento del contrato es calificado de crédito contra la masa (4).

2.º Comunicación de créditos

Un derecho importante atribuido a los titulares de créditos subordinados y que comporten con el resto de acreedores concursales, es del de comunicar su crédito a la administración concursal (art. 85 LC), lo que determina su posible inclusión en la lista de acreedores y, sobre esa base, su eventual satisfacción en el concurso. Sin embargo, a la vista de las escasas perspectivas de satisfacción que les corresponden, así como su limitada participación en el procedimiento, es de prever que estos acreedores no tengan demasiado interés en concurrir al procedimiento (5).

3.º Impugnación del informe de la administración concursal

Todo acreedor subordinado, al igual que el resto de los acreedores concursales, está facultado para impugnar el inventario y la lista de acreedores (art. 96.1 LC se refiere a cualquier interesado).

Por lo que hace a esta posibilidad, sería aconsejable que en la lista de acreedores se indicará también, junto a la calificación jurídica del crédito, una justificación de la misma cuando ésta sea subordinada. Así, si el artículo 94.2 LC establece que en la lista de acreedores se hará constar expresamente «las consecuencias de la comunicación oportuna», y esas consecuencias son la subordinación del crédito (tal como dispone el art. 92.1.º LC). Por eso entendemos que, si se da justificación expresa en la lista de acreedores respecto de la razón por la cual se subordinan unos determinados créditos, lo correcto sería que esta justificación se extendiera respecto a los demás. Defendemos esta postura por las importantes consecuencias que se derivan de la calificación de un crédito, máxime cuando la misma es subordinada (6).

En este sentido, en el supuesto de acreedores de contratos con obligaciones recíprocas que no cumplan de manera reiterada, deben conocer el informe de la administración concursal y la justificación del juez del concurso (como

(4) El régimen de reconocimiento y comunicación de créditos lo estudiaremos en el apartado correspondiente.

(5) BERMEJO, «Comentario al artículo 85 LC: Comunicación de créditos», en *Comentarios de la Ley Concursal*, Rojo y Beltrán, cit., pág. 1533.

(6) Así lo entiende VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentarios al artículo 94 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, Córdón, Valladolid, 2004, pág. 748.

recoge expresamente el art. 92.7.º), para impugnar la calificación subordinada de sus créditos. Le será de enorme utilidad conocer las precisas razones de la subordinación.

4.º Garantías contratadas sobre créditos subordinados

Una cuestión que merece atención es la que atañe a las garantías contratadas respecto de los créditos subordinados y la duda acerca de la calificación que, en estos casos, debe atribuirse al crédito.

Si analizamos este tema a la luz del artículo 97.2 LC, concluimos que el titular de un crédito calificado como subordinado en función de la especial relación con el deudor perderá las garantías de cualquier clase constituidas a favor del crédito. Sin embargo, ese efecto no se prevé en la Ley respecto del resto de clases de créditos subordinados a que se refiere el artículo 92 LC, aunque la doctrina que se ha manifestado sobre esta cuestión mantiene una posición casi unánime en el sentido de considerar que la subordinación tiene como efecto inseparable la pérdida de cualquier privilegio. Basándose en la idea de que la subordinación conlleva, necesariamente, a la extinción de toda garantía y en la noción de que la subordinación afecta tanto al crédito como al privilegio, que es accesorio de aquél (7).

En este sentido, el crédito del acreedor de un contrato bilateral que obstaculice de modo reiterado el cumplimiento del mismo al ser calificado de subordinado, conllevaría a que las garantías constituidas sobre el mismo se perdiesen. De tal manera, que si como luego veremos, un crédito contra la masa, como el que se puede derivar de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, puede ser privilegiado, en el caso de que el crédito sea subordinado puede perder tal privilegio.

Consideramos, sin embargo, que como principio general, debería entenderse que los créditos que por aplicación de Ley o por acuerdo convencional, tengan carácter subordinado pero al mismo tiempo, están asegurados con una garantía real, conservarán el derecho a ejecutar sobre el bien objeto de la

(7) PULGAR EZQUERRA, «El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal», en *RDM*, 2003, pág. 1473, argumenta que la extinción de las garantías de las personas especialmente relacionadas se produce como consecuencia de la subordinación; CORDERO LOBATO, «Comentario del artículo 97 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, II, Rojo y Beltrán, cit., págs. 1120 y 1121, quien sostiene que la cualidad de acreedor subordinado determina la inutilidad de la garantía accesorio del crédito subordinado, y en atención a las establecidas para cualquiera de los créditos subordinados; CARRASCO PEREA, «Comentario del artículo 97 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, II, Bercovitz, cit., pág. 1476, considera que por definición, un acreedor subordinado es un acreedor que por definición no puede gozar en el concurso de privilegio alguno; para BLASCO GASCÓ, «Comentario del artículo 97 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, Sagrera, 2004, pág. 1644, la subordinación afecta tanto al crédito como al privilegio, que es accesorio de aquél.

garantía (8), pasando a ser satisfechos con rango de subordinado por la parte del crédito a la que no hubiese podido alcanzar la garantía. Esta parece ser la opción por la que ha optado el legislador concursal, en línea con el principio de la protección de las garantías reales, que para el ámbito de la subordinación habría quedado especificado en el párrafo 3.º del artículo 92 LC, cuyos efectos podrían extenderse al resto de los acreedores subordinados pero siempre y cuando así lo establezca la Ley. En otro caso, se protege la actuación previa del acreedor en defensa de su crédito, aunque luego se califique como subordinado.

1.2. Pago y graduación de los créditos subordinados

De acuerdo con lo previsto en el artículo 158. 1 LC, los créditos subordinados sólo podrán ser satisfechos cuando hayan sido íntegramente pagados los créditos ordinarios.

Así, en fase de convenio no se puede producir el efecto de que el deudor deba atender de manera simultánea el pago de los créditos ordinarios y subordinados, por lo que debería aplicarse el criterio de la previa satisfacción de los créditos ordinarios (9).

De igual modo, y por aplicación del artículo 158.2 LC, el contenido del convenio no podrá prever que los créditos subordinados sean satisfechos de forma simultánea sin atender a las diferentes clases de créditos. En este sentido, en aquellos aislados casos en los que el convenio prevea prestaciones para más de una clase de créditos subordinados, el pago de una determinada categoría no podrá empezar hasta que no haya sido totalmente satisfecha la anterior.

Bien es verdad que un sector de la doctrina considera que la graduación interna del artículo 92 LC es operativa a los efectos del pago en sede de fase de liquidación (donde se ubica el art. 158 LC), pero no resulta aplicable para el convenio. La regla contraria, además, introduciría una complejidad enorme a la hora del cumplimiento de un convenio cualquiera (10).

(8) En este sentido, FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, Madrid, 2006, pág. 610.

(9) Debe citarse la opinión contraria de CARRASCO PEREA, «Comentario al artículo 134 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, cit., pág. 1467, quien considera que en la Ley no se impide que, de no haberse pactado una espera, el acreedor subordinado no cobró simultáneamente (o antes incluso) que los ordinarios, si así se hubiera convenido.

(10) VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentarios al artículo 134 LC. Convenio», en *Comentarios a la Ley Concursal*, Córdón, cit., págs. 941 y 942, y CARRASCO PEREA, «Comentario al artículo 134 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, cit., 1467, para quienes el orden de pago de los artículos 90 a 93 y 155 a 158 LC, no es de aplicación en el supuesto de convenio.

Sin embargo, debe advertirse de que podría entrar en contradicción con la previsión que se contiene en el artículo 100.3 LC, en el sentido de que la propuesta de convenio no podrá consistir en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, es decir, que para el pago de los créditos deben respetarse las normas contenidas en los artículos 89 a 93 LC. Además, el argumento de la complejidad, por sí solo, no puede bastar para orillar la clasificación establecida por el legislador para los créditos subordinados, y tomarse en consideración el hecho de que esta clasificación responde a una opción del legislador para establecer dentro de la categoría de créditos subordinados, unas clases con una posición preferente a otras, como así resulta del artículo 158.2 LC, según el cual el pago de los créditos subordinados se hará por el orden establecido en el artículo 92 LC, y, en su caso, a prorrata entre los de cada número. En caso contrario, se estaría dando lugar a una posible impugnación del convenio por parte de los acreedores perjudicados, sobre la base de que el mismo incumple el artículo 100.3 LC en cuanto al respeto a la clasificación de créditos establecida en la Ley.

La Ley no ha previsto normas específicas para los titulares de crédito subordinados en la fase de liquidación, salvo la contenida en el artículo 158 LC, que establece que el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios (apartado 1) y que, en su caso, se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y a prorrata dentro de cada número (apartado 2).

La posición de los créditos subordinados en el pago y prelación concursal implicará que sus créditos sólo pueden ser satisfechos cuando se haya producido la previa satisfacción íntegra de los créditos contra la masa, los créditos privilegiados, con privilegio especial y con privilegio general, y de los acreedores ordinarios. Pues, aunque la Ley sólo se refiera al hecho de que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios, resulta claro que esta circunstancia sólo puede ocurrir cuando antes hayan sido satisfechas las categorías de crédito de rango superior (11).

La situación atribuida a los titulares de créditos subordinados en el pago concursal, conllevará que, en la mayor parte de los procedimientos, no alcancen a cobrar ni una pequeña parte de sus créditos, ya que serán raras las ocasiones en las que la masa activa sirva para satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa, privilegiados y ordinarios. En caso contrario, cuando, tras la satisfacción de esos créditos, exista un remanente para atender a los créditos subordinados, la satisfacción de los créditos deberá hacerse necesariamente en el orden establecido en el artículo 92 LC.

(11) GARRIDO, «Comentarios al artículo 158 LC. Pago de créditos subordinados», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, Rojo y Beltrán, cit., pág. 2486, así lo indica expresamente.

Ello implica que, para poder satisfacer a una determinada categoría, deberá haberse realizado la satisfacción de la categoría inmediatamente superior. Con la reforma introducida en la Ley concursal por el Real Decreto-ley 3/2009, en la lista de los créditos subordinados se ha colocado en último lugar para el pago (apartado 7.º del art. 92 LC) el crédito que nace del incumplimiento reiterado del acreedor de un contrato con obligaciones recíprocas. Con ello parece intención del legislador castigar al contratante no concursado que en contra del interés del concurso decida no continuar el contrato, cuando así lo estime el administrador concursal y lo apruebe el juez del concurso. La última posición de esos créditos subordinados en el proceso de pago y distribución concursal da una idea muy precisa de cómo trata el acreedor los intereses de esos acreedores (12).

En el caso de que el remanente sobrante no alcance para cubrir a la totalidad de los créditos que integren alguna de las categorías de créditos subordinados, el producto de ese patrimonio concursal será repartido a prorrata, entre los titulares de esos créditos, aplicando el principio de proporcionalidad.

III. LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES CALIFICADOS COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CRÉDITOS PREDEDUCIBLES

Los créditos que se derivan de los contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento —en los supuestos de mantenimiento de los mismos (art. 61.2.1 LC), de su resolución solicitada por el administrador del concurso o el deudor concursal en interés del concurso (art. 61.2.2 LC), del cumplimiento de los contratos decretado por el juez del concurso aunque concurra causa de resolución (art. 62.3 LC), o de la rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado, de préstamos a favor del concursado, o de arrendamientos urbanos (arts. 68, 69 y 70 LC)— siempre que el acreedor de estos contratos no obstaculice de modo reiterado su cumplimiento en contra del interés del concurso, son créditos contra la masa.

1. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y LOS CRÉDITOS PREDEDUCIBLES

El artículo 84.1 LC define qué son créditos contra la masa, pero en sentido negativo, al establecer que son créditos contra la masa los que no son

(12) GARRIDO, «Comentarios al artículo 158 LC. Pago de créditos subordinados», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, cit., pág. 2488, «al igual que todas las disposiciones sobre graduación, el establecimiento de un orden entre los distintos supuestos de créditos subordinados traduce los juicios de valor del legislador sobre los respectivos méritos de cada uno de los créditos que se enuncian».

créditos concursales, (los que están al margen del concurso) (13). Por el contrario, todos aquellos créditos que no sean créditos contra la masa serán créditos concursales e integrarán dicha masa (art. 84.1 LC) (14).

El artículo 84.2 LC establece a continuación y de forma pormenorizada los créditos que integran la categoría de créditos contra la masa. Estos cré-

(13) BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pág. 109 y sigs., hace la siguiente distinción entre los acreedores del concurso: «Los acreedores concursales sólo tienen derecho a concurrir sobre el patrimonio del concursado, según la ley del dividendo o según las disposiciones del convenio. Son acreedores concursales aquellos que tienen un crédito contra el concursado en la fecha en que el concurso se declara, sea ordinario o privilegiado. Determinados créditos nacidos antes de la declaración de concurso, sin embargo, pueden satisfacerse al margen del concurso: son los acreedores que gozan de un derecho de ejecución separada (arts. 908 y 909 C. de C.). Los acreedores posteriores a la declaración de concurso, los denominados acreedores de la masa, quedan fuera de la masa pasiva. A diferencia de los acreedores con derecho de ejecución separada, excluidos del concurso por disposición legal, los acreedores de la masa quedan por esencia al margen del concurso. Los acreedores de la masa ni entran a formar parte de la masa pasiva ni sufren los efectos del concurso de acreedores. Desde esta perspectiva, no es difícil entender que se incurra en un error en el enfoque cuando se habla de preferencia de los acreedores de la masa. En realidad no existe esa preferencia; los acreedores de la masa deben satisfacerse antes de los acreedores del concurso porque constituyen una categoría ajena, distinta y autónoma, que no se ve afectada por las leyes del concurso. Los acreedores de la masa, como acreedores ajenos al concurso, son acreedores extraconcursales, la naturaleza jurídica de las deudas de la masa se explica en razón de la extraconcursalidad». VIGUERA RUBIO, «Efectos de la declaración de quiebra», en *Derecho Mercantil*, 2, VI, Jiménez Sánchez, Barcelona, 2002, págs. 741 y 742, para concretar que son deudas de la masa hace el siguiente discurso: «La quiebra es un proceso de ejecución a favor de la generalidad de los acreedores del deudor común. Por ello, declarada la quiebra, se produce de modo necesario el efecto de que los acreedores quedan agrupados en un consorcio de interesados en la ejecución del patrimonio del quebrado. Este consorcio recibe el nombre de masa de acreedores o masa pasiva, que, por la finalidad que persigue, tiene una entidad distinta de los acreedores que lo conforman, una representación propia (los síndicos) y una capacidad propia para obligarse (las deudas de la masa). De aquí la distinción entre deudas del quebrado y deudas de la masa; importante distinción, ya que mientras las primeras quedan sometidas al procedimiento, sufriendo la reducción consiguiente (ley del dividendo), las segundas se satisfacen con preferencia e íntegramente».

(14) La sección 3.ª que establece la Ley Concursal lleva por título «De la clasificación de los créditos», y comprende los artículos 89 a 93 de esta Ley. Estos artículos recogen una clasificación de los créditos concursales que se incluirán en la lista de acreedores. Esta clasificación de los créditos, según expresa la Exposición de Motivos de la Ley (punto V), «constituyen una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho». Los créditos concursales incluidos en la lista de acreedores se clasifican en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los créditos privilegiados se clasifican, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes y derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor (arts. 89, 90 y 91 LC). Los créditos subordinados vienen recogidos en el artículo 92 LC. La Ley Concursal no dedica ningún artículo a determinar cuáles son los créditos ordinarios, por ello deben ser considerados créditos ordinarios, por eliminación, los que no sean privilegiados ni subordinados.

ditos, que bajo la legislación anterior eran prácticamente de elaboración doctrinal (15), con la vigente Ley Concursal toman carta de naturaleza como categoría legal.

La Ley sigue hablando, como la doctrina anterior, de *deudas de la masa* (16), asumiendo una terminología gráfica, pero técnicamente incorrecta. Evidentemente, la masa activa no es sujeto de derecho, por lo que no puede

(15) ALONSO LEDESMA, «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, García Villaverde, Alonso Ureba, Pulgar Ezquerro, Madrid, 2003, págs. 364 y 365, sostiene que tradicionalmente las deudas de la masa, estaban integradas por dos tipos de créditos: los gastos de la masa y las obligaciones de la masa. Los primeros incluían todos los realizados para llevar a buen fin el procedimiento concursal (costas y gastos) y las segundas, las contraídas para lograr una adecuada administración y liquidación del patrimonio del deudor. Todos estos créditos, que se originan por la apertura del concurso o cuando éste ya se ha abierto, tienen carácter de extraconcursales y, por tanto, no entran en competición con los créditos concursales que son los contraídos por el deudor, lo que explica el distinto tratamiento dado a unos y otros. Mientras los primeros son predecibles y deben ser satisfechos conforme vayan venciendo y en su integridad antes de proceder al reparto de cualquier cantidad a los acreedores concursales, éstos, en cambio, están sujetos, en mayor o menor medida, a las vicisitudes del concurso y deben ser satisfechos conforme a las reglas del mismo. Esta clara distinción que se mantenía en la Propuesta de 1995 y en el Anteproyecto de 2000, se ha ido desvirtuando en buena parte a medida que ha ido avanzando el proceso legislativo, ya que, de una parte, se omiten en la categoría de créditos contra la masa algunos que siempre han estado encuadrados en la misma (como los gastos de administración del concurso, entre los que figuraban los de retribución de los administradores concursales), y, de otra, se nutre de créditos de diversa naturaleza en algunos de los cuales no concurren las características que definen a los créditos contra la masa. Por otra parte, se comprueba también que la tendencia actual a buscar soluciones conservativas y no meramente liquidativas del patrimonio concursal hace que aumenten significativamente el número de créditos contra la masa. Este es el caso de las obligaciones generadas como consecuencia de la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o las contraprestaciones a cargo del concursado de los contratos que continúen durante el procedimiento, y las indemnizaciones derivadas de los contratos que se resuelvan o rescindan. GÓMEZ MARTÍN, *Prontuario sobre cuestiones relativas a la suspensión de pagos y la quiebra*, Granada, 2001, pág. 156, incluía entre la clasificación de deudas de la masa todos aquellos créditos con causa en contratos de tracto sucesivo devengados con posterioridad a la fecha del auto de declaración de quiebra, entre los que habitualmente se incurría por los arrendamientos (rústicos, urbanos, financieros).

(16) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1983, pág. 441: «La expresión “deudas de la masa” sirve para destacar dos características: 1.ª Que las deudas contraídas por la administración de la quiebra sólo pueden hacerse efectivas sobre el patrimonio de ella (la masa) y no sobre los futuros bienes del deudor. 2.ª Que no se satisfacen como las restantes deudas del quebrado, es decir, dentro de la quiebra, sino fuera de ella. Por esta razón se habla también de acreedores en masa y de acreedores de la masa». GARCÍA PÉREZ, *Las deudas de la masa concursal en el Derecho español y comparado*, Ávila, 1986, pág. 67 y sigs., apuntaba las siguientes notas de las mismas: no se insinuaban en el concurso; no se sometían a reconocimiento ni graduación; no daban derecho a participar en la junta de acreedores; no estaban sometidas a la ley del dividendo; se satisfacían íntegramente, mientras existían bienes del concurso; y exigían como requisitos que fuesen hechas en interés común de los acreedores afectados y obtuvieran la debida autorización y aprobación, en su caso.

ser acreedor ni puede ser deudor. No hay créditos contra la masa del mismo modo que no hay deudas de la masa. El deudor es siempre y sólo el deudor común concursado, único titular del patrimonio que, separado, conforma la masa activa. Las deudas son deudas no de la masa activa, sino del deudor concursado (17).

La expresión legal (*créditos contra la masa*), sin embargo, tiene un valor gráfico importante: no se trata de créditos concursales, es decir, de créditos que conformen la masa activa, sino de créditos satisfechos antes del reparto de la masa entre los acreedores del concurso. Son créditos contra la masa activa del concurso porque son créditos prededucibles (18).

Los créditos contra la masa son créditos prededucibles, precisamente porque no son créditos concursales, sino extraconcursoales, de modo que no forman parte de la masa activa: antes de proceder a la distribución del activo del concurso entre los acreedores concursales concurrentes se han de apartar las sumas correspondientes a los créditos contra la masa.

Así, el artículo 84.2 LC establece que, *los créditos contra la masa serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 LC* (19). Este artículo 154, en su párrafo primero, dispone que, *antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta; y en el párrafo segundo, en su primera parte, que, los créditos contra la masa,*

(17) BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, Navarra, 2004, pág. 73, lo señala acertadamente.

(18) BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., pág. 115, plantea la posibilidad de sustituir la tradicional y equívoca terminología de deudas de la masa por la más correcta de créditos prededucibles: porque permite se incluyan entre las deudas de la masa créditos nacidos antes de la apertura del procedimiento concursal. Por otra parte, la masa no es deudora de estos créditos y la terminología expresa más eficazmente su caracterización esencial de ser satisfechos antes del reparto entre los acreedores concursales. Sostiene, también, GARRIDO, *ob. cit.*, págs. 52 y 53, que respecto a los créditos prededucibles, es obvio que la mayor importancia cuantitativa y cualitativa se manifiesta en el seno de los procedimientos concursales, donde se identifican con los llamados créditos contra la masa o deudas de la masa. La prededucción de los créditos contra la masa viene dada por la conexión funcional entre el procedimiento de ejecución colectiva y los créditos. Esta conexión funcional significa que el desarrollo del procedimiento requiere la realización de una serie de gastos ineludibles para lograr la propia satisfacción de los acreedores. En otros casos, la continuación de la empresa del deudor exigiría la concesión de créditos por parte de terceros (y es evidente que éstos no entrarían en ninguna relación jurídica con los órganos de un procedimiento concursal sin una mínima garantía de pago), y en este supuesto las deudas de la masa representarían el coste de la ejecución concursal: la prededucción tendría la función de asegurar a los órganos del concurso la obtención del crédito indispensable para el desarrollo del procedimiento concursal.

(19) BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., pág. 74, «el artículo 154 contiene el régimen jurídico de una clase determinada de créditos que, antes de la Ley Concursal, aparecía dicho régimen jurídico disperso en distintas normas, que podían ser incluso contradictorias».

cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso (20).

De lo dispuesto en el artículo 154.1 y 2 LC se deduce que los créditos cuyos titulares son acreedores de la masa, se satisfarán en su totalidad conforme vayan venciendo con prededucción, esto es, antes de proceder al reparto de cantidad alguna a los acreedores concursales, que sí se sujetan en mayor medida a las resultas y vicisitudes del procedimiento (a lo que resulte del convenio o la liquidación). Sí es necesario tener en cuenta un único pero importantísimo límite: *las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial* (art. 154, párrafo último).

Por tanto, a salvo el privilegio especial que prima y está por encima de cualquier otro crédito, antes de repartir el activo realizado entre los acreedores concursales, se deben separar las cantidades que conforman los créditos contra la masa, sino han sido satisfechos todavía, pues tales créditos se pagan a medida que vencen.

Así, los créditos contra la masa, los créditos derivados de la situación concursal del deudor, gozan de preferencia o prededucibilidad frente a los créditos concursales o deudas del concursado. De esta manera, es fácil adivinar la tensión entre los intereses de los acreedores concursales y los inte-

(20) La regulación actual ya se establecía en los Anteproyectos y Proyectos que antecedieron a esta Ley Concursal. Así, el texto articulado del ALC de 1983, regula estas deudas de la masa en los artículos 283 a 286. La PALC de 1995 acometió la tarea de configurar el régimen jurídico propio de tales créditos en los artículos 103 a 105. En estos preceptos se señalaban los créditos que podían recibir la calificación de deudas de la masa (art. 103). Se reconocía su carácter extraconcursal, pero sus ejecuciones sobre el patrimonio insolvente quedaban paralizadas hasta que la junta de acreedores determinase la solución que hubiera de darse al concurso (art. 104). Asimismo, se establecía la posibilidad de agredir bienes especialmente afectos a la satisfacción de determinados créditos (por ejemplo, bienes dados en prenda o hipoteca): cuando faltasen bienes libres sobre los que realizar tal endeudamiento (art. 105). En el artículo 83 del PLC de 2000 se señalan los créditos contra la masa que merecen tal condición, y en el artículo 153 del PLC de 2000, las reglas conforme a las cuales habrán de ser satisfechos los mismos, de forma muy similar a los vigentes artículos 84 y 154 LC (sin embargo, en el art. 83.3 PLC 2000, se incluyen como gastos de administración del concurso los de retribución de los administradores concursales y los honorarios de los expertos independientes, así como los gastos en los que aquellos incurrieron en el ejercicio del cargo, que no han sido enumerados en la lista del art. 84.2 LC). Con algunas diferencias del régimen de la PALC 1995, como en el tema de la paralización de las ejecuciones y la de agredir determinados bienes afectos para el pago, y sobre todo, que en la propuesta los créditos contra la masa (art. 103) se conceptuaban a través de la descripción de sus rasgos generales, al margen de la referencia ejemplar a estos específicos créditos. También, a diferencia de lo que acontecía en la PLC 1995, el legislador de la vigente Ley no ha tratado conjuntamente en una misma sección o capítulo el régimen de las deudas de la masa, sino que ha preferido sacrificar la unidad para regular de forma unificada la liquidación de todas las deudas del concursado, sea cual sea el origen o naturaleza, estableciendo una normativa liquidatoria conjunta, tanto para los créditos concursales como para los créditos contra la masa, en la sección 4.^a, artículo 154 y sigs.

reses, contrapuestos, de los acreedores de la masa: cuanto mayores sean los créditos contra la masa (y crecerán si se tiende a conservar la empresa o la actividad profesional del deudor concursado), menores posibilidades hay de satisfacción de los créditos concursales (21).

Ahora bien, los créditos contra la masa son prededucibles porque son créditos cuyo origen se halla en la necesidad de atender los costes y gastos derivados de un procedimiento concursal y a la continuación del concurso, por lo que es justo que sus titulares cobren antes que el resto de los acreedores concursales. Éstos provocan el concurso o la situación del concurso, aquéllos son provocados por el concurso, nacen de la situación concursal. En definitiva, gracias a la prededucción se neutraliza el riesgo atinente a toda eventual financiación e inversión postcontractual. Sin la misma nadie estaría dispuesto a invertir y a financiar el saneamiento de esa insolvencia, con lo que, en cierto modo, hace que estos nuevos acreedores minimicen el riesgo y vivan una situación de ajenidad frente al proceso y discurrir contractual (22).

(21) BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., pág. 72.

(22) GARCÍA PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 76 y sigs., entendía como primera razón del carácter prededucible de las deudas de la masa que, una vez declarada la quiebra, o el concurso, el deudor se mostraba en el tráfico como un insolvente y esta insolvencia constituía un obstáculo fundamental para la obtención de nuevos créditos. No sería entonces posible encontrar ningún operador en el tráfico dispuesto a conceder crédito a un insolvente, lo cual conduciría a la paralización de toda actividad posterior a la apertura del concurso. El objetivo de la prededucción era eliminar este problema. A través de la prededucción se neutralizaba el riesgo que afecta a las inversiones postconcursoales. Ello se explicaba porque la prededucción recreaba la situación de ajenidad frente a la insolvencia que tendría cualquier inversor que contratara una garantía. Se llenaba de este modo el vacío que la apertura de la quiebra, o del concurso, dejaba en la capacidad de crédito de aquél. De ahí que la prededucción era vista como un instrumento que facilitaba la obtención de los recursos precisos para sufragar el discurrir del mismo. La segunda razón que daba era que la quiebra, o el concurso, tenía unos costes que surgían en interés de los acreedores y que habían de ser satisfechos (la remuneración de las tareas administrativas, el mantenimiento de las inversiones acordadas realizando las contraprestaciones pactadas, etc.). La cuestión era determinar sobre quién había de recaer la satisfacción de tales costes. La respuesta se encontraba en la aplicación de las reglas de liquidación de patrimonios, que exigían que, antes de asignar a cada individuo la porción de valor que le correspondía sobre una determinada masa patrimonial, se descontase de aquélla la parte proporcional del endeudamiento que pesaba sobre la misma (por ejemplo, los arts. 1386 a 1410 CC, respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, y los arts. 1082 a 1087 CC, sobre la liquidación de la herencia). Trasladada tal reflexión al ámbito de la quiebra, o del concurso, ello significaba que los acreedores (de la quiebra o concursales), antes de obtener la parte que les correspondía del patrimonio del deudor, habrían de soportar la deducción de los costes del procedimiento que se desarrollaba en su interés. La prededucción detraía del patrimonio del insolvente el importe de tales costes, del mismo modo que las prestaciones pendientes en los contratos bilaterales que asumían los administradores de la quiebra o del concurso. BERMEJO GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 63, indica que sin prededucción no pueden adoptarse aquellas medidas que hacen posible una explotación racional del patrimonio concursal.

2. LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES CALIFICADOS COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CRÉDITOS PREDUDICIBLES

El criterio clasificatorio de los créditos dimanantes de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes declarado el concurso atiende, más que al momento de sus respectivos vencimientos, a lo dispuesto en la Ley Concursal.

Si un contrato bilateral con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes declarado el concurso continúa vigente, por mandato del artículo 61.2.1 LC, *las prestaciones a que está obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa*, tanto si corresponde a obligaciones vencidas y no cumplidas antes de la declaración de concurso como si el vencimiento ha acaecido después. El crédito que va a surgir de estas obligaciones a cargo del concursado no es un crédito sometido al concurso, sino un crédito calificado como crédito contra la masa por la Ley Concursal, y que va a ser satisfecho al margen del concurso, como crédito prededucible. Del mismo modo, el artículo 84.2.6.º LC establece que *tienen la consideración de créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso*, sin realizar distinción alguna por razón de la fecha de vencimiento o exigibilidad de esas prestaciones.

Por tanto, la propia Ley Concursal ha resuelto las dudas de si se trata de un crédito concursal o un crédito contra la masa la prestación vencida antes de la declaración de concurso, si el contrato bilateral de tracto sucesivo continúa tras la declaración (23): el artículo 61.2.1 *in fine* dispone expresamente que todas las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Además, en cuanto a las prestaciones vencidas después de la declaración de concurso, como son obligaciones que nacen como consecuencia de la continuación del contrato durante el procedimiento concursal, son créditos contra la masa conforme a lo dispuesto en el artículo 84.2.9.º LC (24).

(23) Así, BONARDELL LOZANO, «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Valverde*, III, Madrid, 2007, pág. 1776, «en relación con los contratos de tracto único, se ha planteado alguna duda sobre la calificación que debe otorgarse al crédito nacido de los eventuales cumplimientos parciales realizados por la parte *in bonis* con anterioridad a la declaración de concurso y no correspondidos en tal etapa por el deudor. Sin embargo, los términos en que se pronuncia el texto legal (art. 61.2, párr. 1º, *in fine*, LC), son suficientemente rotundos como para dar por zanjado el asunto: «las prestaciones a que está obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa». En sentido contrario, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Comentarios al artículo 61 LC. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas*, cit., pág. 1146.

(24) La SAP de Barcelona, de 9 de noviembre de 2010 (Diario *La Ley*, núm. 7595, de 23 de marzo de 2011), en un cambio de orientación de la Sala, a las obligaciones de pago del arrendamiento pendientes de cumplimiento en un contrato de *leasing* las califica

Son, también, créditos contra la masa, como recoge el artículo 84.2.6.º LC, las restituciones e indemnizaciones a que está obligado el concursado, que resulten de la *resolución voluntaria* del contrato a solicitud del concursado o la administración concursal en interés del concurso y acordada por el juez del concurso (art. 61.2.2 LC), se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo (25).

La Ley, sin embargo, considera escindibles los conjuntos de prestaciones cuando el contrato bilateral de tracto sucesivo, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, se resuelve por incumplimiento de una de las partes, pues considera que cada una de ellas satisface un interés del acreedor. De tal manera que califica de distinto modo los créditos que resultan a favor de la parte *in bonis*, que le correspondan por haber cumplido sus obligaciones, y no haberlo hecho el concursado, distinguiendo según el incumplimiento de éste hubiera sido antes o después de la declaración de concurso. Así, el artículo 62.4 LC dispone que, en cuanto a las obligaciones vencidas y no satisfechas, sólo se satisfarán con cargo a la masa si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso (26). Si el incumplimiento del concursado fuese anterior a dicha declaración, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, como crédito concursal. El crédito indemnizatorio, cuando proceda, gozará de la misma condición que el correspondiente a la prestación incumplida por el concursado (art. 62.4 LC).

En el supuesto de que el juez acuerde el cumplimiento del contrato pese a la existencia de incumplimiento y haberse formulado demanda de resolución (art. 62.3 LC), aunque cabría la anterior distinción, según el incumplimiento del concursado hubiese sido o no anterior a la declaración de concurso, y sólo en el caso de prestación vencida y no cumplida por parte del concursado posterior a la declaración de concurso, el crédito a favor de la contraparte será crédito contra la masa; sin embargo, razones lógicas, teleológicas, sistemá-

como créditos concursales (resulta entonces aplicable el art. 61.1 LC), pues considera que la entidad arrendataria ya había cumplido sus obligaciones.

(25) MARTÍNEZ FLÓREZ, «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», en *ADCo*, núm. 13, 2008, pág. 74, «la resolución por incumplimiento no tiene efectos retroactivos (en los contratos de tracto sucesivo) y, por eso, el crédito de la parte *in bonis* no es a la restitución, sino a la contraprestación. Esta interpretación se refuerza si se considera que la Ley ha tenido en cuenta específicamente, en sede de efectos del concurso sobre los contratos, la eficacia restitutoria de la resolución y la ha acogido para la llamada resolución en interés del concurso o voluntaria (art. 61.2 *in fine*), pero no lo ha hecho para la resolución por incumplimiento».

(26) MARTÍNEZ FLÓREZ, *Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso*, cit., pág. 89, en este caso su calificación de crédito contra la masa se incluye en lo dispuesto en el artículo 84.2.6.º, en su primera parte, que establece que son créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso.

ticas, y de la propia literalidad de la Ley Concursal, en este artículo 62.3, sostienen la calificación de créditos contra la masa de todas las prestaciones debidas por el concursado, tanto anteriores como posteriores a la declaración de concurso (27).

El problema de la calificación de los créditos, como hemos visto, tiene sentido cuando las prestaciones de cada una de las partes son divisibles, esto es, cuando son autónomas respecto a las demás y cada una de ellas sirve para satisfacer el interés del acreedor, que es lo que sucede en los contratos de tracto sucesivo, no en los contratos de tracto único. En estos contratos, las prestaciones fraccionadas forman parte de una prestación única y aisladamente consideradas no sirven para satisfacer el interés del acreedor.

Por ello, el crédito a la restitución a favor de la parte *in bonis*, surgido como consecuencia de la resolución del contrato de tracto único incumplido por el concursado, será crédito contra la masa, si este incumplimiento ha tenido lugar tras la declaración de concurso. En este sentido, el artículo 84.2.6.º LC, en su última parte incluye entre los créditos contra la masa los que resulten de *obligaciones de restitución en caso de incumplimiento del concursado* (ya se ha declarado el concurso).

Si el incumplimiento del deudor es anterior a la declaración de concurso, en aquellos supuestos de contratos de tracto único con prestaciones fraccionadas, el derecho de restitución de la parte *in bonis* debe satisfacerse, también, al margen del concurso (28).

(27) En la doctrina más reciente, BONARDELL LOZANO, *Régimen de los contratos sinagmáticos en el concurso*, cit., pág. 1791; MARTÍNEZ FLÓREZ, *Consideraciones en torno a la resolución del contrato por incumplimiento en el concurso*, cit., pág. 100 y sigs., consideran que son créditos contra la masa todas las prestaciones debidas por el concursado antes o después de la declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.3 y el artículo 84.2.7.º LC. Con argumentos convincentes: la SAP de Barcelona, de 13 de septiembre de 2006 (ADCo, núm.11, 2007, pág. 344 y sigs.).

(28) MARTÍNEZ FLÓREZ, *Consideraciones en torno a la resolución del contrato por incumplimiento en el concurso*, cit., pág. 88, «esto es claro, desde luego, si lo que debe restituirse es uno o varios bienes identificables y se considera que la resolución produce efectos retroactivos reales; pues entonces la parte *in bonis* podría ejercitar el derecho de separación. Pero también lo es si las prestaciones que realizó el contratante no concursado son de otra naturaleza o si se considera que la resolución sólo produce efectos retroactivos obligatorios». En sentido contrario, CLEMENTE MEORO, «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», en ADCo, núm. 10, 2007, pág. 216, «en estos (contratos de tracto único) sólo cabe resolución por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso (art. 62.1 LC), esto es, por prestaciones a cargo de la masa (art. 61.2.1 LC): lo que justifica que el crédito reparatorio también sea a cargo de la masa. El crédito reparatorio es contra la masa si el incumplimiento resolutorio es posterior a la declaración de concurso, aunque el concursado recibiera lo que haya que restituirse antes de tal declaración. Conforme al artículo 62.4 de la Ley Concursal, el crédito de restitución es contra la masa, que es la que incumplió, aunque la cantidad que haya que restituirse fuera entregada antes de la declaración de concurso. Y lo mismo sucederá si hubo entregas del contratante *in bonis* tanto

Por tanto, en estos contratos, el derecho de restitución debe ser considerado siempre como crédito contra la masa por la totalidad de las prestaciones realizadas, puesto que la parte de la prestación ejecutada y que no fue correspondida por el concursado antes del concurso y aquella otra que no fue correspondida después del mismo forman parte integrante de una prestación única y si hay que restituirla habrá que hacerlo en su integridad y antes que el resto de los acreedores del concurso, por ser un crédito predecible.

Tienen, también, como dispone expresamente la Ley Concursal en el artículo 84.2.7.º LC, la consideración de créditos contra la masa, los que, *en los casos de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado* (29).

Se trata de créditos contra la masa derivados de la rehabilitación de ciertos contratos: de los contratos de préstamo y demás de crédito a favor del concursado (art. 68 LC); de los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con precio aplazado (art. 69 LC); y de la enervación del desahucio y rehabilitación del contrato en arrendamientos urbanos (art. 70 LC).

En todos estos casos de rehabilitación, cumplidos los presupuestos exigidos por la Ley Concursal, se considerará también requisito necesario para que procedan los mismos que, el concursado, o la administración concursal, satisfagan o consignen la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación y asuman los pagos futuros con *cargo de la masa* (como establecen expresamente los arts. 68 y 69 LC) y, por tanto, al margen del concurso.

anteriores como posteriores al concurso (v.gr., pagos parciales anteriores y posteriores); e incluso si hubo incumplimientos del concursado anteriores o posteriores: como sólo los posteriores son relevantes y son de la masa, el crédito es contra la masa».

(29) La Ley establece también que, son créditos contra la masa los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos (art. 84.2.7.º LC). Si bien los acreedores con privilegio especial tienen derecho a ser satisfechos con preferencia sobre el valor de los bienes afectos (art. 155.1 LC), no obstante, la administración concursal puede decidir comunicar a los titulares de estos créditos que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos, lo que supondrá que deberán satisfacerse de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y que la administración concursal asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa (art. 155.2 LC). El estudio de los requisitos y efectos de estos créditos se abordará más adelante.

3. RÉGIMEN JURÍDICO, PAGO Y PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA DERIVADOS DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS

3.1. *Comunicación y reconocimiento de los créditos contra la masa*

¿Los créditos contra la masa regulados en la Ley Concursal están sometidos al trámite de la comunicación y reconocimiento de créditos?

La comunicación de créditos en la Ley Concursal ha de hacerse dentro del plazo de un mes, por *los acreedores del concursado* a la administración concursal (art. 85 LC) (30).

La comunicación de los créditos no tiene otra misión que la de poner en conocimiento del juez del concurso que hay una serie de acreedores que deben incorporarse a la lista de acreedores, y a los que hay que dar en el procedimiento concursal la participación que correspondiere a su condición. ¿Se entiende que los acreedores de la masa están obligados a esta comunicación por la Ley? (31) ¿Qué ocurriría si en la lista de acreedores que presenta

(30) Esta comunicación, según regula el artículo 85 LC, debe ser completa: debe contener el nombre completo del acreedor o interesado en el crédito, domicilio, presentación personal o por representante, en cuyo caso se acompañará poder suficiente. Se indicará la clase de crédito, su importe, vencimiento, situación actual en cuanto si constituye objeto de litigio o no, su fecha de adquisición o vencimiento, y la clasificación que pretenda. Si invocare un privilegio especial, designar cuál es, sobre cuál bien o bienes recae y los datos de inscripción registral.

(31) YANES YANES, «La formación de la lista de acreedores en el concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, 3, Madrid, 2005, pág. 3396, hace notar que, «si el propio artículo 94.4 LC ordena que en la lista de acreedores se detallen y cuantifiquen los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago (aunque en relación separada), resulta así que, no siendo concursales y no integrando la masa pasiva del concurso, los créditos contra masa (devengados y no pagados en el momento del cierre) habrán de figurar en la lista, lo que obliga a preguntarse si los acreedores de la masa soportan la carga de comunicación de sus créditos conforme a la disciplina a que se someten los acreedores concursales. Todo parece indicar, sin embargo, que se trata de un mandato dirigido a los administradores concursales, que son los que habrán de conocer de la existencia de créditos contra la masa en el momento de cerrar la lista de acreedores y rendir el informe. El hecho de que esa relación de créditos contra la masa constituya un añadido a la lista, hace pensar que la lista se quiere aprovechar, además, para reflejar la situación actual de los créditos contra la masa, y que en ese sentido despliega una estricta eficacia informativa sin connotaciones declarativas (inclusión/exclusión) que sí presenta, por el contrario, respecto a los créditos concursales que se han sometido a las operaciones de reconocimiento y clasificación. Los créditos contra la masa son créditos básicamente tasados en el artículo 84.2 LC, no se someten al reconocimiento, propiamente dicho, que han de superar los concursales y tampoco requieren ser clasificados como aquéllos. Todo conduce a negar que sobre los acreedores de la masa grante la carga de la comunicación de sus derechos conforme a la disciplina que dicta a tal fin el precepto aludido, lo que no impide, sin embargo, admitir que sobre la legitimidad de ciertos créditos contra la masa puedan plantearse controversias, que habrán de sustanciarse por los trámites del incidente concursal (art. 192.1 LC), así como recomendar la verificación de algún acto de comunicación de la parte cuando se albergan dudas

el deudor, en el caso de concurso voluntario, no aparecen alguno e, incluso, todos los acreedores de la masa? (32).

Parece lógico, aunque la Ley Concursal no lo establezca expresamente (33), que los acreedores de un crédito contra la masa deban comunicar la existencia de los mismos.

En muchos casos el crédito contra la masa tendrá que ser puesto en conocimiento de la administración concursal por el acreedor interesado, pues aquella no tendrá forma de conocer su existencia (34). Sin embargo, como los créditos contra la masa no están sujetos expresamente al régimen de comunicación establecido en el artículo 85.1 LC, el acreedor contra la masa puede poner en conocimiento de la administración concursal la existencia de un crédito, de los enumerados en el artículo 84.2 LC, más allá del plazo preclusivo de un mes señalado en el artículo 85 LC (por remisión al art. 21.1.5.º LC), sin que por ello sea calificado de crédito subordinado: los créditos contra la masa pueden devengarse después que tal plazo expire.

En cuanto al reconocimiento de créditos, según dispone el artículo 86 LC, corresponde a la administración concursal, que determinará la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, luego de examinar cada uno de ellos comunicados al órgano jurisdiccional. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso (35).

razonables de que el devengo del crédito sea efectivamente conocido por los administradores concursales (como podría ocurrir, por ejemplo, con deudas de la masa devengadas antes de la declaración de concurso y que no consten en la documentación y libros del deudor).

(32) El Juzgado de lo Mercantil de Sevilla recibió en enero de 2008 la solicitud de concurso de la empresa sevillana CONTSA. A pesar de que el artículo 6 LC establece que en el escrito de solicitud el deudor, que expresará su estado de insolvencia actual o inminente, debe acompañar, entre otros documentos, una relación de acreedores, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como su cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas, este documento se presentó con un número de acreedores menor del real. Existían acreedores de la masa (como el que había suscrito un contrato de arrendamiento de servicios con la empresa), sobre todo, que no aparecían. Éstos se han visto obligados, cuando el juez del concurso ha dictado auto de declaración del mismo, a poner en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos (art. 21.1.5.º LC).

(33) El artículo 84.2.5.º LC, dice que cierta clase de créditos contra la masa (como los créditos por indemnizaciones derivados de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso) «se entenderán comunicados y reconocidos» por la propia resolución que los apruebe.

(34) No obstante, es claro que en muchos casos la existencia del crédito contra la masa tendrá que ser puesta en conocimiento a la administración concursal por el acreedor interesado, pues aquella no tendrá otra forma de conocer su existencia.

(35) Conforme a lo dispuesto en el artículo 86.2 LC, se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o sentencia,

En la lista de acreedores se contendrán los nombres de los acreedores incluidos y los excluidos (36), y en *una relación separada* se indicarán de forma detallada cuáles son los créditos contra la masa y por qué cantidades se devengan a favor de los acreedores que son sus titulares y que se encuentran pendientes de pago (como establece el art. 94 LC). En esta relación separada se señalarán las prestaciones, restituciones e indemnizaciones derivadas de un contrato bilateral pendiente de cumplimiento por ambas partes que constituyan créditos contra la masa.

En el supuesto de que la lista de acreedores sea impugnada, como dispone el artículo 96 LC, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de impugnación, la administración concursal presentará al juez del concurso una relación *actualizada* de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago (art. 96.4 LC) (37).

La razón de que la Ley Concursal disponga que aparezcan en una relación separada, adicional, estos créditos y su cuantía, siempre que estén devengados y pendientes de pago (arts. 94.4 y 96.4 LC), estriba en que ha de saberse con antelación cuáles son estos créditos, que han de satisfacerse con preferencia a los créditos concursales: es la necesidad de establecer un control sobre su existencia y cuantía, más que un reconocimiento. La administración concursal, además, debe crear una provisión suficiente de dinero o bienes para hacer frente a los créditos contra la masa, a los vencimientos previstos.

3.2. *El régimen de pago y prelación de los créditos contra la masa y de las prestaciones nacidas de un contrato con obligaciones recíprocas en la legislación vigente*

1.º La prioridad de los créditos contra la masa en cualquier estado del concurso

La Ley Concursal, en el artículo 154.1, establece expresamente la regla de la prededucción, o preferencia al pago, respecto a los créditos concursales, de

aunque no fueran firmes, los que consten en documentos con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, asegurados con garantía real inscrita en Registro Público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso.

(36) En relación con los reconocidos, los créditos se clasificarán, conforme a la Ley Concursal, artículo 89 y sigs., en privilegiados —con privilegio especial o general—, ordinarios y subordinados.

(37) CORDERO LOBATO, «Comentarios al artículo 84 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, I, Bervovitz, Madrid, 2004, pág. 975, «los créditos contra la masa tampoco están sujetos al régimen de reconocimiento establecido en el artículo 86 LC. Dado que el reconocimiento no es otra cosa que la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, y dado también el momento del procedimiento en que se forma esta lista de acreedores, hay que concluir que este régimen

los créditos contra la masa, y, por tanto, de las prestaciones, restituciones e indemnizaciones nacidas de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento declarado el concurso, calificadas como créditos contra la masa.

Así, si bien en el procedimiento de quiebra podíamos encontrar diferentes normas de las que se inferían la prededucción de las deudas de la masa, no contemplaban expresamente, a la hora de determinar la prelación de pagos, a los acreedores de la masa, como sí dispone el artículo 154.1 LC: *antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta* (con base a la definición y relación que de los mismos efectúa el art. 84.2 LC) (38).

El artículo 154.1 LC, pues, es la primera norma concursal que regula expresamente la forma de satisfacerse los créditos contra la masa. La propia Ley habilita para hablar de prededucción (39). Con esta expresión quiere señalarse que, en caso de liquidación, la satisfacción de los créditos contra la

no es aplicable a los créditos contra la masa, pues aunque estos créditos deban figurar en relación separada (art. 94.4 LC), ello no puede impedir que, a diferencia de lo que sucede con los créditos concursales, esta relación se vaya actualizando conforme avance el procedimiento, ya que muchos de los créditos contra la masa se devengarán después de la formación de la lista».

(38) El ALC de 1983 establecía que, en el supuesto de insuficiencia de la masa para satisfacer los créditos prededucibles (tan importante es la nota de la prededucción de los créditos contra la masa que el ALC los denomina «créditos prededucibles» en el art. 286), algunos de ellos (alimentos, entierro, salarios por los seis meses anteriores a la admisión a trámite del procedimiento) gozarán de preferencia incluso sobre los acreedores especialmente privilegiados (art. 284). La PALC de 1995 no preveía graduación alguna entre los créditos prededucibles. Únicamente establecía en el artículo 103 el elenco de deudas de la masa que habían de ser satisfechas al margen del proceso concursal, a medida que se fuera produciendo su vencimiento. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1985, pág. 118, reconoce que existía una evidente tensión dialéctica entre la tutela de los acreedores hipotecarios y la prededucción, principalmente porque la satisfacción del crédito hipotecario, en caso de insuficiencia patrimonial de la masa, puede entrar en conflicto con las exigencias de tutela de los titulares de créditos prededucibles, los cuales, en buen número de casos de continuación de la empresa, alcanzarán una considerable cuantía. Prevalció en el ALC de 1983 el criterio de que esa tensión no podía resolverse de modo unitario. Este criterio se tradujo en la distinción de supuestos de prioridad absoluta y supuestos de prioridad relativa. Si la masa no afecta era suficiente para pagar a los créditos prededucibles, debería hacerse el pago con cargo a los bienes de la masa no afectos a los privilegios especiales y el remanente que resultare de estos últimos una vez satisfechos los créditos especialmente privilegiados (art. 284). Por el contrario, en los casos de insuficiencia, el sacrificio de los acreedores hipotecarios era parcial. En relación con la hipoteca, la prededucción sólo beneficiaba a los créditos de alimentos y entierro del deudor y de las personas frente a las que tenga deber legal (art. 283.1.º), y los créditos por salarios que merecieran legalmente la consideración de prededucibles (art. 283.4.º), pero no a las demás categorías comprendidas dentro del taxativo elenco de créditos prededucibles (art. 284).

(39) La Exposición de Motivos (punto VII) dice expresamente que «los créditos contra la masa operan como prededucibles».

masa debe llevarse a cabo antes de proceder al pago de los créditos concursales, para lo cual la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios.

Ahora bien, para la satisfacción de los créditos contra la masa no se debe esperar a la apertura de la fase de liquidación, ni la declaración del concurso supone su vencimiento anticipado, sino que se produce a lo largo del procedimiento concursal, desde su apertura, y tanto en la fase común y previa de concurso como en las de convenio y de liquidación: en el momento en que los créditos venzan o sean exigibles. Se trata, pues, de créditos nacidos por causa del procedimiento concursal o de la continuación de la actividad del deudor concursado, y que se deben satisfacer en la medida en que van venciendo, *cualquiera que sea el estado del concurso* (como dispone el art. 154.2 LC).

En la fase común y de convenio, los créditos contra la masa se irán pagando según vayan venciendo, sin que deba procederse a deducción alguna, que sólo tiene sentido cuando se empiezan a pagar otros créditos, en la fase de liquidación.

Si el procedimiento prosigue con la liquidación, y los créditos contra la masa no han sido satisfechos, antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta, deducciones que se harán con cargo a los bienes no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154.3 LC).

La declaración legal del artículo 154.1 LC, pone también de manifiesto que créditos contra la masa y créditos concursales no concurren entre sí: la distribución del activo entre los créditos concursales no puede comenzar en tanto en cuanto no hayan sido satisfechos todos aquellos créditos contra el propio activo (como expresamente establecen los arts. 156 y 157 LC, al comienzo de su regulación).

Los créditos contra la masa se satisfarán a medida que vayan venciendo, deduciendo los bienes y derechos de la masa activa que resulten necesarios (no afectos al pago de créditos con privilegio especial) (40), mientras que los

(40) Dispone el artículo 76 LC que constituye la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo (conforme a lo dispuesto en los arts. 71 a 73 LC) o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. Se exceptúa de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables. Los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica (si de la ejecución resultare remanente a favor del concursado, se integren en la masa activa). Del mismo modo, y según establece en el artículo 80 LC, los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos. Además, los créditos contra la masa deben pagarse con el producto obtenido por la

créditos concursales se pagarán con posterioridad por el orden legalmente establecido (41).

2.º Los créditos con privilegio especial y los créditos contra la masa

El artículo 154.3 LC dispone que las *deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial*. La regla general de la prioridad de los créditos contra la masa respecto a los créditos concursales cede ante los créditos con derecho al cobro preferente sobre un determinado bien o derecho, a los que la Ley Concursal denomina en el artículo 90 como créditos con privilegio especial (42).

El pago de los créditos contra la masa o la satisfacción de los acreedores de la masa no puede perjudicar a los créditos que gozan de privilegio especial, ni siquiera cuando el resto de los bienes y derechos no sean suficientes (43).

realización de los bienes y derechos no afectos a la satisfacción de los créditos privilegiados (art. 154.3 LC). Para ALONSO LEDESMA, «Comentarios al artículo 154 LC. Pago de créditos contra la masa», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, Pulgar Ezquerro, Alonso Ledesma, Alonso Ureba, Alcover Garau, Madrid, 2004, pág. 1370, aunque la Ley indica que los créditos contra la masa deben pagarse con el producto obtenido por la realización de los bienes y derechos no afectos a la satisfacción de los créditos privilegiados, no es únicamente con ese producto con lo que pueden satisfacerse. Ya que, al incrementar el activo patrimonial disponible para satisfacerlos contribuyen también los ingresos provenientes del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado o los integrantes del patrimonio de los socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales (art. 48.5 LC) o, en su caso, los provenientes del patrimonio de los administradores sociales, de hecho o de derecho de la sociedad concursada, cuando sean declarados responsables (art. 48.3 LC).

(41) Así, deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general. El pago de los créditos ordinarios se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados (aunque el juez, a solicitud de la administración concursal, en casos excepcionales podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados). El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios. Así se dispone, respectivamente, en los artículos 156, 157 y 158 LC.

(42) Son créditos con privilegio especial los enumerados taxativamente en el artículo 90.1 LC, en sus seis números. Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá ser constituida con los requisitos y formalidades previstos en la legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores (art. 90.2 LC).

(43) Sostiene BELTRÁN, «Comentarios al artículo 154 LC. Pago de créditos contra la masa», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, cit., pág. 2439, que la decisión legal no

Estos créditos con privilegio especial (44), como dispone el artículo 155.1 LC, se satisfarán con cargo a los bienes y derechos afectos (45). Son créditos que afectan directamente a estos determinados bienes y derechos, los cuales deben realizarse para atender preferentemente al pago de los referidos acreedores con privilegio especial, y no podrán ser utilizados para atender a los créditos contra la masa. Los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial quedan destinados a satisfacer en primer término a los titulares de los respectivos créditos, sólo si queda remanente pueden destinarse al pago de los créditos contra la masa.

soluciona el problema de si los titulares de privilegios especiales deben o no soportar los créditos contra la masa, en el sentido de si una parte de lo que obtengan de la realización del bien debe destinarse necesariamente a sufragar el coste del concurso. Parece evidente, pese al silencio legal, que deben descontarse del resultado de la ejecución del bien correspondiente los gastos que acarree la ejecución del mismo bien. Parecía lógico, también, que se dedujera un porcentaje de los gastos generales del concurso, en la medida en que dichos gastos se realizan en interés de los titulares de dichos créditos. Pero lo cierto es que ningún precepto legal autoriza a realizar esa deducción. Por el contrario, la Ley parece dejar a estos acreedores al abrigo del coste del concurso, es decir, los convierte en acreedores concursales, pero no les hace partícipes de los gastos de un concurso que no les beneficia. En el mismo sentido, GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, págs. 561 y 668, «debiera distinguirse entre los distintos tipos de gastos prededucibles de forma que si el gasto efectuado favorece a todos los acreedores, el coste debería satisfacerse con prioridad respecto a todos, incluidos los dotados de un derecho real de garantía, mientras que si la actividad que ha dado lugar al gasto favorece sólo a alguno de ellos, éste sería el que debe soportar la prededucción».

(44) Estos créditos privilegiados son los más favorecidos por la Ley Concursal. Están en lo más alto de las posibilidades de ser cobrados porque recaen sobre bienes concretos, son créditos garantizados con derechos reales. Están por encima de los créditos con privilegio de carácter general, porque éstos cobran de la masa mientras que los de privilegio especial cobran de bienes sustraídos de la masa. La Ley impone una condición para que estos créditos privilegiados obtengan el reconocimiento y clasificación pertinente: es necesario que la garantía que los cubre y de la que nace el privilegio especial esté constituida con los requisitos formales que la legislación especial de cada uno de ellos determine a fin de ser oponible a terceros. Estos créditos, sin embargo, tienen una rémora que está prevista en el artículo 56 LC, cuando se trate de acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, hasta que se apruebe el convenio que no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año de la declaración de concurso sin haberse abierto la fase de liquidación. Pero, el privilegio no se pierde: sólo se trata de un retraso en el ejercicio de su realización.

(45) Dispone el apartado segundo del artículo 155 LC, sin embargo que, no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 («Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar al ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe el convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación») o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender sus pagos con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos.

La satisfacción de los créditos contra la masa no puede perjudicar a los créditos que gozan de privilegio especial, porque la prededucción no es un privilegio. Los créditos contra la masa son créditos ordinarios y pueden ser privilegiados, pero abstracción hecha de la consideración de crédito contra la masa o de que sean prededucibles (46).

De esta manera, el carácter prededucible de los créditos contra la masa no significa más que se deducen antes o se pagan fuera del concurso, en cualquier estado del concurso y a medida que llegan sus vencimientos. Así, antes de repartir el activo realizado entre los acreedores concursales, se deben separar las cantidades que conforman los créditos contra la masa, si no han sido satisfechos todavía, pues tales créditos se pagan a medida que vencen y sin graduación alguna, sin perjuicio de los créditos que gozan de privilegio especial.

3.º Satisfacción por el concursado o por la administración concursal de los créditos contra la masa. La responsabilidad de los administradores concursales

Los administradores concursales son quienes, con carácter previo al reparto entre los acreedores concursales, deducirán de la masa activa los bienes y derechos que hayan de ser destinados al pago de los créditos contra la masa, como dispone expresamente el artículo 154.1 LC, y, por tanto, a la satisfacción de las prestaciones, restituciones e indemnizaciones nacidas de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento en cuanto son también créditos contra la masa.

¿El deudor concursado puede realizar válidos pagos contra la masa?

A tenor literal del artículo 154.1 sólo parece estar legitimada la administración concursal, lo que no se corresponde con la posibilidad de que en la fase común y en la fase de convenio sea el deudor, sólo intervenido en las facultades patrimoniales, el que pueda realizar actos de administración y disposición (art. 40.1 LC).

En la fase de liquidación es cuando el deudor se ve suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 145 LC). Por ello, si los créditos contra la masa se van devengando y se deben ir pagando a lo largo de todo el concurso (art. 154.2 LC), no sólo en la fase de liquidación (47), la confianza depositada en el deudor concur-

(46) BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., pág. 76. El estudio de este tema lo realizaremos en un apartado especial.

(47) QUICIOS MOLINA, «Comentarios al artículo 154 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, Bercovitz, Valladolid, 2004, pág. 1652, «de ahí la incorrección de haber regulado su pago en un artículo destinado a la liquidación, en el que se ha arrastrado el perjuicio de la necesaria suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor».

sado merecedor de una mera intervención en el ejercicio de las facultades de administración o disposición, debería bastar también para permitirle disponer de bienes de la masa para pagar las deudas de ésta.

No tiene mucho sentido que el deudor pueda celebrar contratos y después no pueda cumplir las obligaciones derivadas de esos contratos, si las mismas están ya vencidas y son exigibles (el art. 61.2.1 LC dispone que las prestaciones a que está obligado el concursado en un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento se realicen con cargo a la masa, sin disponer que la administración sea la que deba cumplir).

Por otra parte, el artículo 154.1 LC no es contradictorio con el mantenimiento por el concursado de sus facultades de administración y disposición, pues sólo se exige que sea la administración concursal la que deduzca los bienes de la masa cuando tenga que pasar a continuación a pagar a los acreedores concursales, y esta operación se produce en la fase de liquidación (48): en la que el deudor estará ya suspendido en el ejercicio de sus facultades patrimoniales.

La administración concursal es la que elaborará en la fase de liquidación un programa o previsión liquidataria de estas deudas contra la masa a efectos de valorar la suficiencia del patrimonio concursal para hacerles frente. Caso de ser insuficiente, los créditos contra la masa se liquidarán por su orden de vencimiento (art. 154.2 LC). De tal manera, que si la administración concursal prevé la insuficiencia del patrimonio concursal, ha de reservar los bienes y ordenar los créditos conforme a las previsiones temporales que la norma establece.

Ahora bien, la administración concursal deberá satisfacer los créditos contra la masa y los derivados de un contrato bilateral en el momento en que sean exigibles, y efectuar las restituciones e indemnizaciones que procedan con cargo a la masa, no sólo en la fase de liquidación del concurso, sino también en las fases anteriores, siempre y cuando sustituya al concursado si éste ha sido suspendido en sus facultades patrimoniales (art. 40.2 y 3 LC).

La administración concursal, además, para satisfacer los créditos contra la masa puede necesitar de la autorización del juez del concurso, si dicha satisfacción obliga a la enajenación anticipada de algunos bienes y dere-

(48) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1653, «repárese en que sólo se menciona a la administración concursal en el primer apartado, que es precisamente en el que se exige que antes de proceder al pago de los créditos concursales se deducirán de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa. Esta norma puede tener un aplicación general a todas las fases del concurso, por lo que respecta a la necesaria deducción de bienes para ir pagando los créditos contra la masa, pero esencialmente tiene una aplicación particular en la fase de liquidación y consiguiente reparto de los bienes de la masa entre los acreedores (el énfasis en la prioridad temporal de la deducción lo demuestra). Los siguientes apartados del artículo 154 están presuponiendo fases del concurso anteriores a la liquidación (de ahí que se hable de pagos inmediatos o en las fechas de vencimiento), y en ninguno de estos apartados se nombra a la administración concursal».

chos. Así, la Ley prevé que hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación no se podrán enajenar los bienes o derechos del deudor sin autorización del juez (art. 43.2 LC), salvo que se trate de actos inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 43.3 LC) (49).

El incumplimiento de la satisfacción, a su vencimiento, de los créditos contra la masa, y entre ellos los nacidos de los contratos bilaterales, podrá generar, por parte de los administradores concursales, la correspondiente *responsabilidad por los daños y perjuicios causados*.

La infracción de las obligaciones legales de la administración concursal puede no tener un efecto negativo sobre la masa activa. El daño es sufrido personalmente por cada uno de los sujetos en cuyo beneficio la Ley Concursal habría creado el deber que los administradores concursales han infringido (50). En este sentido establece la Ley que *quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a los terceros por actos u omisiones de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos* (art. 36.7 LC). Es decir, no se trata de una responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la masa, sino de actos y omisiones causados por los administradores concursales que pueden lesionar los intereses de los acreedores de la masa. De modo que lo que procede es que éstos ejerciten una acción individual de responsabilidad contra los administradores concursales.

Las acciones por daños individuales, a las partes o a terceros, quedarán reguladas por las disposiciones generales que le resulten aplicables según el tipo de acción. Así la acción que ejerciten los acreedores de la masa por los daños causados, se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda (art. 36.4), pues no parece lógico acudir al incidente concursal al no estar dirigida esta acción a la calificación o al pago de créditos contra la

(49) La administración concursal con autorización judicial puede conseguir, incluso, liquidez suficiente para el pago de los créditos contra la masa procediendo a la enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial, siempre que respete la regla de preferencia en la satisfacción de los titulares de dichos créditos. El presupuesto será que el valor del bien supere al del crédito privilegiado. Siempre que ello se produzca es indiferente que la enajenación se realice o no con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor (art. 155.3 LC). En el primer caso, el adquirente del bien asume la obligación del concursado, de manera que el pago que realice pasa a integrar la masa activa. En el segundo caso, deberá pagarse el crédito con privilegio especial y el remanente se integrará en la masa del concurso.

(50) Los deberes individuales de la administración pueden surgir de sus competencias administrativas (por ejemplo, en los informes o comunicaciones pueden causar daños al deudor concursal o a los acreedores; o en el reparto de dividendos pueden causar daños a un acreedor concreto), o pueden derivar de la propia dinámica del procedimiento (por ejemplo, en la conservación de bienes ajenos poseídos por el concurso pueden causar daños a terceros; o los daños causados al contratante no concursado en un contrato con obligaciones recíprocas).

masa (art. 154.2 LC), sino a la reparación de daños y perjuicios causados por el impago (51).

Si concluye el concurso y no existen bienes o derechos suficientes para satisfacer los créditos contra la masa, dispone el artículo 178.2 LC que *el deudor será responsable*, en los casos de conclusión del concurso, por inexistencia de bienes y derechos por el pago de los *créditos restantes*: expresión genérica que puede referirse tanto a los créditos concursales como a los créditos contra la masa. En este caso, los créditos contra la masa no gozan de prioridad sobre el resto de los acreedores concursales insatisfechos, pues la prededucción sólo se entiende dentro del concurso. Ahora bien, si el concurso se reabre, los acreedores de los créditos contra la masa recobrarán en el concurso reabierto la preferencia de la que habían gozado antes de la conclusión, ya que se trata del mismo concurso, que continúa (art. 180 LC).

4.º Los condicionantes de la ejecutividad de los créditos contra la masa

Dispone el artículo 154. 2, 2, *in fine* LC que, si voluntariamente no quiere pagar la administración concursal (o el deudor concursado intervenido, si admitimos su legitimación) los créditos, o algún crédito, contra la masa, sus titulares *no podrán ejecutar bienes de la masa para obtener un cumplimiento forzoso hasta que no se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido ninguno de estos actos* (52).

Con esta disposición, a pesar de la prededucibilidad de los créditos contra la masa, y de que la obligación de pago respecto a los mismos es preferente a cualquier otra (dejando a salvo los créditos con privilegio especial en relación con los bienes que le son afectos), en caso de que estos créditos contra la masa no sean satisfechos (o surjan conflictos o desacuerdos en relación a esta clase de créditos o pagos), la Ley impide que se inicien ejecuciones contra el concursado durante la fase común del concurso.

La norma establecida sobre la suspensión de las ejecuciones, unida a la obligación de pagar los créditos contra la masa a sus respectivos vencimientos,

(51) BELTRÁN, *Comentarios al artículo 154 LC. Pago de créditos contra la masa*, cit., pág. 2433: «Ninguna duda suscita, en cambio, la competencia del juez que conozca del concurso, pues se deduce tanto de la regla general sobre la jurisdicción del juez del concurso (art. 8) como de la regla especial sobre las acciones de responsabilidad contra los administradores concursales».

(52) El artículo 154.2.2 LC impide, pues, las ejecuciones forzosas de bienes, mas no las enajenaciones voluntarias para obtener dinero con que pagar a los acreedores contra la masa. En caso de estas enajenaciones será necesaria la autorización judicial, salvo que sean precisas para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, pero expresamente no se restringen ni los bienes enajenables ni los créditos que pueden pagarse recurriendo a tal enajenación voluntaria.

puede conducir a situaciones de desigualdad manifiesta. Los créditos sobre los que no se plantea disputa se cobrarán a su tiempo, pero los créditos que, por cualquier motivo, sean objeto de litigio se quedarán impagados, con el riesgo añadido de que cuando concluya la retención no haya bienes suficientes para cubrirlos (53).

La primera de las causas que evita la suspensión de la ejecución de los créditos contra la masa consiste en que *se haya aprobado ya el convenio*. Convenio que podrá ser desconocido por el acreedor de la masa ya que no está vinculado por el mismo, al ser un crédito extraconcursal. Ello determina la lógica previsión por parte de los convenidos de tener en cuenta la inmediata satisfacción de los créditos contra la masa para evitar que sus titulares perturben el buen orden y desarrollo del convenio a través de la ejecución de sus créditos (54).

En segundo lugar, se podrá, también, ejercitarse la ejecución del título de que se disponga contra la masa, desde el momento en *que acaece la apertura de la fase de liquidación del concurso*. Dicha regla resulta lógica, pues a partir de tal momento carece de sentido mantener en suspenso la ejecución de estos créditos una vez que ya no es viable la continuidad empresarial del concursado que con tal paralización se quería preservar.

(53) Para QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, págs. 1657 y 1658, en el legislador ha pesado más la finalidad reorganizativa del concurso que la extraconcursalidad de los créditos contra la masa, lo que dogmáticamente no es condenable porque, al fin y al cabo, tales créditos se insertan en un concurso de acreedores y no pueden pretender permanecer totalmente ajenos a sus finalidades y vicisitudes. Si los acreedores con privilegio especial, pese a gozar de la mejor situación posible en un concurso, han de guardar ese mismo tiempo para ejecutar sus garantías sobre bienes afectos a la actividad económica del concursado, no es ilógico someter al mismo compás de espera a los acreedores contra la masa». Esta regla de paralización o suspensión de las ejecuciones de los créditos contra la masa está en relación con la paralización o suspensión de las garantías reales cuando recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad, hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese aprobado la liquidación, como se recoge en el artículo 56 LC. En sentido contrario, ALONSO LEDESMA, *Comentarios al artículo 154 LC. Pago de los créditos contra la masa*, cit., págs. 1372 y 1373, pues, a pesar de que con esta medida se pretende mantener intacta la empresa del concursado con vistas a permitir una mejor enajenación del patrimonio concursal o una reorganización de la empresa que redunde en beneficio de los acreedores, es lo cierto, que la misma altera de manera injustificada lo contratado por las partes y defrauda las expectativas puestas en su inmediata exigibilidad. Por ello debería permitirse, al menos, las ejecuciones para hacer efectivos los créditos contra la masa, siempre que las mismas no recaigan sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (de manera semejante a lo previsto en el art. 56.1 y 2 LC).

(54) Habrá que tener en cuenta los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad que serán satisfechos en los términos del convenio (como indica el art. 100.5.2 LC), que deberá pronunciarse expresamente también sobre la posibilidad de que puedan o no iniciar ejecuciones.

En tercer lugar, consciente el legislador de las posibles dilaciones del procedimiento, se indica, que en todo caso, aún si haber acontecido alguno de los hechos anteriormente descritos (aprobación del convenio o apertura de la fase de liquidación), podrá instarse la ejecución de los créditos contra la masa una vez *transcurrido un año desde la declaración de concurso*. Plazo que se considera suficiente para que la administración concursal tome las medidas y previsiones necesarias en orden a la continuidad empresarial o liquidación del patrimonio del concursado (55).

La regla de la suspensión de la ejecución de los créditos contra la masa no puede aplicarse, pues, a los créditos contra la masa surgidos con posterioridad a los momentos indicados. Los acreedores contra la masa surgidos tras la aprobación del convenio, la apertura de la fase de liquidación o transcurrido un año desde la declaración de concurso gozan de la facultad de iniciar ejecuciones si no fueran satisfechos por la administración concursal (56).

5.º El pago y prelación de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia del activo. El conflicto entre créditos contra la masa

Una vez visto los problemas generales que la satisfacción de los créditos contra la masa puede generar, nos referimos en este apartado al conflicto que puede surgir entre los propios acreedores de la masa, cuando esta es insuficiente para pagar o satisfacer a todos los créditos contra la masa y, entre ellos, a los que nacen de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

El hecho de que estos créditos tengan que ser satisfechos a medida que vencen no plantea inconveniente alguno cuando los bienes que componen la masa activa (con exclusión de aquellos afectos a los créditos con privilegio especial) sean suficientes para el pago íntegro (art. 154. 2.1 LC). Cuando, sin embargo, los bienes disponibles en el concurso no sean bastantes para cubrir los créditos contra la masa, es necesario establecer una prelación de estos créditos.

(55) Como manifiesta GUILARTE GUTIÉRREZ, «Comentarios al artículo 154 LC», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, III, Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez, Barcelona, 2004, pág. 2638.

(56) Cualquier acreedor (entre ellos el acreedor de la masa), si el deudor no solicitara la apertura de la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo si acreditara algunas de las causas que pueden fundamentar una declaración de concurso necesario (art. 142.4 LC). Se trata de permitir a cualquier acreedor, y entre ellos al acreedor de la masa, pedir la apertura de la liquidación al juez cuando el deudor esté imposibilitado de hacer frente a sus créditos.

Esta cuestión, antes de la Ley Concursal, presentaba el inconveniente del silencio legal (57). En tal circunstancia, el problema residía en establecer unas reglas que ordenaran la satisfacción de los créditos prededucibles afectados por la insolvencia del patrimonio. La doctrina se manifestaba en dos direcciones distintas.

Por una parte, los que solucionaron la cuestión desde el principio de la *par conditio creditorum*: aplicaban la regla del tratamiento paritario de los créditos, aunque admitían las excepciones ordinarias a la misma (existencia de garantías reales o de privilegios en los créditos) (58). Así, las obligaciones y gastos de la masa constituían en su conjunto el coste total de la quiebra, y, en cuanto tal, debía ser detráido del patrimonio del quebrado antes de proceder al reparto de los créditos de la quiebra. La prededucción correspondía por igual a las obligaciones y a los gastos de la quiebra, no existían preferencias de una categoría sobre otra.

Por otro lado, no faltaban los que abogaban por ordenarlas jerárquicamente dando satisfacción preferente, en algunos casos, a las obligaciones de la masa sobre los gastos de la masa, y, en otros, a los segundos sobre los primeros (59).

(57) GARCÍA PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 125, «el tema de la graduación, resuelto en parte en algunos ordenamientos extranjeros, ofrece mayores trabas, ya que con arreglo a nuestro embrollado Derecho, es muy aventurado fijar un orden de prelación o graduación interna entre las mismas». En el Derecho alemán, el parágrafo 60 KO, para el caso de insuficiencia de la masa, establecía un orden de prelación: en primer lugar, se pagarían las deudas de la masa derivadas de los actos y contratos realizados por el administrador del concurso y las derivadas de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento en el momento de la apertura del procedimiento; en segundo lugar, los gastos judiciales para el procedimiento común y los gastos para la administración, liquidación y distribución de la masa; en tercer lugar, las deudas de la masa anteriores a la apertura del concurso y las derivadas de un enriquecimiento injusto de la masa; por último, se pagarían las sumas satisfechas en concepto de alimentos al quebrado y su familia. En la actualidad el sistema de la InsO contempla una nueva graduación de los créditos contra la masa en el parágrafo 209, que coloca, en primer lugar, los costes judiciales, y en segundo y tercer lugar, las obligaciones de la masa contraídas con posterioridad o anterioridad al conocimiento de la insuficiencia patrimonial de la masa. La Ley francesa contenía la regla del pago inmediato de los créditos salariales no pagados por el fondo de garantía, y, en su defecto, ordenaba que se pagasen en primer lugar, los gastos de justicia, y, en segundo lugar, los gastos surgidos regularmente después de la apertura del procedimiento y los derivados de los contratos concluidos por el deudor común y que continuasen durante el procedimiento (art. 40 de la Ley de 1985).

(58) Esta es la posición de la doctrina mayoritaria: GARCÍA PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 125, y BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., págs. 244 a 246, para este autor ello no supone que todos los acreedores de la masa se sitúen necesariamente en un plano de igualdad. Para que esto fuese así debería existir una disposición que anulara las preferencias de que estos créditos pueden gozar. Si los privilegios son otorgados por la ley en razón de la cualidad del crédito (art. 1922 y sigs. CC), no hay razón para negar su aplicación a los beneficiarios de la prededucción. Así pues, también las deudas de la masa son susceptibles de graduación entre ellas, teniendo en cuenta las respectivas causas de prelación de que pueden gozar, las cuales no pueden verse alteradas por la quiebra en curso.

(59) Como se establece en el parágrafo 209 de la Ley de insolvencia alemana.

En la Ley Concursal, en el artículo 154.2.1, se dispone que los créditos contra la masa, *cualquiera que sea su naturaleza* (60), *habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso*.

De la regla general indicada quedan exceptuados los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (art. 84.2.1.º LC), los cuales se pagarán de forma inmediata (61). Este pago inmediato obedece al hecho de que tales pagos ya han vencido en el momento de la apertura del concurso y por ello hay que proceder a su satisfacción.

Los demás créditos contra la masa son satisfechos *a medida que se van produciendo sus vencimientos*, y son pagados con los bienes y derechos de la masa activa.

El vencimiento de un crédito contra la masa implica la obligación de atender a su pago, por la administración concursal (o el concursado), con independencia de la fase en que se halle el concurso (*cualquiera que sea el estado del concurso*), ya sea en la fase común o posteriormente en la fase de convenio o liquidación (62). Deberá atenderse a los mismos hasta la conclusión del concurso, a medida que vayan venciendo y sean exigibles.

(60) GUILARTE GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 2635, indica que en el trámite parlamentario se incluyó la expresa referencia a «cualquiera que sea la naturaleza de estos créditos», con la finalidad de aclarar que la enumeración comprendida en el artículo 84.2 no implica un orden de preferencia entre los créditos allí relacionados. Tal consecuencia no deriva precisamente de dicha expresión, pero permite interpretar que así se ha querido por el legislador, es decir, que a diferencia de lo que acontece con los listados jerárquicos de otros privilegios, en materia de créditos contra la masa no existe preferencia sustantiva entre ellos, sino, en principio, exclusivamente temporal.

(61) Se ha dado traslado por el legislador del tan conocido como superprivilegio del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores a sede de los créditos contra la masa. Todo ello es consecuencia de una sensible devaluación en líneas generales del nivel de protección a los trabajadores que ha querido arrumbar el legislador concursal en esta Ley. Una reducción que se ha exteriorizado primero, a través de una disminución del nivel preferencial de los créditos laborales, incluso cuantitativamente y, segundo, desapareciendo el beneficio de las ejecuciones separadas. Precisamente por la inclusión de este crédito laboral en la categoría de los créditos contra la masa, no puede afirmarse que su nacimiento sea siempre en términos de deudas posteriores a la declaración de concurso, puesto que el viejo superprivilegio laboral bien puede referirse a deudas anteriores.

(62) La precisión legal de que la prioridad opera «cualquiera que sea el estado del concurso» (art. 154.2 LC), ya vimos, resulta desmentida en la propia Ley. Durante la fase común de tramitación, la administración concursal deberá atender de un modo ordinario («a sus respectivos vencimientos») al pago de los créditos contra la masa, y así deberán elaborarse sendas relaciones actualizadas de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago (arts. 94.4 y 96.4 LC). Pero terminada esta fase, la prioridad de los créditos contra la masa tendrá un significado distinto según que la solución del concurso sea la liquidación o el convenio. En caso de liquidación, juega la regla del pago en prelación de los créditos contra la masa que no hubieran sido satisfechos y la regla de pago al vencimiento o inmediato de los que puedan surgir a lo largo de la fase de liquidación (art. 154.1 LC). En el supuesto de convenio, existe una regla especial para aquellos créditos que se conceden al concursado para financiar el plan de viabilidad, los cuales se

La regla de pago inmediato, sin embargo, no se opone a la regla de pago al vencimiento, sino que constituye una simple manifestación de la misma, que se establece expresamente, de forma innecesaria, para determinar cuándo deberán ser pagados aquellos créditos contra la masa que ya están vencidos cuando se declara el concurso. De este modo, la regla de pago al vencimiento se traduce en pago inmediato en cuanto la administración concursal entra en funciones. La administración concursal no debe esperar a la formación de la lista de acreedores ni a la realización del inventario, sino que debe proceder al pago íntegro e inmediato de esos créditos, algo que se traduce, en definitiva, en un derecho especial de satisfacción que hace que los titulares de esos créditos integren la masa pasiva de una manera muy especial y que hace difícilmente explicable la referencia a su pago dentro del capítulo de la Ley dedicado a la liquidación. Deberán ser pagados de forma inmediata no sólo los créditos salariales, sino todos los créditos contra la masa, salvo que se establezca el correspondiente plazo y haya que esperar a su vencimiento.

Así, por ejemplo, en el caso de que el contrato bilateral con obligaciones pendientes se mantenga, no obstante la declaración de concurso (art. 61.2.1 LC), el concursado está obligado a satisfacer su prestación con cargo a la masa en la fecha señalada para su cumplimiento.

En el supuesto de resolución del contrato en interés del concurso, el pago de la restitución e indemnización que corresponda (art. 61.2.2, *in fine* LC) deberá realizarse de forma inmediata; al igual que si existe resolución por incumplimiento declarado el concurso en un contrato de tracto único, en cuanto a las restituciones e indemnizaciones a cargo de la masa.

Cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, como la resolución por incumplimiento no tiene efectos retroactivos (art. 64.2 LC), las obligaciones vencidas y no satisfechas, por incumplimiento del concursado posterior a la declaración de concurso, no se extinguen, sino que deben ser cumplidas por aquél con cargo a la masa de modo inmediato, al igual que la indemnización que proceda. De la misma manera que ocurre cuando el juez del concurso acuerde el mantenimiento del contrato, no obstante concurrir causa de resolución (art. 62.3 LC), en cuanto a las obligaciones debidas por el concursado con cargo a la masa.

En caso de rehabilitación de contrato en interés del concurso deberán de pagarse de forma inmediata (incluso a través de consignación) las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación, siendo asumidas las restantes

satisfarán en los términos fijados en el convenio (art. 100.5.2 LC); los demás créditos contra la masa continuarán disfrutando de todos los medios de tutela concedidos por el ordenamiento jurídico (entre otros, la ejecución coactiva de sus créditos: art. 154.2 LC), pero la propuesta de convenio no hará referencia a los mismos, los acreedores de la masa no tendrán derecho al voto, ni podrán oponerse a la aprobación judicial del convenio o solicitar su nulidad o resolución.

para su pago al vencimiento (arts. 68, 69 y 70 LC). Del mismo modo, en caso de que la administración concursal opte por el pago de los créditos privilegiados con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos, el pago o consignación de las cantidades adeudadas se realizará de modo inmediato (art. 155.2 LC), ni siquiera hay que esperar a los plazos de suspensión o paralización del artículo 56.1 y 2 LC (63).

¿Qué ocurriría si la masa del concurso, no afecta al pago de los créditos con privilegio especial, fuera insuficiente para la atención de todos los créditos contra la masa?

La respuesta la da el artículo 154.3, *in fine* LC: *lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos*. Es decir, el producto de la realización de los bienes que queden, deberá repartirse entre los créditos de tal naturaleza por orden de sus respectivos vencimientos. Se respeta el orden de las fechas de vencimientos de los créditos contra la masa (64).

Se han resuelto así las dudas planteadas antes de la vigencia de esta Ley Concursal respecto a la graduación de los créditos contra la masa: no hay preferencia de uno sobre otros, pues se satisfarán, en caso de insuficiencia de bienes, por el orden de sus vencimientos (65). Lo que quiere decir, en primer lugar, que los créditos contra la masa se habrán satisfecho a su vencimiento, y que ese pago debe ser respetado; y, en segundo lugar, que los créditos contra la masa que todavía se encuentren pendientes de pago serán satisfechos siguiendo el orden de sus vencimientos (66).

(63) BELTRÁN, «La liquidación», en *Revista del Poder Judicial*, XVIII, *La Ley Concursal*, número especial, 2004, pág. 469.

(64) A favor del vencimiento como criterio de solución de conflictos, puede alegarse la contención que conseguiría en la práctica de los créditos contra la masa (éstos deberían ser excepcionales, en el sentido de que no pueden generar un endeudamiento que se una a la insolvencia ya declarada). También la ventaja de que los créditos que se paguen respetando dicho orden, aun cuando se previera que no habría suficientes bienes para satisfacer a todos, serían inatacables (no hay que declarar el concurso de los créditos contra la masa, porque fuera o dentro de este subconcurso el orden de pago es el mismo).

(65) BELTRÁN, *La liquidación*, cit., pág. 472, para este autor, la interpretación literal del precepto es imposible, porque si la masa es insuficiente no puede distribuirse entre todos los créditos contra la masa por el orden de sus vencimientos. Así dice que, una de dos: o se reparte el activo entre todos los créditos contra la masa pendientes de pago (a prorrata) o se pagan por el orden de sus vencimientos algunos de esos créditos, pero no todos. Cuando la Ley habla del pago de los créditos contra la masa «por el orden de sus vencimientos» quiere decir, sencillamente, que los créditos contra la masa se habrán satisfecho a su vencimiento y que ese pago deberá ser, en principio, respetado, pero el tenor literal obliga, además, a concluir que, cuando se encontrasen pendientes de pago varios créditos contra la masa, deberán satisfacerse «por el orden de sus vencimientos». BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., pág. 82, en este mismo sentido.

(66) GUILARTE GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 2642, para este autor, sin embargo, el problema es más amplio, pues, ante la insuficiencia patrimonial del concursado para atender

El artículo 154.3, *in fine* LC parece, por tanto, determinar una suerte de *par conditio creditorum* entre los acreedores de la masa, de manera que entre los créditos contra la masa no se establece jerarquía alguna, ninguna preferencia ni derecho de prelación, siendo todos ellos del mismo rango y abonándose proporcionalmente por orden de su vencimiento (67).

Nada impide, sin embargo, que un determinado crédito sea prededucible y privilegiado. Estos créditos privilegiados, porque antes de créditos contra la masa son créditos con privilegio, no se someten a la regla del vencimiento en su ordenación para el pago. En caso de conflicto entre crédito contra la masa y crédito con privilegio especial, tendrá preferencia el segundo (art. 154.3 LC), salvo que la administración concursal opte por recuperar el bien gravado pagando la totalidad del crédito con cargo a la masa (art. 155.2 LC y art. 84.2.7.º LC). Si no lo hace así la administración concursal, el acreedor podrá ejecutar el bien en los términos del artículo 155.1 LC.

6.º Prededucción y privilegio especial. La satisfacción de los créditos que gozan de privilegio especial

Puede establecerse cualquier privilegio especial, que enumera el artículo 90 LC (68), en garantía de cumplimiento de un contrato bilateral con pres-

quiera los créditos contra la masa: la solución que nos ofrece el legislador —fecha de vencimiento— no puede considerarse tampoco imperante en el ámbito de las ejecuciones singulares donde confluyen otros criterios, tal y como se derivan de los artículos 1921 y sigs. del Código Civil. Realmente la prioridad temporal juega esencialmente solo ante créditos de la misma entidad y, particularmente, ante los dotados de garantías reales. En el mismo sentido, QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1661, «desde luego, establecer el criterio del vencimiento para resolver una situación de conflicto de derechos, idéntico al que se respeta para cumplir los derechos, cuando no hay conflicto, es algo inusual. El legislador podría haber optado por otras alternativas: podría haberse respetado la graduación de créditos prevista en el concurso (acreedores con privilegio especial, acreedores con privilegio general, acreedores ordinarios y acreedores subordinados). O bien podrían haberse ordenado de un modo específico, atendiendo a su causa, los distintos créditos contra la masa, como hacen algunos ordenamientos de nuestro entorno (el art. L. 621-32 del nuevo Código de Comercio francés, que coloca en el primer lugar de la lista a los créditos salariales, o el parágrafo 209 de la Ordenanza alemana de insolvencia, que antepone los gastos de procedimiento a las obligaciones de la masa)».

(67) BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., pág. 82.

(68) Los créditos con privilegio especial los enumera el legislador en el artículo 90 LC, y son los siguientes: 1.º Los garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignoralos. 2.º Los garantizados con anticresis sobre los frutos del inmueble gravado. 3.º Los refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado. 4.º Los créditos por cuotas de arrendamientos financieros o plazos de compraventa con precios aplazados de bienes muebles o inmuebles, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta

taciones recíprocas en las que una de las partes obligadas sea el concursado. Así, por ejemplo, una hipoteca en garantía del cumplimiento de una compraventa, la reserva de dominio como garantía del precio aplazado de una compraventa pendiente de cumplimiento al tiempo del concurso o la reserva de propiedad en garantía de las prestaciones de un arrendamiento financiero, o cualquier contrato bilateral al que se haya puesto una condición resolutoria por impago inscrita (69).

Si las prestaciones, restituciones o indemnizaciones a cargo del concursado derivadas de un contrato bilateral pendiente de cumplimiento están garantizadas con un derecho real o gozan de cualquiera de los privilegios especiales del artículo 90 LC (70), ¿qué preferencia tendrían si concurren con otros créditos contra la masa?

de pago. 5.º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores. 6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes y derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero.

(69) Respecto al contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio, hay que distinguir entre la no inscrita y la inscrita. En opinión de MIQUEL GONZÁLEZ, «La reserva de dominio. Historia de la propiedad, crédito y garantía», en *Servicio de Estudios del Colegio de Registradores*, enero de 2008, págs. 582 a 585, el contrato de compraventa con reserva de dominio no inscrita (sometido o no a la LVBMP) se encuentra en la situación del supuesto de hecho del artículo 61.2 LC, es decir, en tanto que el comprador no haya pagado el precio completamente y ser la voluntad de las partes dejar pendiente la transmisión de la propiedad hasta el completo pago del precio, el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes. Precisamente ése es el efecto del pacto: retrasar el cumplimiento total de las obligaciones de las partes y mantener en esa medida la simultaneidad. El artículo 61.2 LC protege al vendedor de manera suficiente en el concurso del comprador: porque el concurso no afecta a los contratos pendientes de cumplimiento, permite al vendedor exigir el cumplimiento con cargo a la masa, salvo las posibilidades de elección que se concede al concursado o a la administración concursal de solicitar la resolución y el juez acordarla (art. 61.2.2 LC), y aunque exista causa de resolución, el juez, en interés del concurso, también podrá acordar el cumplimiento (art. 62.3 LC). Aquí se contempla solamente una de las posibilidades de las que dispone el vendedor; la otra, el derecho de separación a favor del propietario que se establece en el artículo 80 LC exige la resolución. La acción recuperatoria, consecuencia de la resolución (si tiene lugar) está sometida a los límites del artículo 56.1.2 LC. En caso de que el vendedor con pacto de reserva de dominio inscrita exija el cumplimiento, su acción de cumplimiento está dotada de preferencia para el cobro (art. 90.4.º LC).

(70) Hay que tener en cuenta que si la garantía real se constituyó a favor de una obligación del concursado en un contrato con obligaciones recíprocas, la declaración de concurso no justifica la resolución unilateral del contrato y la ejecución de la garantía (art. 61.2.1 LC), sin perjuicio de que la administración concursal o el concursado soliciten la resolución al juez del concurso (art. 61.2.2 LC) o pueda acudir a la resolución por incumplimiento (art. 62.1 LC). En este caso, aunque haya habido incumplimiento, la facultad de realización no podría ejercitarse si el juez, atendiendo al interés del concurso, acuerda el cumplimiento del contrato (art. 62.3 LC). En este sentido, sostiene CARRASCO PEREA, «Comentarios al artículo 56 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, I, Bercovitz, Madrid, 2004, págs. 614 y 615, que, «la ejecución de las garantías reales a favor de contratos con obligaciones recíprocas está subordinada a la efectividad de lo previsto en

La coexistencia de acreedores de la masa y otros acreedores que gocen de un privilegio especial plantea el problema de su preferencia: si la prededucción de los créditos contra la masa afecta o no a los créditos con privilegio especial.

La Ley, como vimos, soluciona expresamente el problema de la eventual colisión de derechos de los créditos contra la masa y de los créditos con privilegio especial, que se produciría en caso de insuficiencia de la masa para satisfacer íntegramente unos y otros. Esa colisión se evita estableciendo que las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Es decir, que conforme a lo dispuesto en el artículo 154.3 LC tendrían preferencia los segundos, los créditos con privilegio especial.

los artículos 61 y 62 LC. Así, si el administrador concursal o el deudor fallido rechazan el cumplimiento del contrato pendiente y solicitan del juez la resolución, que la concede (art. 61.2.2 LC), el acreedor *in bonis* ha quedado privado de la pretensión de cumplimiento y, por ello, de su garantía ejecutable conforme al artículo 56 LC. La posesión de la garantía correspondiente no legitima al acreedor titular para oponerse a la resolución del artículo 61.2, y persistir en su voluntad de cumplimiento de la obligación. En este caso, la prestación entregada (por ejemplo, bien vendido a plazos, bien cedido en leasing) deberá ser restituida al acreedor. Esta restitución produce efectos reales: para recuperar la cosa, el acreedor no necesita el efecto añadido de la reserva de dominio, de la titularidad ínsita en su condición de arrendador. Basta la eficacia real de la resolución declarada, que restituye con efectos retroactivos el dominio en la persona del cedente, y elimina el derecho de uso del fallido. Ambas son eficaces frente al concurso, y el acreedor *in bonis* pasa a ser un «acreedor de dominio», con derecho de separación (art. 80 LC), que procede de la eficacia de la resolución contractual, no en virtud propia de la garantía dominical con la que contaba para asegurar su pretensión de cumplimiento. Observemos cómo en tal caso resulta paradójicamente mejor la condición del acreedor *in bonis* que la que tendría de haberse mantenido estrictamente en los términos del artículo 56 LC. Pues, una vez que el administrador del concurso, o el propio fallido, resuelven por el artículo 61 LC, procede sin más la restitución al acreedor, sin que resulte preciso el transcurso de los plazos del artículo 56 LC. Si la administración concursal o el concursado han optado por el cumplimiento del contrato, el acreedor *in bonis* no podrán hacer uso de su garantía dominical para reivindicar. Sólo si este acreedor puede resolver conforme al artículo 62 LC, podrá encontrar acceso a una pretensión de restitución del bien poseído por el fallido, y siempre que, a su vez, la administración concursal no haya tenido ocasión de rehabilitar el contrato incumplido conforme a los artículos 68 y 69 LC. Situación diversa es la de los acreedores que no dispongan de una garantía dominical, sino de una afección que el deudor haya creado sobre alguno de sus bienes, en forma de prenda o hipoteca. La resolución del artículo 61.2 LC (si procede, por ser la relación del crédito subyacente de naturaleza sinagmática, y todavía quedan prestaciones pendientes por ambas partes) extingue conjuntamente la pretensión de cumplimiento y la garantía que la fortalecía. El acreedor sólo dispone de una pretensión restitutoria de la cantidad entregada como crédito, más el crédito indemnizatorio. Las garantías permanecen, en cambio, cuando el órgano concursal o el fallido en el artículo 61.2 LC opta por continuar obligado por el contrato, o cuando rehabilita los créditos a que se refieren los artículos 68 y 69 LC, o cuando hace uso del derecho del artículo 155.2 LC. En todos estos casos, las prestaciones pendientes se consideran deudas de la masa y, además, la garantía originariamente pactada pervive para seguridad de su cumplimiento».

Así, la *SJMER de Álava, Vitoria, de 23 de septiembre de 2005* (AC 2005/2288), en el Fundamento de Derecho quinto, siguiendo lo dispuesto en la Ley Concursal: «Es de señalar que la hipoteca en garantía de los créditos contra la masa que se generan del cumplimiento de las pólizas de aval no desmerece en absoluto por el procedimiento concursal, de modo y manera que, previamente a todo pago en la liquidación de créditos concursales y puesto que sea menester realizar la finca hipotecada, o redimirla, tendría que venir precedido por la satisfacción de estos créditos —si la existencia de numerario no hubiera dado lugar al pago anterior—, sin lo cual, por el mismo rango de la garantía real, no se liberará la finca, teniendo en cuenta que la *condición de crédito contra la masa no excluye la de preferencia por privilegio, a juicio del disponente, siendo el crédito contra la masa hipotecario el primero entre todos, a pesar de la regla del vencimiento de artículo 154.3 LC*».

Esa regla general se aplica cualquiera que sea la naturaleza del crédito contra la masa y del crédito con privilegio especial (71). Quiere ello decir, de un lado, que no podrán utilizarse los bienes afectos a un privilegio especial ni siquiera para el pago de los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (art. 154.2.1 LC) y, de otro lado, que no podrá utilizarse ningún bien afecto, ya se trate de garantía real, ya se trate de privilegio especial en sentido estricto (72).

La Ley fija un régimen especial para el pago de los créditos con privilegio especial, que garantiza su satisfacción con cargo al bien o derecho afecto (el acreedor podrá ejecutar el bien en los términos establecidos en el art. 155.1 y 4, que regula el pago de los créditos con privilegio especial) (73). Se

(71) BELTRÁN, «La prioridad de los créditos contra la masa», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, 4, Madrid, 2005, pág. 3632.

(72) El ALC 1983 determinaba en el artículo 284.2, que si los bienes y derechos de la masa activa, salvo los bienes afectos a créditos con garantía especial, fueran insuficientes para el pago de los créditos prededucibles, algunos de éstos, como los alimentos, los salarios o los de entierro, se satisfacerían con cargo al valor de los bienes afectos, en proporción a su cuantía y con preferencia sobre los especialmente privilegiados. La PALC 1995, establecía que, agotados los bienes no afectos, se realizaría con cargo a los bienes afectos el pago de las costas y gastos de justicia y el de los créditos por entierro y alimentos (art. 105.2).

(73) Este artículo ordena que el pago de los créditos privilegiados se hará con cargo a las resultas de la realización forzosa (ya sea objeto de ejecución separada o colectiva) de los bienes y derechos afectos a tales créditos privilegiados. El artículo 155.4 LC dispone que la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos al crédito con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentara mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

establece, sin embargo, una limitación en el artículo 56.1 y 2 LC: los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía (o se suspenderán las actuaciones ya iniciadas, salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto) hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya llevado a efecto la apertura de la liquidación (74).

Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal, podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155 LC (art. 56.3 LC).

La administración concursal puede optar por recuperar el bien gravado pagando la totalidad del crédito. Así, el artículo 84.2.7.º LC establece que *son créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 LC: los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos... correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado*. Es decir, que este crédito contra la masa con privilegio especial, será satisfecho igual que los restantes créditos contra la masa, si la administración concursal ha optado por pagar la totalidad del crédito que estaba gravado con una garantía real, sin, por tanto, ejecutar el bien gravado. Este crédito privilegiado contra la masa será satisfecho, antes que los créditos concursales y como los demás créditos contra la masa, a su vencimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 154.3, *in fine* LC.

RESUMEN

CALIFICACIÓN REGISTRAL CONCURSO DE ACREEDORES

Declarado el concurso, es regla general que un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, en ese momento, continuará en vigor de manera automática,

ABSTRACT

REGISTRAR'S SCRUTINY APPEALS MEETING OF CREDITORS

Once bankruptcy has been declared, it is the general rule that a contract with reciprocal obligations pending discharge by both parties will, at that time,

(74) A estos efectos, la Ley extiende el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales a las de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamiento financiero, siempre que los correspondientes contratos o documentos estén inscritos en los respectivos registros, así como las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago de precio aplazado (art. 56.1.2 LC).

salvo que el concursado o la administración concursal insten su resolución y así lo declare o acuerde el juez del concurso (art. 61.2 LC). Tanto en el caso de que el contrato bilateral pendiente se mantenga o se resuelva, dispone la Ley Concursal (art. 61.2.1 y 2; y art. 84.2.6.º), que los créditos nacidos del mismo se califican de créditos contra la masa, es decir, han de ser satisfechos antes que los demás créditos concursales, salvo los que gocen de privilegio especial. Como novedad, el Real Decreto-ley 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la situación económica, ha producido una reforma importante de la Ley 22/2003, que ha afectado a la calificación de alguno de los créditos nacidos de los contratos con obligaciones recíprocas: añade un nuevo número, el 7.º, al artículo 92 de la Ley Concursal, calificando de créditos subordinados a los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, «cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso». Se establece así un factor de corrección en la calificación de los créditos derivados de estos contratos cuando el acreedor se niega a cumplir; y se favorece la continuidad de los mismos, en la línea del principio concursal de conservación de la actividad empresarial o profesional, no obstante la declaración de concurso, sobre todo en este periodo de crisis económica.

Del análisis de la calificación de estos créditos nos hemos ocupado en este artículo.

continue in force automatically, unless the bankrupt or the administrators in bankruptcy have the contract cancelled and the judge overseeing the bankruptcy declares or rules the contract cancelled (Spanish Bankruptcy Act, section 61.2). Whether the pending bilateral contract is upheld or cancelled, the Bankruptcy Act (sections 61.2, paragraphs 1 and 2, and section 84.2, paragraph 6) states that debts born of the contract are classified as debts against the estate of the bankrupt; i.e., they must be settled before all other debts against the bankrupt save those debts that enjoy some special privilege. As a new feature, Royal Decree-Law 3/2009 on urgent measures in tax, financial and bankruptcy matters in view of the economic situation effected a major reform of Act 22/2003. This reform has affected the classification of some of the debts born of contracts with reciprocal obligations: It adds a new paragraph, number 7, to section 92 of the Bankruptcy Act, classifying debts that are subordinate to the debts stemming from contracts with reciprocal obligations to which sections 61, 62, 68 and 69 refer, «when the judge finds, subject to a report by the administrators in bankruptcy, that the creditor is repeatedly hampering performance of the contract in a way that injures the interest of the bankruptcy». Thus, a corrective factor is set into the classification of debts stemming from such contracts, for cases where the creditor refuses to comply; and the continuity of such debts is favoured, under the rule of preservation of the bankrupt's business or professional activity, notwithstanding the bankruptcy declaration, especially at this period of economic crisis.

This article concerns the analysis of the classification of debts such as these.

(Trabajo recibido el 1-9-09 y aceptado para su publicación el 8-2-2011)