

Bienes inembargables y procedimiento concursal

Unattachable property and bankruptcy proceedings

César GILO GÓMEZ

Abogado

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca

cesargilo@usal.es

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2018

Fecha de aceptación definitiva: 20 de diciembre de 2018

Resumen

En el procedimiento concursal sigue vigente, con ciertas excepciones, el artículo 1911 del Código Civil, precepto que representa la base de la responsabilidad del deudor con todos sus bienes presentes y futuros. Prueba de estas excepciones al principio general de responsabilidad universal por deudas son el artículo 76.2 de la Ley Concursal, que impide que los bienes del deudor que tengan la consideración de inembargables puedan formar parte de la masa activa, y el artículo 47 del referido texto legal, que prevé que el deudor persona natural que se encuentre en estado de necesidad pueda percibir alimentos durante la tramitación del concurso con cargo a

Abstract

In the bankruptcy proceedings continues in force, with certain exceptions, the article 1911 of the Civil Code, rule that represents the base of the responsibility of the debtor with all his present and future goods. Proof of these exceptions initially general of universal responsibility for debts they are the article 76.2 of the Bankruptcy Act, which prevents that the goods of the debtor that have the consideration of unattachable could form a part of the assets, and the article 47 of above-mentioned legal text, which foresees that debtor natural person who is in state of necessity could perceive food during the

la masa activa para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

processing financed from the assets to satisfy his needs and those of his family.

Palabras clave: deudor; bien inembargable; derecho de alimentos; masa activa; concurso de acreedores; Ley Concursal.

Keywords: *debtor; unattachable property; right of maintenance; assets; bankruptcy proceedings; Bankruptcy Act.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. BIENES INEMBARGABLES.— 2.1. Especialidades del archivo del procedimiento por insuficiencia de la masa activa (176 bis LC).— 2.2. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. 3. BIENES EXTRAPATRIMONIALES. 4. DERECHO DE ALIMENTOS.— 4.1. Derecho de alimentos del deudor.— 4.2. Ubicación del derecho de alimentos en la lista de créditos contra la masa.— 4.3. Cuantía y periodicidad del derecho de alimentos.— 4.4. Deber de alimentos del deudor

1. INTRODUCCIÓN

Erróneamente puede llegar a pensarse que todos los bienes del deudor se encuentran incluidos en la masa activa del concurso. Nada más lejos de la realidad, ya que existen excepciones al principio de universalidad de la masa activa que deben ser tenidas en cuenta por la Administración Concursal en su actuación delimitadora de la masa activa¹. Según lo establecido por el segundo apartado del artículo 76 de la Ley Concursal —en adelante LC— se encuentran fuera del patrimonio del deudor aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables. A ello debe sumarse la exclusión también de aquellos bienes que tengan la consideración de bienes extrapatrimoniales y la prerrogativa que concede el legislador al deudor recogida en el artículo 47 LC, en el que se señala que el deudor que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos con cargo a la masa activa.

2. BIENES INEMBARGABLES

Cuando el concurso de acreedores adopta como solución la liquidación del patrimonio del deudor, no dejamos de encontrarnos ante un procedimiento de ejecución de los bienes de este, pero, al haber pluralidad de acreedores, pasamos del

1. Como excepción al principio universal de responsabilidad por deudas, estas deben ser interpretadas de manera restrictiva.

procedimiento de ejecución individual previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante LEC— al procedimiento de ejecución colectiva previsto en la Ley Concursal.

Situados, por tanto, ante un procedimiento ejecutivo, la Ley Concursal adopta las garantías que debe presidir toda ejecución de bienes, excluyendo consecuentemente determinados bienes de referido procedimiento en virtud del principio de responsabilidad universal por deudas. Para cumplir con estas garantías, el artículo 76.2 LC protege una serie de bienes del deudor que, aun poseyendo carácter patrimonial, es decir, reuniendo todos los requisitos para incluirse dentro de la masa activa, la Ley impide que su legítimo propietario pueda perderlos². Este apartado lo que hace es trasladar a la Ley Concursal, con fundamento en la cláusula de subsidiariedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil contenida en la Disposición final quinta de la Ley, la garantía establecida en los artículos 605, 606 y 607 LEC, preceptos que determinan la prohibición de embargar determinados bienes, cantidades y salarios³. La razón de incluir esta garantía no es otra que asegurar que el deudor, a pesar de ver intervenido judicialmente su patrimonio, pueda mantener una vida digna, por lo que la Ley prevé que conserve una serie de mínimos para sobrevivir, sin que pueda ser atacado su patrimonio por debajo de esos mínimos⁴.

2. Algún autor ha llamado a esa parte de los bienes que no están sometidos al tratamiento concursal como «masa activa paraconcursal». *Vid.* MARQUÉS VILALLONGA, J. M.^a, «La inembargabilidad de determinados bienes: un fresh start en nuestro sistema concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, n.º 15, Sección Comunicaciones, Segundo semestre: 223-231.

3. El artículo 605 LEC señala que nunca podrán ser embargados a ningún ejecutado: los bienes inalienables, los que no tengan contenido patrimonial o los declarados inembargables. El artículo 606 continúa señalando la inembargabilidad de bienes concretos como el menaje de casa, la ropa normal, alimentos, libros necesarios para el desarrollo de la profesión del embargado o bienes religiosos. Por último, el artículo 607 señala los porcentajes que pueden embargarse del sueldo o pensión del ejecutado en función de la relación de referido salario o pensión con el salario mínimo interprofesional. La forma de calcular la cantidad que puede embargarse se realiza por escalones: de una retribución que no supere el salario mínimo interprofesional no podrá embargarse cantidad alguna. La parte que supere referido salario mínimo interprofesional hasta el doble del mismo podrá embargarse el treinta por ciento de referida cantidad. Si supera el doble del salario y hasta que llegue al triple del mismo se embargará el cincuenta por ciento de referida cantidad (a lo que habrá que sumar la cantidad embargada al tramo anterior). Si el salario supera el triple del salario mínimo interprofesional hasta el cuádruple del mismo se embargará el sesenta por ciento de la referida cantidad (a la que habrá que sumar las cantidades embargadas en los escalones anteriores) y desde el cuádruple al quíntuple del salario mínimo interprofesional se embargará el setenta y cinco por ciento de esta cantidad con suma de las anteriores. Por último, toda cantidad que supere el quíntuple del salario mínimo interprofesional podrá ser embargada el noventa por ciento de la misma.

4. *Vid.* STC 113/1989 de 22 de junio de 1989 en la que se aclara la función del principio de inembargabilidad: «En una primera aproximación, el principio de la inembargabilidad de determinados bienes o derechos, en cuanto sustrae aquéllos al poder de acción de los acreedores, se

En esta situación, la Administración Concursal, en virtud del mandato del artículo 76.2 LC⁵ y de los mínimos establecidos legalmente, separará del concurso aquellos bienes inatacables, sin necesidad de que el deudor inste esta exclusión previamente. Llegados a este punto, cabría la posibilidad de que, al ejecutar esta separación, se compruebe que el patrimonio del deudor está formado únicamente por bienes inembargables, por lo que carecería de sentido continuar el procedimiento, ya que es evidente que la masa activa no puede satisfacer los créditos contra la masa. Concurriría, por tanto, una de las causas que el legislador prevé para archivar las actuaciones en cualquier estado del procedimiento conforme establece el artículo 176.1.3.º LC⁶. Referida causa fue incluida con la reforma de la Ley en el año 2011 introducida por la Ley 38/2011 de reforma concursal, puesto que, antes de la referida reforma, simplemente se preveía la conclusión del concurso cuando se comprobara la inexistencia de bienes y derechos del concursado o de terceros responsables con los que satisfacer a los

ofrece como un límite a la eficacia de unos derechos patrimoniales. El reconocimiento tradicional de aquel principio –desenvuelto en el marco de una evolución histórica claramente suavizadora de la situación del deudor– se revela intuitivamente como una exigencia de justicia (art. 1 C.E.), plenamente congruente con el postulado de la dignidad humana (art. 10 C.E.), al que repugna sin duda que la efectividad de unos derechos patrimoniales, tenga lugar a costa del sacrificio de unos bienes, cuya posesión está ligada a un mínimo vital, en el sentido de ofrecerse como indispensables para la realización de los fines propios de la persona; no sólo de los fines que cada persona se asigne a sí misma, sino de aquellos que el constituyente perfila expresamente como dignos de una acción tutelar positiva por parte de los poderes públicos. La protección a la familia (art. 39 C.E.), de la salud (art. 43), a la vivienda digna y adecuada (art. 47), entre otros, no sólo se ofrecen como mandatos dirigidos al legislador para el despliegue de una acción prestacional de signo administrativo, sino para el desarrollo de una acción normativa que permita configurar una especie de esfera patrimonial intangible para los terceros, precisamente para asegurar el cumplimiento de aquellos objetivos constitucionales. En este sentido la dignidad humana debe comprender como algo inherente a su significado, no sólo algunos derechos inmateriales, sino también derechos patrimoniales que permiten asegurar una misma existencia digna. En tal sentido deben ser considerados estos derechos patrimoniales, dentro de la categoría de los inviolables a que como “inherentes a la dignidad humana” menciona explícitamente el art. 10.1 de la Constitución».

5. MARÍN LÓPEZ, M. J. 2005: *La limitación de las facultades patrimoniales del concursado*. Madrid: Aranzadi Civil, n.º 13, 17-63, destaca lo confuso de la redacción de este precepto por lo irrelevante y superfluo de la expresión utilizada por el legislador («aun teniendo carácter patrimonial») ya que el hecho de que el bien sea patrimonial o no poco importa, sino que lo que importa es que sea inembargable.

6. Respecto a estos bienes, el magistrado BLANCO SARALEGUI señala con acierto que este apartado es incluso prescindible, ya que si el deudor mantiene la propiedad de bienes legalmente inembargables, estos nunca habrán formado parte de la masa activa del concurso (artículo 76.2 LC) y, por tanto, nunca habrán sido tenidos en cuenta para una potencial satisfacción de los acreedores. *Vid.* BLANCO SARALEGUI, J. M. 2013: *La conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa*, Madrid: Fe d'erratas, 22.

acreedores. El legislador ha querido ir más allá con esta reforma y recoger la posibilidad de archivar el procedimiento no solo cuando no pueda satisfacerse a los acreedores — causa que se entiende implícita en esta — sino cuando el patrimonio del deudor ni siquiera pueda hacer frente a los gastos que todo procedimiento origina.

2.1. Especialidades del archivo del procedimiento por insuficiencia de masa activa (176 bis LC)

Es tal la importancia que el legislador ha otorgado a la causa de archivo por insuficiencia de patrimonio con el que afrontar los gastos mínimos del procedimiento, que ha introducido un precepto específicamente (artículo 176 bis LC) para tratar las especialidades que supone el archivo del procedimiento por referido motivo⁷.

Y es que los concursos sin masa constituyen una situación que no debería ser extraña al procedimiento concursal. No olvidemos que nos movemos en el ámbito de patrimonios insuficientes para cumplir regularmente con sus obligaciones, por lo que supone un hecho relativamente habitual que en determinadas situaciones estos patrimonios no puedan hacer frente siquiera a los propios gastos necesarios para la apertura del procedimiento⁸.

Sin embargo, el presupuesto objetivo del concurso (artículo 2 LC) es claro: estado de insolvencia entendido como imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles⁹. En este sentido, si el deudor se encuentra en esta situación, tiene el deber¹⁰ y el derecho de instar la declaración de concurso, con independencia del patrimonio del que disponga para hacer frente a los costes del procedimiento. No se contempla en la Ley Concursal la existencia de un mínimo de bienes y derechos como requisito

7. De hecho, respecto a los bienes inembargables, el legislador ha recogido expresamente en este 176 bis que no impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables.

8. Algunos autores han denominado esta situación como «concurso del concurso». *Vid.* en este sentido LÓPEZ SÁNCHEZ, J. 2012: «La estructura del proceso concursal». En *El Proceso Concursal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 464.

9. *Vid.* FRAMIÑÁN SANTAS, J. 2012: «Ilíquidez transitoria y presupuesto objetivo del concurso: experiencia alemana y derecho español», *RDGP*, n.º 17, Sección Reseña legislativa española y comparada, Segundo semestre: 299, donde se realiza una interesante comparación entre la jurisprudencia alemana relativa al estado de ilíquidez transitoria y la situación de referido concepto en el ordenamiento español, para poder aplicar este a nuestro presupuesto objetivo regulado en el artículo 2 LC.

10. Respecto a este deber, *vid.* PULGAR EZQUERRA, J. (dir.) 2012: *El Concurso de Acreedores*. Madrid: La Ley, 160 y GONZALEZ LECUONA, M. 2010: «Comentario art. 5». En F. CORDÓN MORENO (dir.) 2010: *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2.ª edición, tomo I, 134-146.

previo para la declaración del concurso¹¹. Esta situación posibilita la declaración de concurso sin perjuicio de la masa activa que el deudor posea —incluso si la misma es inexistente— lo que puede dar lugar a la apertura de procedimientos concursales que ninguna solución aporten a la situación del deudor, centrados únicamente en lo relativo a la calificación del mismo¹².

Por esta razón, la Ley Concursal originariamente preveía en el artículo 176.4.º la posibilidad de concluir el procedimiento en cualquier estado del mismo, por inexistencia de masa activa. Con ello se buscaba impedir que un procedimiento donde el deudor careciera de bienes susceptibles de ser enajenados pudiese seguir adelante en el momento en el que fuera constatada esta inexistencia de masa activa, aunque no se preveía que esta conclusión pudiese llegar con la propia declaración de concurso ni la doctrina lo interpretaba así¹³.

De igual forma, la Ley lo que contemplaba en el artículo 176.4.º era la conclusión del procedimiento por inexistencia de masa activa, pero no por insuficiencia de la misma para hacer frente a los gastos mínimos del procedimiento, de tal forma que si el deudor disponía de bienes y derechos, aunque fuesen manifiestamente insuficientes para hacer siquiera frente a los gastos mínimos que todo procedimiento concursal

11. *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ «De la declaración de concurso». En P. PRENDES CARRIL y A. MUÑOZ PAREDES (dirs.): *Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo II, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 572-575 donde se resumen las distintas interpretaciones de las Audiencias Provinciales en relación a la necesidad o no de la existencia de masa patrimonial como requisito del concurso.

12. Por el contrario, se muestra partidario de la apertura de procedimientos concursales sin masa activa SENENT MARTÍNEZ, S. 2012: «La reforma de la Ley Concursal y la Conclusión y reapertura del concurso» *RDGP*, 2012, n.º 16, Sección Estudios, Primer semestre: 171, quien entiende que en el caso de concursos de personas jurídicas produce un efecto depurador que puede ser muy beneficioso, puesto que extingue sociedades que llevan muchos años sin actividad alguna, pero se encuentran formalmente vigentes por tener aún abiertas hoja registral. El propio autor reconoce, sin embargo, que de este modo se rompe con el principio de responsabilidad patrimonial universal del 1911 del Código Civil y que constituye un agravio comparativo respecto a las personas físicas.

El AJMer n.º 1 Palma de Mallorca de 22 de febrero de 2012 (concurso 2/2012) puntualiza que solo puede acordarse la automática extinción de la sociedad y el cierre de la hoja registral cuando los bienes y derechos sean inexistentes. De lo contrario, si fuesen únicamente insuficientes, no podría accederse a este cierre de hoja registral puesto que previamente los órganos societarios de la mercantil deben proceder a la liquidación ordenada del poco patrimonio social de que se disponga.

13. Sobre este particular, se había venido considerando que referida conclusión debía operar una vez finalizase la sección de calificación (BELLIDO, R. 2004: «Comentario art.176». En A. ROJO y E. BELTRÁN: *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Civitas, tomo II, 2628) o al menos una vez concluida la fase común del concurso (PULGAR EZQUERRA, J. 2007: «Los concursos de acreedores sin masa activa ab initio: un problema a resolver» *Diario La Ley*, n.º 6696, Sección Doctrina, 19 de abril, Año XXVIII, Ref. D-96).

conlleve, el concurso debía seguir adelante aunque referidos gastos no se cubriesen. En todo caso, según la redacción originaria de la Ley, era necesario un informe de la Administración Concursal acerca de la conclusión del procedimiento por este motivo, informe del que se daba traslado a las partes personadas para que pusiesen de manifiesto cuanto estimasen oportuno. Ello conecta con la incoherente situación en la que se veía el administrador concursal que fuese designado para este tipo de procedimiento, quien debía desempeñar un trabajo que desde el principio se conocía que no iba a ser remunerado por la ausencia de fondos para retribuir la tarea encomendada.

La reforma de la Ley Concursal en el año 2011 introdujo el artículo 176 bis, precepto donde se establecen las especialidades de la conclusión del procedimiento por insuficiencia de la masa activa¹⁴. Presenta como novedad en su primer apartado el hecho relativo a que, desde la propia declaración de concurso, procederá la conclusión del mismo por insuficiencia de la masa activa —siempre eso sí que no sea posible ejercitar acción de reintegración alguna o de responsabilidad de terceros ni ningún otro tipo de acción que pudiese conllevar que la masa activa del deudor aumentase y que por tanto dejase de ser esta insuficiente—¹⁵.

Como hemos señalado, la reforma modificó el artículo 176 LC sustituyendo la expresión: «inexistencia de bienes y derechos» por «insuficiencia de la masa activa». Comprobamos de esta manera como el legislador finalmente contempla la conclusión del procedimiento no solo cuando la masa activa sea inexistente, sino también cuando la misma, aun existiendo, sea insuficiente. Con ello se pretende tutelar de forma más amplia la posibilidad de archivar el procedimiento en aquellas situaciones donde existiese masa activa pero la misma fuese muy limitada. Referidas situaciones con carácter previo a la reforma no encajaban en el precepto, ya que en puridad no nos encontrábamos ante una masa activa, inexistente al existir bienes o derechos en el patrimonio del deudor, por escasos que estos fuesen, y que ahora encuentran completo acomodo al modificarse el adjetivo «inexistente» por el adjetivo «insuficiente» (sí existen bienes o derechos, pero los mismos son insuficientes para continuar el procedimiento). Además, la reforma elimina la necesidad de informe de la Administración Concursal relativo a la procedencia de la conclusión del concurso en cualquier estado del procedimiento, ya

14. El artículo 176 bis y la posibilidad por tanto de concluir el concurso en el propio Auto de declaración del mismo solo se aplican a las solicitudes ya presentadas en el momento de entrada en vigor de la reforma, es decir, a solicitudes presentadas tras el 1 de enero de 2012. La fecha que se tendrá de referencia para decidir será la del sello del Registro del Decanato del Juzgado competente y no la fecha de declaración del procedimiento. *Vid.* en este sentido AAP Barcelona (Sección 15.ª) de 26 de julio de 2012 (Rollo 197/2012).

15. La posibilidad de ejercitar estas acciones no puede confundirse con expectativas más o menos fundadas de mejora de la situación. Según señala la SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 10 de abril de 2013 (Rollo 584/2010), la valoración de la insuficiencia de la masa activa que debe tenerse en cuenta es la actual, con independencia de expectativas futuras que pudiesen llegar a hacer aumentar la misma.

que el actual 176 LC recoge que será necesario informe de la Administración Concursal para acordar la conclusión del concurso cuando se compruebe el pago de la totalidad de los créditos o, cuando una vez finalizada la fase común, los acreedores reconocidos desistan del procedimiento, no cuando se constate la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa.

Respecto a la actuación de la Administración Concursal, el apartado 4 del artículo 176 bis LC establece que la conclusión del concurso por insuficiencia de masa podrá acordarse en el mismo Auto de declaración de concurso. Debe aclararse que no nos encontramos ante una inadmisión del concurso que se solicita, sino que este es declarado para en, el mismo Auto que lo declara, acordarse su conclusión. Nos situamos así ante una compleja decisión a adoptar por parte del Juez, puesto que en este primer momento no se suele disponer de datos suficientes para tomar una decisión de tanta trascendencia —más allá de la documentación proporcionada por el propio deudor—¹⁶. No obstante, compartimos la importancia de incorporar a nuestra Ley Concursal referida posibilidad, ya que permite que en determinados casos no se produzca siquiera la apertura de la sección segunda relativa al nombramiento de la Administración Concursal, con lo que se evita el nombramiento de un profesional en un procedimiento cuya insuficiencia de masa activa es tan evidente que el propio Juez del Concurso la aprecia de oficio al declararlo¹⁷. Con ello se consigue que, consecuentemente, no se devengue ningún tipo de retribución para la Administración Concursal, ya que esta no ha llegado a intervenir en el procedimiento.

Cuestión distinta es que la insuficiencia de masa activa no se aprecie de oficio por el Juez del Concurso, sino que se manifieste ya iniciado el procedimiento y designada la Administración Concursal. En este supuesto y conforme a lo establecido en el artículo 176 bis LC, será la Administración Concursal la que informe al Juez del Concurso de esta situación —circunstancia que demanda la realización por parte de esta de un estudio previo de la documentación contable existente—. Desde ese momento, el órgano concursal deberá proceder al pago de los créditos contra la masa —hasta donde llegue y conforme al nuevo orden de prelación que introduce este precepto—. Una vez abonados los créditos contra la masa, presentará al Juez del Concurso un informe justificativo de la responsabilidad en la administración del patrimonio del deudor, informe

16. Así, VELA TORRES, P. J. 2017: «Especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa». *RDCP*, 2017, n.º 27, Sección Ponencias y Estudios / V Congreso Internacional «Reestructuración societaria», Segundo semestre, advierte del problema legislativo que plantea el hecho de que en buena medida quede en manos del deudor la prueba de los requisitos para que pueda declararse la conclusión del concurso en el mismo Auto de declaración.

17. *Vid.* respecto a las dificultades interpretativas que plantea el precepto NIETO DELGADO, C. 2016: «Los presupuestos del concurso de acreedores». En A. CAMPUZANO y E. SANJUÁN Y MUÑOZ (dirs.): *El Derecho de la Insolvencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 244, quien destaca la complejidad que puede suponer para el Juez poner en conexión el valor presuntamente realizable del patrimonio del deudor con los créditos contra la masa de previsible generación.

que debe argumentar que el concurso no debe ser calificado como culpable y que no existen acciones de reintegración que pudiesen ejercitarse, lo que deja en evidencia la importante función que ejerce la Administración Concursal también en este momento del procedimiento.

La importancia del precepto es muy significativa, ya que introduce en el texto concursal un nuevo orden de prelación de los créditos contra la masa para aquellas situaciones de insuficiencia de masa activa¹⁸. Ello debe acogerse con cautela, ya que el propio precepto crea una nueva categoría de crédito a la que se deberá hacer frente antes de proceder al pago de los créditos contra la masa: «los créditos imprescindibles para concluir la liquidación»¹⁹. Con la introducción de esta categoría, puede establecerse un paralelismo entre esta nueva categoría de créditos imprescindibles para concluir la liquidación y los créditos contra la masa. Y es que podríamos decir que este tipo de créditos es a los créditos contra la masa lo mismo que los créditos contra la masa son a los créditos concursales, es decir, estamos ante una suerte de categoría privilegiada de créditos contra la masa dentro de los propios créditos contra la masa. Su importancia es mayúscula, más aún en una situación de insuficiencia de la masa activa para hacer frente a los gastos mínimos que todo procedimiento genera. Con la introducción de esta nueva categoría, el legislador ha buscado asegurar en la medida de lo posible que se pueda hacer frente al menos a los gastos todo procedimiento ocasiona²⁰.

Finalmente, en el supuesto de que el procedimiento se archivara definitivamente, los acreedores podrían presentar demandas ejecutivas contra el deudor conforme a lo previsto en el título III del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el régimen de ejecuciones individuales de bienes y derechos. Y es que la Ley Concursal originariamente preveía la posibilidad de que los acreedores pudiesen iniciar ejecuciones provisionales. En el año 2011 se reforzó todavía más esta posibilidad al establecerse en el artículo 178.2 LC que la inclusión en la lista definitiva de acreedores de un crédito se equipararía a una Sentencia de condena firme, concediendo de esta forma el legislador

18. Resulta fundamental destacar en este aspecto la STS (Sala 1.ª) de 18 de marzo de 2016 (rec. 2636/2013) en la que se recoge que en los supuestos de insuficiencia de masa activa, el orden de pago del apartado 2 del artículo 176 bis LC sustituye al orden de pago por vencimiento contenido en la anterior redacción del 154.3 LC. El Tribunal Supremo destaca que nos encontramos así ante un «concurso de acreedores de créditos contra la masa» dentro del propio concurso.

19. *Vid.* SJMer Jaén de 14 de junio de 2013 (Incidente Concursal 293/2010) en la que se establece a modo ejemplificativo como créditos que encajarían en este concepto los gastos de notaría, gastos registrales o gastos periciales. Respecto a los honorarios de la Administración Concursal, la resolución señala que se incluirá únicamente aquella parte de honorarios que se devenguen durante el periodo de tiempo en que se realicen estas operaciones.

20. *Vid.* SAP Vizcaya (Sección 1.ª), de 8 de noviembre de 2013 (rec. 421/2013) donde expresamente se señala que los créditos imprescindibles para concluir la liquidación gozan de preferencia y, por tanto, no son abonados a prorrata conforme al resto de créditos contra la masa en la situación descrita por el 176.2 bis LC.

a los acreedores un título ejecutivo para proceder individualmente contra el deudor. Sin embargo, la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores modificó el artículo 178.2 LC, eliminando todas estas previsiones, e introduciendo en este precepto una suerte de sistema de dación en pago para supuestos de insuficiencia de masa y siempre que se cumpliesen una serie de presupuestos, modificación que solo ha estado vigente apenas año y medio puesto que en fecha 1 de marzo de 2015 se aprobó el RD 1/2015 de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*, que ha recuperado la redacción originaria de este precepto (introducida por la Ley 38/2011). La nueva redacción mantiene la posibilidad de iniciar ejecuciones individuales de bienes y derechos en caso de insuficiencia de masa activa, concediendo de esta forma un tratamiento más profundo a este sistema de dación en pago en un nuevo artículo 178 bis e introduciendo expresamente la posibilidad y el mecanismo para que el deudor persona natural pueda ver exoneradas sus deudas, siempre que cumpla una serie de requisitos.

2.2. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho

Continuando en el estudio de la inembargabilidad de determinados bienes como excepción al principio de universalidad de la masa activa, hacemos referencia al artículo 178 bis, precepto introducido en la Ley Concursal fruto de la modificación operada en ella por parte del RD 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que implantó en nuestro ordenamiento concursal²¹ un sistema semejante al denominado «fresh start»²² existente en otros países.

21. Realmente el germen de toda esta reforma fue el AJMer n.º 3 Barcelona de 26 de octubre de 2010 (proc. 671/2007), resolución que efectuó una interpretación amplia del artículo 178.2 LC antes de la reforma introducida en el 2014. El pronunciamiento judicial acuerda aprobar la rendición de cuentas efectuada por la Administración Concursal en el concurso de acreedores de dos deudores pensionistas y ordena la conclusión del procedimiento concursal por inexistencia de bienes o derechos realizables, teniendo por extinguidas las deudas concursales que no hayan sido satisfechas con cargo a la masa activa del concurso, sin perjuicio de la posible reapertura del concurso o de una nueva declaración si aparecieran nuevos bienes o los deudores vinieran a mejor fortuna.

22. El «fresh start» o «discharge» es un término anglosajón que hace referencia a aquella situación que ya prevén ordenamientos como el estadounidense en el que una persona física o jurídica, siempre que sea un deudor de buena fe, tiene la posibilidad de volver a empezar, declarándose por decisión judicial, y sin el consentimiento del acreedor, la extinción de sus deudas. Aunque el deudor obtuviese ingresos en el futuro, estos no pueden ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso ya que es una segunda oportunidad. Este principio también está presente en algunos países europeos como Alemania, denominado como *Restschuldbefreiung* (rehabilitación), aunque su aplicación práctica no es tan radical en Estados

Referido precepto señala que el deudor persona natural podrá solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando se cumplan los siguientes requisitos: que el concursado sea un deudor de buena fe (en la anterior redacción se hablaba de concurso no culpable, lo que no equivalía a deudor de buena fe²³, como sí ocurre en el «fresh start»), que haya abonado la totalidad de los créditos contra la masa y privilegiados y al menos el 25% de los créditos ordinarios²⁴, que no haya sido condenado por los delitos reflejados en el precepto en los diez años anteriores a la declaración de concurso²⁵, que haya celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos o que alternativamente a lo anterior se someta a un plan de pagos especial que el propio artículo prevé, que no haya incumplido el deber de colaboración, que no haya obtenido este beneficio en los últimos diez años, que no haya rechazado en los últimos cuatro una oferta de empleo y que se someta a publicar este beneficio de exoneración en el RPC durante cinco años²⁶. Novedoso igualmente es el sistema alternativo que se propone para el deudor que no haya abonado un porcentaje tan alto de las deudas, permitiéndosele optar por este beneficio si entre otros no ha rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad y si acepta someterse al plan de pagos que se regula en el apartado 6 del precepto, plan de pagos que consiste en satisfacer las deudas no exoneradas

Unidos ya que no se exige totalmente al deudor. La introducción de este principio en la Ley Concursal supone una importante excepción al principio general de responsabilidad universal consagrado en nuestro ordenamiento a través del artículo 1911 CC.

23. *Vid.* las reflexiones que sobre este particular realiza el catedrático MIRANDA SERRANO en lo relativo a que la calificación fortuita del concurso no equivale a la concurrencia de buena fe en el deudor (MIRANDA SERRANO, L. 2014: «¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?». *Diario La Ley*, 2014: n.º 8276, Sección Doctrina, 21 de marzo, Año XXXV, Ref. D-95).

24. Critica la profesora ESTUPIÑÁN CÁCERES la escasa o nula eficacia práctica de la regulación de la segunda oportunidad al exigir al deudor haber cubierto un volumen de pasivo tan alto, resaltando que la mayoría de los concursos de personas físicas concluyen por imposibilidad de satisfacer siquiera los créditos contra la masa. *Vid.* ESTUPIÑÁN CÁCERES, R. 2014: «Exoneración de deudas y «fresh start»: Ley Concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de dos mil catorce» *RDCP*, 2014, n.º 22, Sección Comunicaciones, Segundo semestre: 393-405.

25. *Vid.* GÓMEZ ASENSIO, C. 2015: «RDley 1/2015 y mecanismo de segunda oportunidad: una paradójica reforma» *Diario La Ley*, n.º 8514, Sección Tribuna, 8 de abril, Ref. D-136, quien destaca el endurecimiento de los requisitos penales introducido por el RD 1/2015 respecto a los previstos por la anterior reforma.

26. *Vid.* SENENT MARTÍNEZ, S. 2015: «El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015» *RDCP*, 2015, n.º 23, Sección Varía, Segundo semestre, quien critica que se exige un elevado pago de deudas, que solo cinco años después de la conclusión del concurso sabrá el deudor si son exoneradas o no.

dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso (se exceptúan los créditos de derecho público y por alimentos)²⁷.

Es importante destacar que el precepto recoge expresamente que debe mediar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho por parte del deudor, de lo que se deduce que la concurrencia de los requisitos y la posibilidad de acceder al beneficio no podrá ser apreciado de oficio ni por el Juez ni por la Administración Concursal, sino que tendrá que ser el concursado el que lo inste. Una vez solicitado, la Administración Concursal tendrá audiencia para, junto a los acreedores, mostrar o no su conformidad a la petición del deudor. Si el órgano concursal y los acreedores muestran su conformidad o no se oponen a referida petición, el Juez del concurso concederá el beneficio con carácter provisional²⁸.

En virtud de todo ello, el carácter ejecutivo de la lista de acreedores que se contiene en el artículo 178.2 LC y que permite a los acreedores iniciar ejecuciones singulares, considerándose la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores como una Sentencia de condena firme, queda limitado por medio de la advertencia expresa del legislador en el propio precepto (*fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente*) para deudores persona natural y con los requisitos que hemos apuntado²⁹. Ello supone una evidente ruptura del principio de responsabilidad universal que consagra el artículo 1911 CC que, no obstante, siempre estará supervisado por el Juez del

27. Con buen criterio, BENAVIDES VELASCO, P. 2018: «Nuevas “oportunidades” para una regulación sobre la exoneración del pasivo insatisfecho» *RDCP*, 2018, n.º 28, Sección Estudios, Primer semestre, señala que ante la ausencia de indicación alguna en la Ley respecto al contenido de este plan de pagos o en relación a los requisitos procesales para ello, nada obsta a que el documento que se presente se haga de forma escueta y que posteriormente, y si es necesario a raíz de las contestaciones de los acreedores, se amplíe.

28. Este segundo párrafo del apartado 4 del artículo 178 bis LC ha suscitado diferentes posturas doctrinales respecto a si la provisionalidad que señala el tenor literal del precepto se encuentra referida tanto a si el beneficio se obtiene por la vía de satisfacción de créditos del 178.3.4.º LC como por la alternativa del 178.3.5.º LC (doctrina mayoritaria) frente a aquella parte de la doctrina (minoritaria) que entiende que la obtención del beneficio por la vía del 178.3.4.º LC se produce de forma automática y sin provisionalidad alguna mientras que el beneficio vía 178.3.5.º LC sí es un beneficio provisional. Nos remitimos a la detallada exposición que de referida problemática efectúa SENDRÁN ALBIÑANA, A. 2017: «El momento de la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho» *La Ley mercantil*, n.º 36, Sección Empresa y empresario, mayo.

29. *Vid.* AJMer n.º 9 Barcelona de 22 de enero de 2014 (Concurso 1/2011), donde se acuerda remitir las deudas del concursado pese a no cumplirse el requisito de pago de los créditos y AJMer n.º 3 Barcelona de 2 de abril de 2014 (Concurso 1400/2009), donde se acuerda remitir las deudas cumpliéndose el requisito de pago de los créditos.

Concurso, aunque contra la decisión del Juez reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso no cabrá recurso alguno³⁰.

Todas estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta por la Administración Concursal a la hora de confeccionar el inventario y clasificar los créditos en la lista de acreedores, así como para informar al Juez de la necesidad de concluir el procedimiento por insuficiencia de masa³¹.

3. BIENES EXTRAPATRIMONIALES

Además de los bienes de los que sea titular el deudor y tengan el carácter de inembargable por disposición legal, este también puede disponer, aunque la Ley expresamente no lo establezca, de bienes que no pueden ser embargados *ya no por ministerio de la Ley, sino porque los mismos se encuentran fuera del comercio con independencia del patrimonio del que se disponga. Nos encontramos ante los bienes extrapatrimoniales*³².

*Este tipo de bienes son, como su propio nombre indica, aquellos que no tienen carácter patrimonial, no pudiendo ser incluidos consecuentemente en la masa activa*³³.

Es importante destacar que, si bien referidos derechos quedan fuera de la masa activa, no quedan fuera de la misma hipotéticas indemnizaciones extracontractuales que pudiera percibir el concursado por atentados contra alguno de estos derechos

30. El hecho de que contra el Auto del Juez que acuerde con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso no quepa recurso alguno carece de relevancia a efectos prácticos, puesto que el artículo 179 LC permite la reapertura del concurso cuando se dé alguna de las circunstancias que se contienen en el apartado 7 del nuevo 178 bis, circunstancias entre las que se encuentra la mejora de la situación económica del deudor en un plazo de cinco años, previsión que está ideada para aquellos supuestos en los que el deudor mejore de forma importante en su situación económica, pudiendo consecuentemente afrontar las deudas que tuvo en su momento, lo que puede hacer perder la finalidad buscada con este mecanismo de segunda oportunidad a emprendedores que decidan no seguir emprendiendo o hacerlo oculto tras otra persona para evitar que, si su situación económica mejora, tener que hacer frente a las deudas de la anterior actividad.

31. Según la opinión de los magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid en su reunión de fecha 11 de octubre de 2013, en el informe donde la Administración Concursal inste la conclusión del concurso por insuficiencia de masa deberá razonarse y exponerse lo que proceda en cuanto a la exoneración del pasivo, con la formulación de una propuesta al respecto.

32. *Vid.* MATEO SANZ, J. 2004: «Comentario art. 76». En J. SÁNCHEZ-CALERO y V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.) *Comentarios a la Legislación Concursal*. Valladolid: Lex Nova, tomo II, 1533.

33. El artículo 1.111 CC señala expresamente que se exceptúan del derecho de ejecución de los acreedores aquellos bienes y derechos inherentes a la persona. Ejemplos de este tipo de bienes y derechos que no podrán ser incluidos en el patrimonio es el derecho del deudor a la libertad o los derechos morales.

inherentes a la persona. Estas indemnizaciones —tanto las efectivamente percibidas como el propio derecho a reclamarlas— deberán ser incluidas por parte del administrador concursal como integrante de la masa activa del concursado.

4. DERECHO DE ALIMENTOS

4.1. *Derecho de alimentos del deudor*

El legislador concursal ha querido tratar expresamente en el artículo 47 LC una de las prerrogativas más controvertidas³⁴ que concede la Ley Concursal al deudor concursado: el derecho de alimentos³⁵.

La redacción actual del artículo 47 LC³⁶ viene dada por la reforma del año 2011, reforma que, si bien no cambió radicalmente el contenido de referido precepto, sí que introdujo cuestiones novedosas, especialmente el requisito relativo a que el concursado se encuentre en estado de necesidad³⁷ para poder tener derecho a percibir alimentos.

34. En otros ordenamientos como el italiano (art. 47 *Legge Falimentare*), el alemán (• 100 *InsO*) o el portugués (art. 84 *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*) también se prevé esta institución.

35. El derecho de alimentos se encuentra regulado en los artículos 142 y siguientes CC, entendiéndose como alimento todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación de los menores de edad, de los mayores de edad que no hayan terminado su formación y los gastos de embarazo y parto que no estén cubiertos de otro modo. Nos encontramos ante un concepto económico, pues si bien el obligado a dar alimentos puede satisfacer las necesidades de sustento fisiológico del acreedor de alimentos proporcionándole comida estrictamente o proporcionándole habitación en su propio domicilio, con carácter general se entiende que estas obligaciones, sobre todo las concernientes al vestido y la asistencia médica, se satisfacen mediante una pensión periódica (normalmente mensual) que permita al acreedor de alimentos satisfacer con la misma todas sus necesidades mínimas.

36. SANTANA PÁEZ, E., y SENENT MARTÍNEZ, S. 2007: «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el derecho concursal», *Anuario de Derecho Concursal 2007*, núm. 12/2007 3.^a parte, Problemas y Cuestiones. Madrid: Civitas, SA, 165-175 destacan que el artículo 47 LC, más que reconocer un derecho, establece un procedimiento para controlar el modo en el que se hace efectivo, de tal manera que no merme de modo injustificado la masa activa del deudor en perjuicio de sus acreedores.

37. El concepto estado de necesidad es un término que jurídicamente se utiliza para hacer referencia a aquellas situaciones en las que las circunstancias en las que se encuentra una persona justifican que el Derecho le proporcione un especial tratamiento. Nos encontramos ante una institución utilizada fundamentalmente en el ámbito del Derecho Penal debido a las importantes consecuencias que la concurrencia de este especial estado tiene en cuanto a la antijuricidad del comportamiento tipificado. La introducción del estado de necesidad como requisito para la percepción de alimentos por parte del concursado pretende que, solo en aquellas

De igual forma, la nueva redacción puntualiza la circunstancia relativa a la posibilidad del deudor de percibir alimentos siempre que la masa activa tenga bienes bastantes para atender sus necesidades³⁸. Así mismo, el legislador ha eliminado la excepción contenida en la redacción originaria respecto a la extinción automática del derecho de alimentos para el caso de liquidación³⁹.

situaciones extremas donde el deudor no tenga otros bienes con los que vivir dignamente, pueda este percibir lo necesario de la masa activa reservada para la satisfacción de sus acreedores, minorando consecuentemente esta. Con la introducción del requisito relativo a que el deudor se encuentre en estado de necesidad, parece que el legislador busca que el concursado solo pueda afectar la masa activa en el supuesto de que no tenga otra manera de sobrevivir, ya que la anterior redacción permitía al deudor percibir alimentos de su patrimonio con independencia de su situación concreta (tenía derecho a percibir alimentos de la masa aun cuando por ejemplo su cónyuge pudiese proporcionarle los alimentos necesarios para sobrevivir, circunstancia subsanada en la actual redacción ya que, si el concursado tiene otros medios para sobrevivir, no podrá utilizar la masa activa reservada para la satisfacción de sus acreedores). De igual forma, si el concursado se satisface con los alimentos que la masa activa le proporciona, no se encontrará en estado de necesidad para solicitar alimentos a sus parientes según lo contemplado en el Código Civil (artículos 142 a 153). En relación a sus requisitos, *vid.* STS (Sala 2.ª) de 22 de febrero de 1999 (rec. 3315/1997).

38. El legislador ha querido precisar en la redacción del artículo 47 LC que el concursado no solo debe encontrarse en estado de necesidad, sino que también deben existir en la masa activa bienes bastantes para satisfacer sus necesidades y las de su familia. El fundamento que motiva la introducción de esta aclaración parece evidente, puesto que si en la masa activa no hay bienes suficientes, no podrán satisfacerse las necesidades de quien reclama de ella alimentos (*vid.* SAP Ávila de 9 de julio de 2012 (rec. 137/2012) donde se señala que «el régimen legal disciplinado por el artículo 47 de la Ley Concursal no fue quebrantado, pues tal precepto sólo contempla el derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, si en ella existen bienes bastantes, o sea, para caso de ingresos que permitan el pago, periódicos y estables»).

39. La supresión de la referencia a la liquidación en este artículo es consecuencia de la nueva redacción que la reforma del año 2011 también ha otorgado al artículo 145.2 LC en sede de liquidación, suprimiendo la extinción del derecho de alimentos que la apertura de la liquidación producía automáticamente con la redacción originaria de la Ley Concursal. La redacción actual elimina este automatismo e introduce la excepción al cese en la percepción de referidos alimentos con la apertura de la fase de liquidación en los supuestos en que continuar recibiendo alimentos sea imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho o descendientes bajo su potestad. Creemos que esta nueva excepción no añade nada, puesto que es precisamente la circunstancia de que los bienes y derechos inembargables del deudor no sean suficientes para que este y su familia vivan con dignidad lo que produce que la Administración Concursal o el Juez del Concurso tengan que acordar conceder una cuantía adicional con cargo a la masa activa en concepto de derecho de alimentos. Con la apertura de la fase de liquidación y salvo que la situación del deudor cambie radicalmente (extremo poco probable cuando se va a liquidar todo su patrimonio para el pago de deudas) el deudor seguirá necesitando de esa cuantía adicional para atender sus necesidades y las de su

Debemos analizar la repercusión que tiene referido derecho a efectos de confeccionar el informe por parte de la Administración Concursal. Evidentemente, este derecho de alimentos tiene su origen en la masa activa del deudor, puesto que es el patrimonio del concursado el que debe hacer frente a ese mínimo para subsistir. Sin embargo, la excepción del principio de universalidad contenido en el artículo 76.2 LC es clara al señalar que no forman parte de la masa activa los bienes inembargables. Por lo tanto, nos encontramos ante una serie de bienes que forman parte del patrimonio del deudor, pero que no van a integrar el inventario que confeccione la Administración Concursal.

Lo que se pretende es dar cabida a que el deudor mantenga lo imprescindible para vivir, alimentos que deberán sumarse al resto de bienes del deudor que son inembargables por Ley, cuestión siempre delicada porque no olvidemos que se está haciendo recaer sobre los acreedores la carga de alimentar al deudor. Nos encontramos, por tanto, ante un complemento de los bienes y derechos inembargables del deudor, ya que este percibirá alimentos con cargo a la masa activa cuando no perciba ningún tipo de salario o pensión con el que poder satisfacer sus necesidades y las de su familia, siempre y cuando con los bienes y derechos inembargables que no forman parte de la masa activa no pueda satisfacer referidas necesidades⁴⁰. Es importante no confundir el patrimonio inembargable del deudor con el derecho de alimentos que éste pueda tener, ya que el segundo se configura en todo caso como un complemento amplio del primero.

4.2. *Ubicación del derecho de alimentos en la lista de créditos contra la masa*

La solución adoptada por el legislador ha sido la de incluir referido derecho de alimentos entre los créditos contra la masa (84.2.4.º LC), creando una ficción jurídica más o menos acertada que permite al deudor tener un derecho de crédito sobre su propio patrimonio. Aunque quizás la fórmula no es la más oportuna, sí que es cierto que este derecho de alimentos encaja con el carácter de preducibilidad de los créditos contra la masa, ya que son bienes que se sustraen previamente de referida masa.

Sin embargo, no encontramos en el crédito por alimentos a favor del propio deudor otras de las características de los créditos contra la masa⁴¹, ya que no estamos ante un crédito necesario para el buen fin del procedimiento concursal, ni para hacer posible el mismo, ya que el hecho de que el deudor perciba alimentos de la masa o no no impide

familia, por lo que realmente el derecho de alimentos no se extinguirá hasta la conclusión del procedimiento.

40. En igual sentido SENENT MARTÍNEZ, S., «El concurso de la persona física». En P. PRENDES CARRIL y A. MUÑOZ PAREDES (dirs.): *Tratado Judicial...* op. cit. 745.

41. Tomamos como referencia de las características de los créditos contra la masa al profesor BELTRÁN. Vid. ROJO, A., BELTRÁN, E., «Comentario art. 74» en *Comentario...* op. cit. 1501.

que el procedimiento concursal continúe. Igualmente es discutible que estemos ante gastos del concurso, puesto que los alimentos no son cantidades que deban satisfacerse para poder incoar el procedimiento ante los tribunales. Tampoco encaja como un crédito que temporalmente se hubiese devengado tras la declaración del concurso, puesto que es la propia declaración del mismo la que origina que la masa deba soportar el derecho de alimentos, surgiendo de esta forma simultáneamente.

Por todo ello, creemos que la única justificación que parece tener la inclusión de los alimentos del deudor como un crédito contra la masa es una cuestión de mera política legislativa. En este sentido, pensamos que, teóricamente, el tratamiento como crédito contra la masa no es el más acertado por cuanto como decimos, ni cumple con las características propias de este tipo de créditos ni estamos ante un acreedor del concursado. Sin embargo, sí que es cierto que nos encontramos ante la percepción por parte del deudor de un mínimo vital para poder subsistir tanto él como su familia, mínimo que está garantizado por Ley. Por todo ello parece que lo más coherente es encuadrado como crédito contra la masa, especialmente por el principio de preducibilidad y preferencia en el cobro del que gozan referidos créditos. Además, la cualidad de créditos extraconcursoales que tienen los créditos contra la masa, hace que se antoje más procedente situar aquí este tipo de derecho del concursado sobre su propio patrimonio que en cualquier categoría de crédito concursal.

4.3. *Cuantía y periodicidad del derecho de alimentos*

Para el supuesto de que las facultades del deudor hayan sido solo intervenidas, el precepto conmina a la Administración Concursal a fijar la cuantía y periodicidad en la percepción de referidos alimentos, encomendándose al Juez del concurso esta función cuando las facultades del deudor hayan sido suspendidas⁴². Entendemos como muy relevante que sea la Administración Concursal quien determine en caso de intervención de las facultades del deudor la cuantía y la periodicidad de los alimentos, y que en el supuesto de suspensión de facultades, aunque sea el Juez quien va a tomar referida decisión, la Administración Concursal sea oída, puesto que insistimos en que es la Administración Concursal la que mejor conocimiento tiene de las necesidades del deudor y quien consecuentemente cuenta con elementos de juicio para determinar estos aspectos.

42. DÍAZ ALABART, S. 2004: «Comentario art. 47». En R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, tomo I, 416 alerta que, aunque en la redacción del precepto parece que ninguna relevancia tiene la Administración Concursal a la hora de determinar los alimentos en los supuestos de suspensión de las facultades del deudor, debe considerarse que el Juez del concurso, al resolver sobre los alimentos, escuchará al respecto a la Administración Concursal.

En lo relativo al momento en el que el deudor o terceros comienzan a percibir alimentos, a tenor del artículo 47 LC se producirá desde que los mismos se encuentren en estado de necesidad. Lo previsible será que con la propia declaración de la insolvencia ya no puedan percibir referidos alimentos por sí mismos y tengan que ser fijados con cargo a la masa activa, por lo que lo normal es que en el Auto de declaración de concurso se recoja la necesidad de fijar el derecho de alimentos a favor del concursado y de su familia.

En referida resolución judicial no podrá resolverse sobre su cuantía, puesto que en este momento procesal la Administración Concursal no habrá aceptado todavía su cargo, por lo que será tras el nombramiento del órgano técnico cuando puedan fijarse referidos alimentos⁴³. En todo caso la fijación de la cuantía de los alimentos será provisional, puesto que hasta que la Administración Concursal no confecciona su informe, no habrá tenido la posibilidad de analizar en profundidad la situación patrimonial del concursado y comprobar si la masa activa puede o no soportar la cuantía inicialmente fijada⁴⁴. Por ello entendemos que, aunque la Ley no lo prevea expresamente, si del informe de la Administración Concursal se desprende que la cuantía de los alimentos fijada a raíz de la declaración del concurso es excesiva en relación a las posibilidades de la masa activa, esta deberá ser rebajada hasta adecuarla a lo que la masa puede soportar⁴⁵.

Para tomar esta decisión, la Administración Concursal deberá atender a dos factores: por un lado, al montante que representa la masa activa ya que, en función de la capacidad económica de la masa, podrá hacerse frente o no a este derecho de alimentos, y, por el otro, a las necesidades reales del deudor concursado y su familia,

43. Nos parece interesante destacar el AJMer n.º 3 Barcelona de 29 de diciembre de 2004 (proc. 69/2014) por el que se declara el concurso de un matrimonio, en el que se dispone que el administrador concursal realice sendos informes independientes de cada una de las personas físicas que integran la unión conyugal, señalando, en lo relativo a los alimentos del concursado, que se convoca a estos y a la Administración Concursal a una reunión para determinar los mismos.

44. Entre otras cosas porque hasta ese momento no podrán conocerse concretamente los bienes y derechos inembargables del deudor y determinar, por tanto, si con los mismos pueden satisfacerse o no las necesidades alimenticias del concursado y su familia.

45. Más complicado será que con la presentación del informe tenga que modificarse la cuantía de alimentos al alza debido a que se compruebe que la masa activa es mayor que lo que se esperaba en un primer momento cuando fue fijada esta provisionalmente, puesto que como se argumentará más adelante, el deudor debe percibir lo necesario para sobrevivir dignamente, por lo que si este mínimo vital fue fijado por la Administración Concursal y con él se atienden perfectamente las necesidades del deudor y su familia, aunque la masa activa sea mayor, deberá mantenerse.

puesto que no son iguales las necesidades de un deudor con cargas familiares que sin ellas⁴⁶.

A pesar de lo expuesto, entendemos que realmente la cuantía de los alimentos no dependerá estrictamente de la masa activa del deudor, puesto que, aunque la misma sea muy importante, el deudor solo deberá percibir lo mínimo para sobrevivir con dignidad. No debemos olvidar que la función de la masa activa es satisfacer a los acreedores, por lo que, con independencia de las posibilidades reales de la masa, el deudor debe percibir por este concepto lo necesario.

En este sentido es indiferente que el concursado haya tenido o no un alto nivel de vida con carácter previo a la declaración de concurso, puesto que los alimentos que va a percibir vendrán determinados estrictamente por sus necesidades y las de su familia⁴⁷. Fundamentamos nuestra postura en que la masa activa debe atacarse lo menos posible porque, como decimos, esta debe servir para satisfacer a los acreedores. De igual forma, es importante recordar la vigencia del artículo 1911 CC, por lo que el deudor deberá hacer frente a sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros (salvo el mínimo legal para sobrevivir dignamente). Por último, el principio de conservación y administración de la masa activa contenido en el artículo 43 LC insta a que esta sea conservada del modo más conveniente posible. Todo ello nos lleva a entender que el deudor deberá percibir alimentos en función de sus necesidades, pero estas necesidades deberán estar determinadas por sus cargas familiares efectivas, no por el nivel de vida que pudiese llevar antes de la declaración de concurso.

Sin embargo, la importancia de la capacidad económica de la masa activa sí que adquiere relevancia cuando la misma sea escasa, ya que si esta no puede hacer frente a los alimentos que el deudor necesita percibir en función de sus necesidades, podría entenderse que proporcionalmente se le concediese una cuantía inferior en función de lo que la masa activa pudiese efectivamente soportar⁴⁸.

46. Referidas necesidades deberán ser acreditadas por el deudor. *Vid.* en este sentido AJMer n.º 1 de Bilbao de 24 de marzo de 2009 (Concurso 219/2008) donde la ausencia de explicación por parte de la concursada en relación a sus circunstancias particulares lleva a la Administración Concursal a carecer de dato alguno para fijar la cuantía de los alimentos en función de sus necesidades, circunstancia que obliga a fijar la cuantía de los mismos de acuerdo con el Indicador Público de Renta a Efectos Múltiples (IPREM).

47. Si con sus bienes y derechos inembargables no puede hacerlo, percibirá alimentos hasta poder sobrevivir con dignidad, nada más.

48. O incluso no percibir nada. *Vid.* en este sentido, SAP Ávila de 12 de diciembre de 2011 (rec. 249/2011) donde se recoge literalmente lo siguiente: «En cuanto a la posibilidad del administrador concursal de condicionar el pago de alimentos a que existan recursos propios que lo permitan, ha de matizarse que no debe considerarse un sometimiento a condición dicha aseveración sino a la plasmación de la más elemental norma de sentido común: no puede el alimentante (masa activa) dar al alimentista (concurado) lo que no tiene, de modo que podría resumirse su postura en la regla más simple posible: “si hay Sí, si no hay No”, como haría cualquier persona administrando su propia economía doméstica».

En todo caso, la variabilidad de los conceptos que pueden influir a la hora de fijar la cuantía de la prestación, conlleva que haya que estar al caso concreto.

En lo relativo a la periodicidad con la que se satisficiera al deudor, lo normal es que la Administración Concursal fije esta prestación de manera mensual⁴⁹. No obstante, no existiría impedimento alguno para que se fijara con otra periodicidad, si hubiese circunstancias que lo aconsejaran o lo hicieran más conveniente⁵⁰.

Al tratarse de una obligación que se prolonga en el tiempo, debe tenerse en cuenta la posibilidad de modificar tanto la cuantía como la periodicidad establecida. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 47.1 LC contempla de un modo un tanto confuso la posibilidad de acudir a esta modificación. La literalidad del precepto parece hacer referencia a que solo en aquellos supuestos de suspensión de las facultades del deudor podrá acudirse a la modificación. No obstante, entendemos que con fundamento en las más elementales normas del sentido común, si se produce una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para el establecimiento de la cuantía y la periodicidad de los alimentos, cualquiera de las partes legitimadas podrán acudir al Juez del Concurso para que, previa audiencia de los interesados, instar esta modificación, con independencia de si las facultades del deudor se encuentran suspendidas o meramente intervenidas⁵¹.

Entendemos que tanto en un supuesto —derecho de alimentos a favor del deudor— como en otro —derecho de alimentos a favor de terceros— la Administración Concursal incorporará en la relación de créditos contra la masa referido derecho, especificando en cada caso el beneficiario de la prestación reconocida.

Relacionado con todo ello y debido a las especiales implicaciones que tiene para los acreedores la fijación de un derecho de alimentos amplio para el deudor (recordemos que será la masa activa la que soporte referido derecho de alimentos) debemos preguntarnos la posibilidad de impugnar la fijación de la cuantía y periodicidad de los alimentos establecida previamente. La Jurisprudencia⁵² ha señalado en relación a ello que no puede acudirse por la vía de la impugnación del informe de la Administración

49. El artículo 148 CC señala con carácter general que, en la obligación de dar alimentos, se verificará el pago por meses anticipados.

50. Por ejemplo, que el patrimonio del concursado percibiese ingresos derivados de su actividad económica de forma trimestral. Esta situación podría hacer conveniente que los alimentos que se proporcionasen al deudor se realizaran con la misma periodicidad con la que la masa percibe referidos ingresos.

51. Así lo ha entendido también la doctrina. Vid por todos HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. 2011: «Repercusiones de la declaración de concurso en la prestación civil de alimentos». *RDCP*, 2011, n.º 14, Sección Varia, Primer semestre, 173.

52. *Vid.* S.JMer n.º 1 Baleares de 2 de noviembre de 2007 (proc. 390/2006).

Concursal (lista de acreedores), particularmente la impugnación de los créditos contra la masa, sino que debe hacerse por el propio trámite del artículo 47 LC⁵³.

4.4. *Deber de alimentos del deudor*

Por último, por las importantes consecuencias que tiene para la lista de acreedores, también debe hacerse referencia a la posibilidad de que existan terceros respecto de los cuales el concursado tenga deber de alimentos⁵⁴. En este sentido, el último inciso del artículo 47.2 LC determina que la obligación de prestar alimentos por parte del deudor (que no debe confundirse con el derecho que tiene este a percibir para sí mismo y su familia alimentos) se satisficiera con cargo a la masa si la obligación es anterior a la declaración de concurso —es decir, si la resolución judicial que le obliga a prestarlos es previa al Auto de declaración de concurso— siempre que estos terceros no tengan otra persona que legalmente esté obligada a proporcionárselos.

La Ley advierte que como crédito contra la masa se satisficiera la cuantía que señala el juez del concurso y el exceso —si lo hay— irá como crédito concursal ordinario, concediéndose en este aspecto al Juez la posibilidad de que, en función de las necesidades de la masa, determine qué parte de las obligaciones alimenticias del concursado se satisfacen con cargo a la masa y cuáles como crédito ordinario⁵⁵. El inciso destacado fue introducido con la reforma del año 2011 y viene a responder a las reivindicaciones de la doctrina⁵⁶ a consecuencia de la aparente contradicción existente entre la facultad del Juez para decidir sobre la procedencia y cuantía de la obligación

53. Creemos que esta apreciación es un tanto confusa puesto que el artículo 47 LC no señala trámite alguno para que los acreedores impugnen la decisión de la Administración Concursal —en caso de suspensión de facultades del deudor— o del Juez —en caso de intervención—. La manera que en su caso tendrían los acreedores de impugnar la decisión del Juez sería recurriendo en reposición el Auto que fije los alimentos del deudor (197.3 LC) aunque no parece muy claro cómo debe procederse para impugnar la decisión cuando esta haya sido tomada por la Administración Concursal.

54. Destacamos la SAP Palencia de 2 de octubre de 2007 (rec. 224/2007), donde se recoge que la entrega de la concursada a su hijo de la cantidad de quince mil euros no puede considerarse como que se efectúe en concepto de alimentos, puesto que el hijo tiene trabajo e ingresos propios. Rechaza de esta forma la Audiencia Provincial palentina el razonamiento de la Juzgadora de Instancia que englobó referida entrega bajo una acepción amplia del concepto de alimentos.

55. Esta es una potestad con la que el Juez del Concurso debe tener suma cautela, ya que, en determinados procedimientos, el hecho de no reconocer parte de la cuantía del derecho de alimentos fijada en una resolución judicial previa como crédito contra la masa, supone de facto que el alimentista no perciba referida cantidad.

56. *Vid.* NANCLARES VALLE, J., «Comentario art. 79». En F. CORDÓN MORENO (dir.): *Comentarios... op. cit.*, 546.

de prestar alimentos del deudor recogida en resolución judicial (artículo 47 LC) y la extensión como crédito contra la masa de la totalidad de la prestación alimenticia fijada en resolución judicial (que señalaba el artículo 84.2.4.º LC).

Por esta razón, el legislador aclara con esta última parte del artículo 47 LC que cuando la obligación de alimentos se recoja en resolución judicial previa a la declaración de concurso, el Juez puede decidir qué parte se reconoce como crédito contra la masa y cuál como crédito ordinario⁵⁷. De ello cabe deducir en sentido contrario que las resoluciones judiciales posteriores a la declaración de concurso dictadas en procedimientos que establezcan la obligación del concursado de prestar alimentos serán consideradas en toda su extensión como crédito contra la masa en consonancia con el artículo 84.2.4.º LC, precepto que de igual forma ha adicionado con la reforma de la Ley en el año 2011 la consideración como crédito contra la masa de las prestaciones de alimentos que nazcan de una resolución dictada con anterioridad a la declaración de concurso pero que se devenguen⁵⁸ con posterioridad a referida declaración. Ello es igualmente consecuente con el RD 1/2015 de mecanismo de segunda oportunidad que ha adicionado un nuevo párrafo al artículo 92.5.º LC a medio del cual se exceptiona de la subordinación propia de los créditos de los que fuera titular una persona especialmente relacionada con el deudor los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso, los cuales tendrán la consideración de crédito ordinario.

La facultad que se concede al Juez para decidir en determinadas situaciones (prestaciones de alimentos nacidas con anterioridad a la declaración de concurso) la consideración como crédito contra la masa o como crédito concursal del derecho de estos acreedores sustrae a la Administración Concursal de esta función que ejerce en exclusiva para el resto del informe, lo que nos lleva a preguntarnos la conveniencia del cambio. Insistimos en que quien mejor conoce el estado de la masa activa es el órgano técnico concursal, siendo el más capacitado para decidir la ordenación de las prestaciones contra la masa del concursado. Hubiese sido deseable, por tanto, que

57. Respecto de esta facultad, YÁÑEZ RIVERO, F. 2007: «¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el Concurso y en la ejecución singular?». *Actualidad Civil*, 2007, n.º 19, Sección a Fondo, Quincena del 1 al 15 noviembre, tomo 2, p. 2209 puntualiza que prima facie podrían parecer desorbitadas las funciones del Juez que conoce del concurso en un ámbito no específico de su competencia, pero que, sin embargo, no debe descuidarse que, en realidad, lo que hará este Juez es decidir en qué medida los alimentos se satisfarán con cargo a la masa. Recalca la autora que la misión del Juez del concurso no es la de modificar el contenido de la resolución dictada por el Juez civil en esta materia, sino particularizarla a las peculiares circunstancias de la masa concursal ante la que se encuentra.

58. Entendemos que el legislador se refiere a que comiencen a devengarse, es decir, que aunque la obligación haya nacido previamente a la declaración de concurso, la primera cuota deba satisfacerse cuando el procedimiento ya ha sido declarado, buscando evitar perjudicar el crédito del acreedor de alimentos por una diferencia mínima de días entre la resolución judicial de reconocimiento de la prestación de alimentos y la declaración de concurso del obligado a ello.

la redacción del precepto al menos señalase que la decisión fuese tomada por el Juez con el asesoramiento de la Administración Concursal.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BELLIDO, R. 2004: «Comentario art.176». En A. ROJO y E. BELTRÁN: *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Civitas, tomo II, 2628.
- BELTRÁN. Vid. ROJO, A. y BELTRÁN, E. 2004: «Comentario art. 74». En A. ROJO, E. BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, tomo I, 1501.
- BENAVIDES VELASCO, P. 2018: «Nuevas «oportunidades» para una regulación sobre la exoneración del pasivo insatisfecho» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2018, n.º 28, Sección Estudios, Primer semestre.
- BLANCO SARALEGUI, J. M. 2013: *La conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa*, Madrid: Fe d'erratas, 22.
- DÍAZ ALABART, S. 2004: «Comentario art. 47». En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Tecnos, tomo I, p. 416.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R. 2014: «Exoneración de deudas y “fresh start”: Ley Concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de dos mil catorce». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2014, n.º 22, Sección Comunicaciones, Segundo semestre: 393-405.
- FRAMIÑÁN SANTAS, J. 2012: «Ilíquidez transitoria y presupuesto objetivo del concurso: experiencia alemana y derecho español». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2012, n.º 17, Sección Reseña legislativa española y comparada, Segundo semestre: 299.
- GÓMEZ ASENSIO, C. 2015: «RDley 1/2015 y mecanismo de segunda oportunidad: una paradójica reforma». *Diario La Ley*, 2015, n.º 8514, Sección Tribuna, 8 de abril, Ref. D-136.
- GONZÁLEZ LECUONA, M. 2010: «Comentario art. 5». En F. CORDÓN MORENO (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2.ª edición, tomo I, 134-146.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. 2011: «Repercusiones de la declaración de concurso en la prestación civil de alimentos». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, n.º 14, Sección Varia, Primer semestre: 173.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 2012: «De la declaración de concurso». En P. PRENDES CARRIL y A. MUÑOZ PAREDES (dirs.): *Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo II, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 572-575.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. 2012: «La estructura del proceso concursal». En *El Proceso Concursal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 464.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. 2005: *La limitación de las facultades patrimoniales del concursado*. Madrid: Aranzadi Civil, n.º 13, 17-63.
- MARQUÉS VILALLONGA, J. M.ª 2011: «La inembargabilidad de determinados bienes: un fresh start en nuestro sistema concursal». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, n.º 15, Sección Comunicaciones, Segundo semestre: 223-231.
- MATEO SANZ, J. 2004: «Comentario art. 76». En J. SÁNCHEZ-CALERO y V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.) *Comentarios a la Legislación Concursal*, Valladolid: Lex Nova, Tomo II, 1533.

- MIRANDA SERRANO, L. 2014: «¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?». *Diario La Ley*, 2014, n.º 8276, Sección Doctrina, 21 de marzo, Año XXXV, Ref. D-95.
- NANCLARES VALLE, J. 2010: «Comentario art. 79». En F. CORDÓN MORENO (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2.ª edición, tomo I, 546.
- NIETO DELGADO, C. 2016: «Los presupuestos del concurso de acreedores». En A. CAMPUZANO y E. SANJUÁN Y MUÑOZ (dirs.): *El Derecho de la Insolvencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 244.
- PULGAR EZQUERRA, J. 2007: «Los concursos de acreedores sin masa activa ab initio: un problema a resolver». *Diario La Ley*, 2007, n.º 6696, Sección Doctrina, 19 de abril, Año XXVIII, Ref. D-96.
- PULGAR EZQUERRA, J. (dir.) 2012: *El Concurso de Acreedores*. Madrid: La Ley, 160.
- SANTANA PÁEZ, E., y SENENT MARTÍNEZ, S. 2007: «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el derecho concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, 2007, núm. 12, 3.ª parte, Problemas y Cuestiones. Madrid: Civitas, SA, 165-175.
- SENDRÁN ALBIÑANA, A. 2017: «El momento de la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho». *La Ley mercantil*, 2017, n.º 36, Sección Empresa y empresario, mayo.
- SENENT MARTÍNEZ, S. 2012: «La reforma de la Ley Concursal y la Conclusión y reapertura del concurso» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2012, n.º 16, Sección Estudios, Primer semestre: 171.
- SENENT MARTÍNEZ, S. 2012: «El concurso de la persona física». En P. PRENDES CARRIL, y A. MUÑOZ PAREDES (dirs.): *Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo II, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 745.
- SENENT MARTÍNEZ, S. 2015: «El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2015, n.º 23, Sección Varia, Segundo semestre.
- VELA TORRES, P. J. 2017: «Especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2017, n.º 27, Sección Ponencias y Estudios / V Congreso Internacional «Reestructuración societaria», Segundo semestre.
- YÁÑEZ RIVERO, F. 2007: «¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?», *Actualidad Civil*, 2007, n.º 19, Sección a Fondo, Quincena del 1 al 15 noviembre, tomo 2, 2209.