



UNIVERSIDAD DE MURCIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

El Crédito por Intereses
en el Concurso

D^a. María Martínez-Moya Fernández

2014

UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DERECHO PRIVADO



**EL CRÉDITO POR INTERESES
EN EL CONCURSO**

**MEMORIA DE TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR LA LICENCIADA**

María Martínez-Moya Fernández

**Bajo la dirección del doctor
D. EMILIO J. LÁZARO SÁNCHEZ**

Murcia, 2014

INTRODUCCIÓN	13
--------------------	----

PARTE I

EL CRÉDITO POR INTERESES

I. INTRODUCCIÓN	23
II. APROXIMACIÓN A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL INTERÉS	25
III. LOS INTERESES RETRIBUTIVOS	30
1. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO DE DINERO A INTERÉS	30
A) EL PRÉSTAMO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO	30
B) EL PRÉSTAMO COMO CONTRATO DE CRÉDITO	32
C) SU CARÁCTER REAL O CONSENSUAL	35
D) SU CARÁCTER UNILATERAL O BILATERAL	40
a) <i>La causa del contrato de préstamo de dinero</i>	42
b) <i>El plazo de devolución</i>	43
E) LA RECIPROCIDAD DE SUS OBLIGACIONES. EL PACTO DE INTERÉS	47
F) ESPECIALES CONSECUENCIAS DE LA BILATERALIDAD DEL CONTRATO Y DE LA RECIPROCIDAD DE SUS OBLIGACIONES	58
a) <i>Aplicabilidad del artículo 1124 Cc</i>	59
b) <i>Aplicabilidad de los artículos 61 a 63 LC</i>	63
2. CARACTERÍSTICAS DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS	65
IV. LOS INTERESES MORATORIOS	85
1. SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS	85
2. REQUISITOS PARA EL DEVENGO DE INTERESES MORATORIOS	86
A) EL CARÁCTER PECUNIARIO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL	86
B) LA MORA DEL DEUDOR Y SUS REQUISITOS	88
3. EFECTOS DE LA MORA DEL DEUDOR PECUNIARIO	90
4. CARACTERÍSTICAS DE LOS INTERESES MORATORIOS	95
V. LOS INTERESES COMPENSATORIOS	101
VI. REPLANTEAMIENTO DE UN CONCEPTO UNITARIO DE INTERÉS	104

VII. DISTINCIÓN Y SEMEJANZA DE LOS INTERESES DE OTRAS FIGURAS AFINES	105
1. LOS APLAZAMIENTOS RETRIBUIDOS COMO PACTOS ACCESORIOS DE OTROS CONTRATOS	106
2. LAS RENTAS	106
3. LOS RECARGOS	109
4. LOS DESCUENTOS FINANCIEROS	111
5. LOS INTERESES PROCESALES Y OTROS SUPUESTOS DE INTERESES LEGALES ESPECIALES	113
6. LA CLÁUSULA PENAL	116
7. LOS DIVIDENDOS O PARTICIPACIÓN EN BENEFICIOS	118
8. LAS COMISIONES Y LOS GASTOS BANCARIOS	120

PARTE II

LOS INTERESES Y EL CONCURSO

CAPÍTULO PRIMERO

LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES COMO EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

I. INTRODUCCIÓN	127
II. ANTECEDENTES DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	129
1. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES Y EN LA QUIEBRA	129
A) LAS PREMISAS DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO DE ACREEDORES Y QUIEBRA.	130
<i>a) El principio de universalidad y el carácter de ejecución colectiva de los procedimientos de concurso de acreedores y quiebra.</i>	130
<i>b) El vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo en el concurso de acreedores y la quiebra</i>	131
B) LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES Y EN LA QUIEBRA	134

a) <i>La suspensión como consecuencia natural de otros efectos ligados a la declaración concursal</i> -----	134
b) <i>La equidad como finalidad y justificación de la suspensión del devengo de intereses</i> -----	138
c) <i>Las exigencias formales, técnico-prácticas, del procedimiento como finalidad y justificación de la suspensión del devengo de intereses</i> -----	141
2. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS-----	142
III. OTROS ANTECEDENTES DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES -----	146
1. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL DERECHO COMPARADO-----	146
2. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN LOS SUCESIVOS PROYECTOS DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL-----	147
3. EL ITINERARIO PARLAMENTARIO DEL ARTÍCULO 59 LC -----	149
IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL SISTEMA DE LA LEY CONCURSAL -----	152
1. LA TESIS MAYORITARIA: LA PLENA JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE TODO TIPO DE INTERESES-----	152
2. CRÍTICA A LA TESIS MAYORITARIA. LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA REGLA DE SUSPENSIÓN DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS. -----	154
A) LAS PREMISAS DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL SISTEMA DE LA LEY CONCURSAL -----	156
B) LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES MORATORIOS -----	156
C) LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES RETRIBUTIVOS -----	158
V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL EFECTO DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES -----	163
1. LOS INTERESES Y LAS FIGURAS AFINES O ASIMILADAS-----	163
2. CRITERIO TEMPORAL PARA LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA SUSPENSIÓN -----	164

3. CRITERIO MATERIAL PARA LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA SUSPENSIÓN: LA INCLUSIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS Y LA EXCLUSIÓN DE LOS RETRIBUTIVOS. LA INTERPRETACIÓN GRAMATICAL-----	166
A) LA DICOTOMÍA ENTRE INTERESES «LEGALES» Y «CONVENCIONALES» ----	167
B) LA EXCEPCIÓN DE LOS CRÉDITOS SALARIALES, SÓLO MORATORIOS -----	169
C) LA EXCEPCIÓN DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL QUE SERÁN EXIGIBLES «HASTA DONDE ALCANCE LA RESPECTIVA GARANTÍA»-----	170
D) LA REACTIVACIÓN DEL DEVENGO EN CASO DE CONVENIO AL «TIPO LEGAL O AL CONVENCIONAL SI FUERE MENOR» -----	171
E) LA REACTIVACIÓN DEL DEVENGO EN CASO DE LIQUIDACIÓN AL «TIPO CONVENCIONAL» -----	173
4. OTROS SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO MATERIAL DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES -----	174
A) LOS CRÉDITOS DE LA MASA-----	174
B) LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA -----	175
C) LOS CRÉDITOS CON DERECHO DE SEPARACIÓN -----	176
D) CRÉDITOS CON RESPONSABILIDAD DE TERCERO-----	177
VI. LAS EXCEPCIONES A LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES-----	178
1. INTERESES DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL-----	178
A) ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA-----	178
B) LA EXTENSIÓN DE LA EXCEPCIÓN -----	180
<i>a) Las figuras asimiladas a las genuinas garantías reales (arrendamiento financiero, reserva de dominio, prohibición de disponer y condición resolutoria)</i> -----	180
<i>b) Los créditos refaccionarios</i> -----	183
<i>c) Los créditos con privilegio general</i> -----	184
<i>d) Intereses retributivos y/o moratorios</i> -----	184
C) LÍMITES A LA CONTINUACIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL-----	186
2. INTERESES DE LOS CRÉDITOS SALARIALES-----	191
A) ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA-----	191
B) DETERMINACIÓN DE LOS CRÉDITOS OBJETO DE LA EXCEPCIÓN-----	192
<i>a) Créditos salariales «reconocidos»</i> -----	192

<i>b) Créditos salariales stricto sensu</i> -----	192
<i>c) Régimen de los distintos rangos del crédito salarial</i> -----	193
<i>d) Los casos de sustitución del acreedor salarial</i> -----	195
C) EL INTERÉS LEGAL DEL DINERO COMO LÍMITE A LA EXCEPCIÓN-----	197
D) LA CALIFICACIÓN DE LOS INTERESES POSTCONCURSALES DEL CRÉDITO SALARIAL-----	197
VII. EL ALCANCE DEL EFECTO DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES -----	199
1. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO -----	200
2. LA REACTIVACIÓN DEL DEVENGO ANTE LA SOLUCIÓN DE CONVENIO -----	201
A) PREMISAS Y CONDICIONES DE LA REACTIVACIÓN -----	201
B) ÁMBITO DE LA REACTIVACIÓN EN EL CONVENIO-----	202
C) CONTENIDO Y LÍMITES DEL PACTO DE REACTIVACIÓN -----	205
3. LA REACTIVACIÓN DEL DEVENGO ANTE LA SOLUCIÓN DE LIQUIDACIÓN -----	207

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES

I. INTRODUCCIÓN -----	213
II. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA FIGURA DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS -----	214
1. ORIGEN DE LA FIGURA DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN EL DERECHO COMPARADO -----	214
A) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO-----	215
B) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA -----	217
C) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN PORTUGAL -----	220
2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA SUBORDINACIÓN CREDITICIA -----	222
3. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY CONCURSAL Y SUS REFORMAS POSTERIORES -----	224

III. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL CRÉDITO SUBORDINADO ----- 225

IV. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TITULAR DE CRÉDITO SUBORDINADO ----- 227

1. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS ANTE LA FASE COMÚN.-----	229
A) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA DECLARACIÓN DE CONCURSO-----	229
B) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA COMPOSICIÓN Y RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL -----	230
C) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y EL RECONOCIMIENTO Y GRADUACIÓN DE CRÉDITOS -----	231
D) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y EL MANTENIMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUIDAS A FAVOR DEL CRÉDITO -----	233
2. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS ANTE EL CONVENIO -----	234
A) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA TRAMITACIÓN DEL CONVENIO -----	234
a) <i>Los créditos subordinados y la tramitación del convenio anticipado -----</i>	<i>234</i>
b) <i>Los créditos subordinados y la tramitación ordinaria del convenio -----</i>	<i>236</i>
c) <i>Los créditos subordinados y la aprobación del convenio-----</i>	<i>238</i>
B) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y EL CONTENIDO DEL CONVENIO -----	242
a) <i>Los créditos subordinados y las quitas y esperas del convenio -----</i>	<i>243</i>
b) <i>Los créditos subordinados y la asunción de nuevas obligaciones ----</i>	<i>247</i>
c) <i>Los créditos subordinados y las propuestas alternativas de convenio -----</i>	<i>248</i>
d) <i>Los créditos subordinados y el respeto a la clasificación crediticia y el plan de pagos -----</i>	<i>250</i>
C) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA EFICACIA DEL CONVENIO-----	252
a) <i>Los créditos subordinados y la eficacia novatoria del convenio-----</i>	<i>252</i>
b) <i>Los créditos subordinados y la eficacia de las esperas acordadas ---</i>	<i>253</i>
c) <i>Los créditos subordinados y la eficacia de las quitas acordadas-----</i>	<i>257</i>
d) <i>Los créditos subordinados y los efectos de la aceptación de propuestas alternativas -----</i>	<i>259</i>
e) <i>Los créditos subordinados y el mantenimiento de las obligaciones de terceros-----</i>	<i>260</i>
D) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO -----	262
a) <i>La legitimación de los titulares de créditos subordinados para la acción de incumplimiento del convenio -----</i>	<i>263</i>
b) <i>Los efectos de la declaración de incumplimiento en los créditos</i>	

<i>subordinados</i> -----	264
3. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS ANTE LA LIQUIDACIÓN-----	265
A) LA LIQUIDACIÓN Y LA PRELACIÓN DE COBRO DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS-----	266
B) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y EL PAGO ANTICIPADO Y A CUENTA EN LA LIQUIDACIÓN-----	267
C) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA COORDINACIÓN CON PAGOS ANTERIORES EN FASE DE CONVENIO-----	268
D) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL-----	269
V. LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES-----	270
1. INTRODUCCIÓN-----	270
2. EL ITINERARIO PARLAMENTARIO DE LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES Y MODIFICACIONES POSTERIORES-----	271
3. <i>RATIO</i> DE LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES---	273
A) PLANTEAMIENTO Y PREMISAS-----	273
B) ANÁLISIS DE LAS RAZONES VERTIDAS PARA LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR TODO TIPO DE INTERESES-----	276
<i>a) La accesoriadad (dependencia) de los intereses respecto del principal</i> -----	276
<i>b) Secundariedad de la deuda de intereses</i> -----	277
<i>c) La garantía del trato igualitario entre acreedores de la misma categoría</i> -----	278
C) LA RAZONABILIDAD DE LA SUBORDINACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS-----	280
D) LA ARBITRARIEDAD DE LA SUBORDINACIÓN DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS-----	281
4. EL ÁMBITO MATERIAL DE LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES-----	283
A) LA SUBORDINACIÓN SE EXTIENDE EXCLUSIVAMENTE A LOS INTERESES MORATORIOS-----	283
<i>a) La interpretación literal del artículo 92.3º LC</i> -----	283
<i>b) La incoherencia de la subordinación de los intereses retributivos</i> ---	284
<i>c) [In]constitucionalidad de la subordinación del crédito por intereses retributivos</i> -----	285
B) LA EXCEPCIÓN DE LOS INTERESES DE CRÉDITOS CUBIERTOS CON	

GARANTÍA REAL -----	288
5. EL ÁMBITO TEMPORAL DE LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES-----	290

CAPÍTULO TERCERO

EL RÉGIMEN CONCURSAL DEL CRÉDITO POR INTERESES

I. INTRODUCCIÓN-----	293
II. ANÁLISIS SISTÉMICO DEL TRATAMIENTO CONCURSAL DEL CRÉDITO POR INTERESES -----	293
1. EL CRÉDITO POR INTERESES EN DISTINTOS SISTEMAS CONCURSALES DEL DERECHO COMPARADO -----	293
A) FRANCIA -----	293
B) ITALIA -----	296
C) ALEMANIA -----	297
D) PORTUGAL-----	298
E) EE.UU. -----	300
2. EL CRÉDITO POR INTERESES EN LOS SISTEMAS DE LA TRADICIÓN CONCURSAL HISTÓRICA ESPAÑOLA-----	301
A) EL CRÉDITO POR INTERESES EN EL SISTEMA DEL CONCURSO DE ACREEDORES DEL CÓDIGO CIVIL -----	301
B) EL CRÉDITO POR INTERESES EN EL SISTEMA DE LA QUIEBRA DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885 -----	302
C) EL CRÉDITO POR INTERESES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SUSPENSIÓN DE PAGOS Y DE QUITA Y ESPERA -----	303
3. EL RÉGIMEN CONCURSAL DEL CRÉDITO POR INTERESES EN LOS TRABAJOS PRE-LEGISLATIVOS -----	303
A) ANTEPROYECTO DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS DE 1959-----	304
a) <i>El concurso de acreedores</i> -----	305
b) <i>El concordato judicial</i> -----	307
B) EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 1983-----	308
C) EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 1995 (PROPUESTA ROJO) ---	311

a) <i>El concurso de acreedores</i> -----	312
b) <i>La suspensión de pagos</i> -----	314
D) EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 2001 -----	315
4. LA INCARDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES EN EL SISTEMA CONCURSAL INSTAURADO POR LA LEY 22/2003, DE 22 DE JULIO -----	318
A) EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD -----	319
B) LA UNIDAD DE SISTEMA Y LA FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y SUS EFECTOS -----	320
C) EL MANTENIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS Y LAS CONSECUENCIAS DE SU FALTA DE CUMPLIMIENTO -----	320
D) LA POSIBLE REHABILITACIÓN DE CONTRATOS EXTINGUIDOS EN INTERÉS DEL CONCURSO -----	325
E) LA CLASIFICACIÓN CREDITICIA Y LAS SOLUCIONES DEL CONCURSO -----	326
F) LA TIPOLOGÍA DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS -----	326
G) LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA -----	327
H) EL RÉGIMEN DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS APLAZADAS Y LAS SOLUCIONES DEL CONCURSO -----	329
5. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS SISTÉMICO -----	334
III. LAS TEORÍAS SOBRE LA COORDINACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO CON LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES MEDIANTE EL CRITERIO TEMPORAL DE SU DEVENGO -----	337
1. LA SUBORDINACIÓN AFECTA A LOS INTERESES DEVENGADOS CON ANTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO -----	337
2. LA SUBORDINACIÓN AFECTA A LOS INTERESES DEVENGADOS CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO -----	340
IV. EL TRATAMIENTO CONCURSAL DEL CRÉDITO POR INTERESES -----	344
1. EL ENGRANAJE DE LA SUSPENSIÓN Y LA SUBORDINACIÓN EN FUNCIÓN DE LA CLASE DE INTERÉS Y EL MOMENTO DE SU DEVENGO Y EXIGIBILIDAD -----	344
2. EL RÉGIMEN DE LOS INTERESES MORATORIOS POSTERIORES	

A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO -----	345
3. EL RÉGIMEN DE LOS INTERESES MORATORIOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO -----	347
4. EL RÉGIMEN DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO-----	348
5. EL RÉGIMEN DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO -----	352
6. SINTESIS DEL TRATAMIENTO CONCURSAL DEL CRÉDITO POR INTERESES -----	353
A) RÉGIMEN GENERAL-----	353
B) RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS CON GARANTÍAS REALES Y ASIMILADAS -----	354
C) RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CRÉDITOS SALARIALES-----	355
D) CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA -----	355
7. EL TRATAMIENTO CONCURSAL DE LOS INTERESES EN SUPUESTOS ESPECIALES Y DE FIGURAS AFINES-----	356
A) LOS INTERESES DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA -----	356
B) LOS INTERESES DE LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS -----	356
C) LOS INTERESES DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS-----	357
D) LOS INTERESES COMPENSATORIOS-----	358
E) EL CONTRATO DE DESCUENTO BANCARIO-----	358
F) EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO -----	359
G) LAS FIGURAS AFINES A LOS INTERESES-----	360
CONCLUSIONES-----	365
BIBLIOGRAFÍA -----	393
ABREVIATURAS-----	397

INTRODUCCIÓN

El Derecho concursal, como sector normativo regulador de las situaciones de crisis económica de los operadores jurídicos y económicos, establece los procedimientos para la solución de la insolvencia, sea en la continuidad por el deudor de su actividad empresarial o profesional, en su caso, o lo sea a través de la liquidación ordenada de su patrimonio; siempre con la finalidad primordial de dar satisfacción a sus acreedores y, eventualmente, la complementaria del mantenimiento de su actividad económica.

Nuestro ordenamiento fue objeto de una profunda reforma legislativa operada por la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC), que vino a poner orden en el complejo, obsoleto e inepto entramado de normas concursales que configuraban el régimen que ésta vino a derogar, estableciendo un sistema radicalmente distinto y, pretendidamente, más eficiente que el preexistente.

En el sistema diseñado por la LC, como en todos los sistemas concursales de la tradición histórica española, y aun en los de los ordenamientos comparados, rige el principio de universalidad en virtud del cual, ante la impotencia o insuficiencia patrimonial del deudor, los acreedores se ven abocados a concurrir a los procedimientos establecidos, generándose una colectividad de bienes y derechos con los que atender la masa pasiva de deudas. La satisfacción de esta masa pasiva se somete al principio –o máxima– de la igualdad de trato que, ante la insolvencia, pretende generar una comunidad de pérdidas en la que todos los acreedores participen proporcionalmente en la misma medida. La *par conditio creditorum* se constituye, así, en piedra angular del sistema concursal y premisa de muchas de sus instituciones.

Ahora bien, no obstante la semántica de esta locución latina, la *par conditio* resulta excepcionada tanto por los tradicionales privilegios como por la moderna subordinación crediticia, conformándose un sistema de graduación de créditos en el que ni todos los acreedores son iguales ni, en consecuencia, merecen el mismo trato o protección legal, por concurrir variadas razones de índole objetiva o subjetiva que justifican un tratamiento dispar. Esta «desigualdad» no deja de implicar el establecimiento de un régimen «justo», por ser tan contrario a Derecho tratar desigualmente lo igual que viceversa. El objetivo de «igualación» se consigue, aquí, mediante la graduación crediticia, que jerarquiza los créditos según su naturaleza, obedeciendo cada respectivo rango a distintas razones justificativas del trato discriminatorio. La *par conditio creditorum* no debe entenderse, pues, como neta igualdad sino como ajustada proporcionalidad.

La LC añade a la técnica tradicional de los privilegios crediticios la novedosa en el ordenamiento concursal español de la categoría de los créditos subordinados. Como es sabido, realiza una primera distinción entre *créditos contra la masa* –prededucibles– y *créditos concursales* distinguiendo dentro de éstos tres grados o categorías: (i) los créditos privilegiados, con privilegio especial o general, determinados en los artículos 90 y 91 LC respectivamente; (ii) los créditos subordinados, precisados en el artículo 92 LC; y (iii) los créditos ordinarios, configurados como categoría general por defecto en la que se integra todo crédito no incluido en cualquier otra (art. 89.3º LC).

Era pretensión de la reforma legislativa proteger y reforzar la posición de los acreedores ordinarios corrigiendo las escasas expectativas de ver satisfechos sus créditos que tenían conforme a la práctica de la legislación derogada, para lo que, de un lado, se acomete la drástica reducción de los privilegios preexistentes y, por otro, se introduce la categoría de los créditos subordinados que se postergan a todos los demás. Como se ha escrito, la subordinación es el reverso de la preferencia y, en ese sentido, puede afirmarse que los créditos subordinados constituyen «antiprivilegios»¹.

En relación con el tratamiento concursal de los intereses, eje de esta memoria de tesis, entre esos créditos que se postergan, concretamente en el tercer nivel del escalafón de la subordinación, se encuentra el crédito «por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía» (art. 92.3º LC). Con ello, todos los créditos ordinarios -y los subordinados de los dos niveles superiores del escalafón- vendrían a anteponerse a cualquier crédito por intereses carente de garantía real.

Por otro lado, otra técnica relacionada con el crédito por intereses que consigue proteger los créditos ordinarios, más drástica si cabe que la de su postergación o subordinación, es la establecida, *rectius*, la derivada del artículo 59 LC, que establece la suspensión del devengo de intereses desde la declaración de concurso. Con esta regla de suspensión, con sus excepciones y dados sus supuestos de reactivación, también se produce la mejora de los acreedores ordinarios en la medida que se impide, al menos temporalmente, que el patrimonio del deudor se vea gravado con nuevos créditos que, en caso contrario, habrían de concurrir con ellos a la ley del dividendo, minorando su cuota en la liquidación. Si la medida de suspensión del devengo de intereses no fuera acompañada con la de la subordinación de dichos créditos, el efecto sería el descrito

¹ GARRIDO, J.M^a, «Créditos subordinados (art. 92)», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, p. 1659; ALONSO LEDESMA, C., «La clasificación de los créditos en el concurso», en GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA, PULGAR EZQUERRA (dirs.) *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002, pp. 177-206, p. 196.

pero, acompañándose de la postergación, el efecto producido, entre otros, sería el de anteponer la satisfacción del elenco de créditos subordinados (*v. gr.* sanciones, devolución de préstamos sustitutivos de aportación al capital, créditos derivados de reintegraciones operadas de mala fe, *etc.*) al pago de los intereses de los créditos concursales, si hubieren de devengarse con posterioridad a la declaración de concurso.

La suspensión del devengo de intereses no es más que la trasposición a la LC de este histórico efecto en los procedimientos de quiebras y concurso de acreedores; la subordinación procede de los sistemas norteamericano y alemán. Ni unos ni otros combinan ambas reglas, y respectivamente las establecen en procedimientos concursales dirigidos a la liquidación y sobre la premisa del vencimiento anticipado de los créditos al tiempo de la declaración concursal. Tampoco en el dilatado proceso de gestación de la reforma concursal española aparecen en ningún proyecto unidas ambas reglas, y cuando alguna se presenta, se incardina en un sistema concursal coherente con ella. Sorprende, pues, que en el tratamiento concursal del crédito por intereses el legislador español yuxtaponga dos medidas tendentes en las legislaciones de origen al mismo fin de evitar cualquier pago previo al principal de intereses moratorios devengados post-concurso y que, además, las aplique indiscriminadamente en un nuevo sistema concursal asentado sobre premisas diametralmente opuestas a las del que le sirven de referente.

No obstante, y por ello, surge la necesidad de preguntarse cómo conjugar ambas reglas –suspensión del devengo de intereses y subordinación del crédito que en ellos consista–. En respuesta a tal cuestión se viene considerando, por una significativa mayoría doctrinal refrendada jurisprudencialmente, que resulta coincidente el ámbito material de ambas normas y que, por tanto, han de entenderse incluidos en ambas reglas todo tipo o clase de intereses, con independencia de su función. La necesaria coordinación trata de lograrse a través de un prisma netamente temporal, considerándose mayoritariamente que, al suspenderse con la declaración de concurso el devengo de los intereses [todos], los que han de ser objeto de subordinación serán, necesariamente, los devengados con anterioridad. Es sólo, pues, una cuestión de estar ante intereses preconcursales –que se subordinan– o postconcursales –que se suspenden–.

Esta interpretación produce efectos contrarios al propio sistema concursal, por no decir, también, perversos: (*i*) que legítimas contraprestaciones –deuda de intereses– debidas a acreedores ordinarios en cumplimiento de contratos en vigor (art. 61 LC) se posterguen a las debidas a acreedores subordinados considerados merecedores de protección inferior (así, podría darse el caso de preferente y previo reembolso del

préstamo otorgado por el accionista mayoritario de una sociedad infracapitalizada declarada en concurso –crédito subordinado *ex art. 92.5° LC*– en relación con el cobro de los intereses derivados de un préstamo concedido a la misma sociedad por un financiador profesional bancario y que hubieran de devengarse tras la declaración – intereses suspendidos a expensas de eventual reactivación, *ex art. 59 LC*, tras el pago de todos los créditos concursales–); (ii) que créditos de similar esencia y naturaleza jurídica, incluso conexos por nacidos en una única operación financiera, reciban un trato desigual (*v. gr.* las comisiones bancarias de estudio o apertura de un préstamo tendrían el rango de crédito ordinario mientras que los intereses devengados por ese mismo préstamo, y adeudados a la fecha de declaración de concurso, serían subordinados); o (iii) que contratos en vigor, no resueltos con ocasión del concurso, mantengan en interés de éste el plazo contractual oponible a la contraparte quien, sin embargo, no tendrá derecho a la correspondiente contraprestación (*v. gr.* el acreedor del préstamo que seguirá vigente y aplazado pero sin devengar los correspondientes intereses *vs.* el arrendador que en semejante caso recibirá las rentas con cargo a la masa), *etc.*

El objetivo de la presente memoria es analizar el régimen concursal del crédito por intereses en busca de una interpretación coherente y ajustada a Derecho de la coexistencia de dos reglas –suspensión del devengo de intereses y subordinación del crédito nacido de ellos– cuya desarmónica conjugación puede producir resultados tan exorbitantes e injustificados como los que acaban de señalarse, en la consideración de un debido engranaje en el sistema concursal instaurado por la LC, siendo congruente con sus finalidades y con el resto de sus presupuestos, principios e instituciones.

La primera dificultad deriva de la carencia de un concepto legal de «intereses» en las distintas normas –generales y especiales– del Derecho privado, no obstante la profusa utilización del término. Es evidente que en las numerosas referencias legales a los «intereses» subyacen las distintas funciones que éstos vienen a cumplir, distinguiéndose, claramente, los intereses *retributivos* de los *moratorios* y, más difícilmente, una tercera categoría funcional representada por los intereses *compensatorios*. Las escasas producciones doctrinales que los han tratado con profundidad, intentando superar los evidentes escollos que ello presenta, pretenden dar un concepto unitario del interés («aquella cantidad de dinero que se debe pagar por la utilización o mera detención de un capital ajeno, cuya cuantía depende de la duración del uso o disposición de ese capital, y no de las ganancias o beneficios que de él puedan obtener el deudor o un tercero»²), pero parece dudoso que sus numerosas diferencias y radicalmente distinta esencia jurídica consientan un concepto único aplicable a todas sus

² MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, McGraw-Hill, 1999, p. 209.

categorías.

A fin de determinar el ámbito material de las dos reglas consideradas –artículos 59 y 92 LC– la hipótesis es que procede distinguir, al menos, entre los intereses moratorios y los retributivos, en la impresión inicial de no poder ser merecedores de idéntico tratamiento concursal, por ser tanta la distancia conceptual y funcional entre unos y otros, y considerando que los efectos injustificados que puedan denunciarse de una de las clases, pudieran ser idóneos para la otra.

Los principios de la *par conditio creditorum* y del superior interés del concurso frente al individual de cada acreedor, junto con la garantía de la mayor satisfacción a la generalidad de los acreedores (apdo. IV de la Exposición de Motivos de la LC³) han de ser en el análisis parámetros hermenéuticos que eviten cualquier interpretación desajustada de tales finalidades auténticas –según legislador– de primer orden. Por otro lado, la resolución de cualquier duda interpretativa exige considerar el encaje sistemático de las disposiciones controvertidas y su debida y ajustada conexión con los fundamentos de cada una de las instituciones (v. gr. la vigencia de los contratos, no obstante la declaración de concurso; el vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo sólo con la apertura de la fase de liquidación; la catalogación como créditos contra la masa de las prestaciones a cargo del concursado derivadas de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; el régimen jurídico de los créditos subordinados ...).

El régimen concursal del crédito por intereses parece *a priori*, pues, que deba depender de dos circunstancias: del tipo funcional del interés del que se trate (retributivos o moratorios, básicamente) y del hecho de su respectivo devengo previo o posterior a la declaración de concurso.

Para la consecución de los objetivos propuestos se estructura esta memoria de tesis doctoral en dos partes. En la primera se aborda el estudio del crédito por intereses en general, sin más propósito que sentar las bases necesarias para el análisis del tratamiento concursal que de ellos se hace en la segunda. La aproximación a una delimitación conceptual del interés exige analizar, de partida, los rasgos distintivos y respectivos regímenes de los intereses retributivos y de los moratorios, fijando sus diferencias y

³ «La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso (...) se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas».

ventilando la discutida cuestión de si, en realidad, los intereses compensatorios comparten el régimen jurídico de alguna de esas categorías funcionales o, por el contrario, se configuran como un tercer género. Ello sentado, se pretenden extraer conclusiones sobre la necesidad o futilidad de precisar un concepto unitario de «interés» al objeto del análisis concursal pretendido; con este objetivo, también, se analizan las semejanzas y diferencias de los «intereses» con figuras afines.

En la segunda parte, centrada ya específicamente en el tratamiento concursal de los créditos por intereses, el estudio de la incidencia del concurso sobre éstos se articula en los tres capítulos que la conforman.

En el primer capítulo se procura un estudio en profundidad de la *suspensión del devengo de intereses* como efecto ligado a la declaración de concurso (art. 59 LC) desde la perspectiva fundamental de sus antecedentes históricos y prelegislativos, de la tramitación parlamentaria del precepto en cuestión y de las justificaciones dadas por la mayoritaria interpretación doctrinal de la norma, a fin de proponer cuál sea el perímetro del núcleo fáctico atrayente del efecto suspensivo del devengo de intereses, cuáles los supuestos excluidos del mismo, así como los eventuales casos de reactivación y sus requisitos, según el concurso concluya en convenio o liquidación.

Es objetivo del segundo capítulo el estudio de la *subordinación del crédito por intereses* en particular (art. 92.3º LC). Para ello se analiza la figura de los créditos subordinados en general –su origen y antecedentes, el concepto y naturaleza del crédito subordinado y la posición jurídica de sus titulares en las distintas fases del concurso– a fin de poder sentar las premisas para afrontar el análisis del objetivo más específico planteado. En este segundo momento, dando cuenta del origen de la subordinación del crédito por intereses, de sus itinerarios prelegislativos y parlamentarios y de las razones vertidas para el establecimiento de tal postergación, se delimitará el ajustado ámbito material de aplicación de la regla, anunciando los parámetros de su delimitación temporal que resultará, posterior y necesariamente, de la coordinación de esta norma con la de la suspensión del devengo de intereses y demás principios e instituciones que configuran el sistema concursal.

En el capítulo tercero se propone la interpretación alcanzada sobre el régimen concursal del crédito por intereses, desde su análisis sistémico y su incardinación en el instaurado por la LC, a la luz de la tradición concursal española, los sucesivos intentos de reforma concursal y los sistemas concursales del Derecho comparado. Todo ello, y la consideración de las distintas teorías sobre la coordinación de la regla de la suspensión del devengo de intereses con la de la subordinación de éstos, permitirá perfilar el

tratamiento en el concurso del crédito por intereses distinguiendo cuatro regímenes concursales según la clase de intereses y su fecha de devengo (el propio de los intereses moratorios y retributivos, según resulten, cada uno, preconcursales o postconcursales), además de cotejar tales con los correspondientes a los intereses compensatorios y demás supuestos especiales, así como con otras figuras afines.

PARTE I

EL CRÉDITO POR INTERESES

I. INTRODUCCIÓN

La obligación de intereses puede nacer de diversas relaciones jurídicas que exceden de los típicos supuestos del pacto unido al contrato de préstamo (arts. 1755 Cc y 315 CCom) o del incumplimiento de la obligación a cargo del deudor de pagar una suma de dinero (art. 1108 Cc), abarcando otros muchos casos dispersos a lo largo del articulado del Código Civil, del Código de Comercio y de numerosas leyes especiales⁴. Tradicionalmente la doctrina reconduce todos los supuestos de intereses a la clasificación bimembre de intereses legales y convencionales según tengan éstos, respectivamente, su origen en la ley o en el pacto⁵. Pero esta distinción entre intereses legales y convencionales también es susceptible de ser contemplada, no desde el punto de vista de su origen sino desde el de su cuantificación, ya que los intereses moratorios, de origen legal, pueden ser cuantificados también convencionalmente (art. 1108 Cc). No cabe, pues, una equiparación entre intereses legales con intereses moratorios e intereses convencionales con intereses retributivos⁶.

Sin embargo, a la hora de clasificar los distintos tipos de intereses la perspectiva que más interesa es la que contempla la función que están llamados a cumplir. El punto de inflexión del régimen jurídico aplicable debe situarse en la evidente distinción entre los intereses que remuneran el uso lícito de un capital ajeno, como correlativa contraprestación, y aquellos otros que indemnizan el incumplimiento de una obligación pecuniaria⁷. Con base en esta discriminación cabe distinguir, pues, entre intereses

⁴ V. gr., entre otros, art. 1501 Cc en compraventa, art. 1868 Cc en prenda, arts. 1724 y 1728 Cc en mandato, art. 1779 Cc en depósito, arts. 1682 y 1688 Cc en contrato de sociedad, art. 1145 Cc referido a codeudores solidarios, art. 1828.2º Cc en fianza, art. 1124 Cc en resolución contractual, art. 1295 Cc en rescisión, arts. 1303 y 1307 Cc en nulidad contractual, art. 1599 Cc en contrato de obra, arts. 282, 283 y 284 Cc en la tutela, art. 1896 Cc en pago indebido; art. 308 CCom en depósito mercantil, arts. 340 y 341 en compraventa mercantil, arts. 548, 549 y 550 CCom en extravío de títulos de crédito al portador, art. 571 CCom en carta de crédito, arts. 726 y 729 CCom en préstamo a la gruesa, art. 849 CCom en liquidación de averías; art. art. 20 LCS; art. 1 LCCC; art. 1 Ley 57/1968, de 27 de julio; art. 26 LGT; art. 29.3 ET; art. 7 Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

⁵ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, v. II, Edisofer, S.L., 12ª Edición, Madrid, 2004, p. 73 señala cómo los intereses voluntarios pueden derivar no sólo de un contrato sino también de un acto unilateral - v. gr. el establecimiento de un legado que ha de recibirse dos años después del fallecimiento pero con intereses-. Por eso habla de intereses legales y voluntarios y no de intereses legales y convencionales.

⁶ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. XXIV; VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 1998, p. 102.

⁷ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. XXIV; MORAN BOVIO, D., «Obligación de intereses en la Ley Concursal», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. III, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 2995-3029, p. 2997; RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 12 de Diciembre de 1984)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 21, Enero-Marzo 1986, pp. 191-199, pp. 194-195: «la clasificación más banal e intrascendente de los réditos es la que los agrupa en

retributivos e intereses *moratorios*, en los que se focaliza el estudio. No se pretende un análisis pormenorizado e íntegro del régimen jurídico de la deuda de intereses⁸, sino efectuar una aproximación a la delimitación conceptual de lo que haya de entenderse por «intereses» y analizar las diferencias que puedan existir entre los moratorios y los retributivos y que puedan justificar o no su dispar naturaleza y consecuente régimen jurídico, sobre todo, al objeto de su tratamiento concursal y del pretendido estudio de éste⁹.

En el sistema pre-vigente, los intereses previos a la declaración de quiebra o de concurso de acreedores, fueran moratorios o retributivos, habían de satisfacerse junto al principal, con el que compartían rango; en cuanto a los devengados con posterioridad, los moratorios quedaban suspendidos a expensas del resultado de la liquidación, mientras que los retributivos dejaban de existir dado el vencimiento anticipado de todas las deudas a plazo. La LC en una primera aproximación, parece seguir una línea continuista del régimen derogado; sin embargo, desde la interpretación integradora que la doctrina viene efectuando de sus artículos 59 –*suspensión* del devengo de intereses como efecto de la declaración del concurso– y 92.3º –*subordinación* del crédito por intereses–, habría supuesto un hito en el tratamiento concursal del crédito por intereses, un «giro copernicano»¹⁰, dado que todos los intereses preconcursales –moratorios o retributivos– quedarían catalogados como subordinados y el devengo de todos los intereses postconcursales –moratorios o retributivos, indistintamente también– quedaría suspendido a expensas del resultado del convenio o de la liquidación y la eventual actuación de los supuestos de reactivación previstos en la norma (art. 59 LC).

Sin embargo, parece que conforme al sistema instaurado por la LC, los efectos que en el crédito por intereses ha de producir la declaración de concurso, y la coordinación de la regla de la suspensión con la de la subordinación, habrían de depender de estar en presencia bien de intereses moratorios o bien de retributivos, ya que su causa responde a

convencionales o legales [pues] carece de ulteriores consecuencias o aplicaciones (...) pese a la falta de atención que a dicha clasificación [remuneratorios y moratorios] se ha dispensado en la doctrina, ésta sí que es una división grávida en consecuencias jurídicas».

⁸ Para un estudio detallado de la obligación de intereses *vid.* VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, *ob. cit.*; MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁹ RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios», *est. cit.*, p. 192 cuando afronta la tarea de delimitar el concepto y ámbito de los intereses usurarios afirma que es «más que conveniente, necesario, que cuando nos adentremos en el manejo de casos en los que entra en juego el concepto de interés, tengamos muy claro el aparato conceptual preciso para la correcta interpretación de las normas jurídicas aplicables a los mismos».

¹⁰ Así lo califica MORAN BOVIO, D., «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, pp. 3000-3001.

disparas funciones que los hacen merecedores de un distinto régimen jurídico, también a efectos concursales. Resulta, pues, necesario efectuar una aproximación a la delimitación conceptual de lo que haya de entenderse por «intereses» y, analizando las diferencias entre los intereses moratorios y los retributivos, sentar sus respectivas naturalezas y régimen jurídico, concluyendo sobre la necesidad o futilidad de un concepto unitario de interés al objeto del posterior análisis concursal pretendido.

II. APROXIMACIÓN A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL INTERÉS

Junto a la óptica jurídica el concepto de interés puede ser contemplado también desde un punto de económico, si bien ambas perspectivas son distintas. Para la Economía, el análisis del interés parte del volumen global de dinero circulante en una determinada área geográfica, durante un período temporal y bajo una concreta coyuntura económica, circunstancias todas que permiten que el interés sea susceptible de realizar sus funciones de cambio o inversión y, en consecuencia, de producir más dinero circulante; el Derecho, por el contrario, plantea el análisis del interés partiendo de una relación jurídica patrimonial entre dos personas que intervienen como partes de un negocio jurídico¹¹.

Centrando la cuestión en la perspectiva jurídica¹², el punto de partida ha de ser el concepto normativo de interés. A pesar de referirse el Código Civil al «interés» en numerosos artículos carece, sin embargo, de una definición¹³. Las razones de esta ausencia se han encontrado en que el legislador consideraba ociosa la definición de un concepto sobradamente conocido, o bien en que, simplemente, ya se contenía en el Código de Comercio de 1885 que, a su vez, recogía el texto del art. 3 de la Ley de 14 de marzo de 1856 sobre liberalización del interés. Por tanto, la única definición normativa

¹¹ VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, ob. cit., pp. 77-78.

¹² Desde la Economía han existido numerosos intentos de explicar el fenómeno económico del interés, las razones por las que el acreedor obtiene, sin esfuerzo, rendimiento de su capital. Un interesante estudio sobre las distintas teorías, hasta doce, que explican la naturaleza económica de los intereses puede consultarse en JIMENEZ MUÑOZ, F.J., «Sobre la naturaleza de los intereses», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 113, Enero-Marzo 2009, pp. 171 a 202, pp. 186-201, pero parece aquí superfluo profundizar en ellas pues «no corresponde al Derecho explicar el fenómeno económico en cuya virtud una suma de dinero puede producir fruto, es decir, crear, mediante su empleo y como compensación por las utilidades que procura, otro valor económico; el Derecho lo reconoce e interviene solamente en su regulación dictando normas para el caso en que, aun sin la voluntad de las partes, una prestación deba producir intereses o limitando la libertad de los contrayentes para impedir los abusos que pueda originar este fenómeno, como es, por ejemplo, la usura» DE RUGGIERO citado en MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 193.

¹³ Artículos 282; 283; 284; 494; 495; 502; 505; 510; 517; 518; 519; 788.3º y 4º; 797.2º; 800; 867.3º; 870; 884; 1049; 1108; 1109; 110; 1120; 1124; 1126.2º; 1145.2º; 1147.2º; 1152; 1173; 1295; 1303; 1307; 1347.2º; 1349; 1478.5º; 1488; 1501; 1535; 1623; 1682; 1688; 1724; 1728.3º; 1740; 1755; 1756; 1770 (por remisión al 1724); 1838.2º; 1868; 1871; 1881; 1885; 1896.

de interés es la contenida en el artículo 315 CCom que, en relación con el contrato de préstamo, dispone que «*se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor*». Sin embargo, este concepto normativo no es válido para todos los supuestos de *interés*, pues sólo se refiere a aquél que sea retributivo convencional, dejando de lado otras funciones que también los intereses están llamados a cumplir. Por tanto, para extraer un concepto legal de interés válido para todos sus casos, si esto fuera posible, se hace preciso indagar entre las diversas categorías funcionales.

Atendiendo a la distinta función que el interés cumple en cada caso, los supuestos más significativos de las referencias legales a *intereses* pueden clasificarse en tres grupos normativos¹⁴:

- Intereses que remuneran o retribuyen el pactado uso de un capital ajeno, siendo su mejor tipificación los intereses convencionales en el contrato de préstamo (arts. 1740, 1755 y 1756 Cc y arts. 314 y 315 CCom), los cuales han sido tradicionalmente tomados como modelo del concepto. Esta categoría resulta definida por el hecho de retribuir o remunerar la prestación del acreedor en los distintos contratos o pactos de financiación, de crédito, teniendo, por ello, siempre un origen contractual¹⁵, por lo que serán referidos indistintamente como *intereses retributivos o remuneratorios*¹⁶.
- Intereses conectados *ex lege* a distintos supuestos en los que, desligados de un contrato o pacto de financiación y al margen del supuesto de mora, surge una obligación de restitución o entrega de un capital del que directa o indirectamente ha gozado el deudor y del que se ha visto privado el acreedor. Las razones que justificarían la producción de intereses decretada por la ley se encontrarían en la compensación que habría de recibir el acreedor por la privación involuntaria, en beneficio del deudor, de las ganancias que produce –o se presume que produce– el

¹⁴ Adviértase la dispersión habida entre la doctrina a la hora de nominar a las distintas categorías; así los intereses que aquí se denominarán *retributivos o remuneratorios* son calificados, también, como compensatorios (VILLAGRASA), restauratorios (RODRÍGUEZ ESPEJO) y correspectivos (MURTULA); los que se nominarán *compensatorios*, son denominados por otros correspectivos (VILLAGRASA). Esta confusión nace del hecho de que para muchos autores, como se verá, las categorías funcionales del interés se reducen a dos: los que son moratorios y los que no lo son.

¹⁵ Tanto el préstamo civil como el mercantil son gratuitos salvo pacto en contrario, *ex arts.* 1740 y 1755 Cc y 314 CCom.

¹⁶ A intereses de esta clase se refiere también el artículo 788.3°Cc cuando regula la sustitución de las mandas benéficas; el 870 Cc cuando regula el legado de perdón o liberación de una deuda del legatario; el 1868 en sede de prenda de cosa que produce intereses; el 1881 y 1885 Cc cuando regula la imputación de pagos y la compensación contractual en la anticresis; el artículo 308 CCom en relación con el depósito mercantil; los artículos 548 a 550 CCom respecto del extravío de títulos de crédito emitidos al portador; el artículo 729 CCom para el préstamo a la gruesa, *etc.*

dinero, como aplicación concreta de la doctrina del enriquecimiento injustificado (v. gr. arts. 502, 505, 1682.2º, 1724, 1838 Cc). Son los devengados a partir de deudas líquidas y exigibles –sin necesidad de constitución en mora del deudor–, en compensación por la retención de una cantidad de dinero ajena y con la finalidad de restablecer el equilibrio patrimonial entre la detentación de esa cantidad y su privación al acreedor, con base en la presunta productividad del dinero¹⁷. Por ello parece adecuada la denominación de *compensatorios*.

- Intereses conectados *ex lege* a la mora del deudor en el cumplimiento de una obligación pecuniaria. La función indemnizatoria de los intereses se produce cuando representan el resarcimiento de los daños y perjuicios que para el acreedor supone el retraso culposo del deudor en el cumplimiento de una obligación consistente en el pago de una cantidad de dinero, según los artículos 1101 y 1108 Cc y 316 del CCom. Esta cantidad, denominada generalmente «intereses moratorios» o «intereses de demora», tiene su fundamento general en el retraso en el cumplimiento de la obligación (*mora debitoris*) que genera por sí un daño al patrimonio del acreedor y que justifica la obligación de indemnizarle. Por las mismas particularidades de su objeto –el dinero no desaparece–, el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias siempre es *posible* (art. 1182 Cc) y la única forma que tiene el deudor de incumplir su deber de prestación es el retraso en el pago; para estos casos, el artículo 1108 Cc dispone que el deudor venga obligado al pago de los intereses convenidos y, a falta de pacto, del interés legal. Aunque es generalizado el empleo que se hace doctrinal y jurisprudencialmente del término, el Código Civil no acoge la expresión «intereses moratorios» en ninguna parte de su articulado, sino que en diversos preceptos se refiere a «intereses legales» o, simplemente, «intereses». Sin embargo, no cabe entender que, cuando el Cc emplea estos términos, les esté atribuyendo una finalidad indemnizatoria, sino que habrá que analizar cada caso para sólo calificar como moratorios –y aplicar su régimen jurídico–, cuando realmente haya existido un incumplimiento por parte del deudor de la obligación de restituir o entregar una suma de dinero¹⁸.

¹⁷ VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, ob. cit., p. 161. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, ob. cit., p. 69 distingue en ellos los que pretenden equilibrar las prestaciones conforme al principio de reciprocidad de las relaciones bilaterales –arts. 1501, 1862.I y 502.I Cc– y los que reintegran el patrimonio de quien no ha otorgado su consentimiento para que un tercero disponga de su dinero en provecho propio –arts. 1682II, 1724 y 1770II Cc–. En esta categoría habría que situar también a los regulados en el artículo 726 CCom en cuanto a los excesos en el préstamo a la gruesa.

¹⁸ Se está ante verdaderos intereses moratorios, en sentido estricto, en el supuesto regulado en el artículo 1682.1º Cc que sanciona el retraso en la obligación de aportar una suma de dinero a la sociedad; en el caso de los intereses devengados por el saldo de la cuenta de la tutela, *ex* arts. 282, 283 y 284 Cc, en la medida en que se devengan desde el requerimiento de pago o de la aprobación de la cuenta según sean

Una vez descritas las distintas funciones normativas del interés cabe replantear las diferentes categorías a que pueden reconducirse, contrayéndolas a aquéllas que con idéntica o semejante función presenten un régimen jurídico uniforme u homogéneo. La cuestión a dilucidar es si las tres funciones descritas conducen a tres categorías con regímenes jurídicos distintos o si, como entiende la mayoría de la doctrina, las categorías pueden reducirse a dos, precisando cuáles han de ser y los contornos de su régimen jurídico particular.

La individualidad de la categoría de intereses descrita como *compensatorios* viene siendo negada por parte de la doctrina. Así, para MÚRTULA es difícil distinguir los intereses retributivos –para la autora, «correspectivos»– de los compensatorios, pues «caracterizados los primeros como frutos civiles del capital, por cuanto se fundan en la productividad del dinero, el interés actúa como correspondiente por la ventaja que le supone al deudor dilatar de forma voluntaria la restitución de la cantidad debida, al igual que ocurre con los «intereses compensatorios», que difícilmente se pueden distinguir de los anteriores salvo por el hecho de que se basan en la idea de equilibrio característica de las obligaciones recíprocas y que tratan de buscar una compensación al beneficio que reporta para el que los debe el goce de una cosa fructífera»¹⁹. De este modo, subsume los intereses compensatorios en los retributivos y reduce las categorías funcionales a sólo dos, los intereses retributivos y los moratorios, atendiendo al plano del cumplimiento e incumplimiento del deudor de una obligación pecuniaria. También VILLAGRASA reduce las categorías funcionales del interés a los moratorios y a los que no lo son, afirmando que «no resulta relevante en nuestro Derecho la distinción entre intereses compensatorios [como califica el autor los aquí retributivos] y correspondientes [como califica los compensatorios], ya que ambos se engloban bajo una misma categoría de intereses no moratorios, y se incluyen en el mismo régimen jurídico»²⁰. Sin embargo, partiendo del binomio existente entre la ventaja que produce para el deudor la disposición de una suma de dinero –por su natural productividad– y el perjuicio económico que sufre el acreedor –por la falta de disponibilidad de esta suma–, la

a favor o en contra del tutor, respectivamente; en el segundo supuesto del artículo 1724 Cc respecto de los intereses que devengan las cantidades utilizadas por el mandatario para usos propios tras la extinción del mandato; en el supuesto regulado en el artículo 1147 Cc cuando establece la responsabilidad solidaria de todos los co-obligados en el pago del precio, la indemnización de los daños y el abono de los intereses cuando la cosa haya perecido o la prestación devenido imposible por culpa de alguno de ellos; en la compraventa, la sanción con la indemnización de daños y el pago de los intereses al vendedor que, en caso de evicción (artículo 1478.5º Cc) o saneamiento (artículo 1488 Cc), procedió a la venta de mala fe y los que puede reclamar el censalista sobre las pensiones atrasadas *ex* artículo 1623 Cc; en los casos contemplados en los artículos 340 y 341 –retraso en el pago del precio en la compraventa mercantil– en el 571 CCom –retraso en el cumplimiento de la carta de crédito–, o en el art. 849 CCom –liquidación de averías–, *etc.*

¹⁹ MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, p. XXV.

²⁰ VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, *ob. cit.*, pp. 163-164.

configuración de los intereses compensatorios ha hecho plantearse a SÁNCHEZ DE LEÓN su identificación con los intereses moratorios, principalmente por precisarse para el devengo de ambos la exigibilidad de la deuda y la consideración del daño que sufre el acreedor²¹.

El régimen jurídico de unos intereses propiamente retributivos, que responden a la idea de precio, de contraprestación, no puede ser el mismo que el de los que responden a una finalidad compensatoria, más cercana a la función indemnizatoria que a la retributiva. Además, el punto de inflexión en la necesidad de distinguir los intereses retributivos –derivados del pacto en los contratos de financiación– de los compensatorios –establecidos *ex lege* para compensar la pérdida de productividad del acreedor involuntario– se encuentra en el tratamiento concursal que recibe el crédito por intereses. La *ratio* de los preceptos concursales y su incardinación en el sistema concursal, conjugados con la función jurídica que los distintos intereses vienen a desplegar, parecen aconsejar la proposición de un tratamiento concursal unitario para los moratorios y los compensatorios y otro distinto para los retributivos. Pero como premisa para la comprobación de la hipótesis es necesario profundizar en la posible reducción que esta postura implica de las clases de intereses, desde el punto de vista funcional, a dos categorías: los intereses retributivos y los que no lo son.

Partiendo de la clara y unánime distinción entre intereses retributivos y moratorios procede analizar la delimitación conceptual y funcional de ambas figuras y su régimen jurídico para, posteriormente, concluir si las características de los intereses con función compensatoria consienten su encaje en una u otra categoría o exigen una clasificación independiente. Además, el análisis del régimen jurídico de los intereses retributivos y su confrontación con el de los moratorios obligará a cuestionar si, en realidad, por la prevalencia de las notas comunes es posible proponer y mantener un concepto jurídico unitario de «interés» independiente de su función jurídica²², o si, por el contrario, ha de considerarse un término polisémico puesto que las notas dispares imponen el planteamiento de un concepto jurídico de interés retributivo distinto del de interés moratorio.

²¹ SANCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, P., «Los intereses de demora en las obligaciones pecuniarias», tesis doctoral *non vidi* citada por VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, *ob. cit.*, p. 162.

²² MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, p. 192 «estamos, pues, aparentemente, ante dos caras de una misma moneda unidas por una cuestión común, como es la configuración de un concepto unitario de interés por encima de la diversidad de funciones que éstos cumplen, válido para todos los casos, que nos sirva de criterio delimitador de la figura que es ahora objeto de estudio».

III. LOS INTERESES RETRIBUTIVOS

Para quienes defienden que la clasificación funcional de los intereses sólo permite distinguir entre los moratorios y los que no lo son, son intereses retributivos todos aquellos que tienen un origen distinto del incumplimiento de la obligación de restituir un capital por parte del deudor, incluyéndose, pues, en esta categoría también los intereses descritos como compensatorios²³.

Sin embargo, los intereses retributivos en sentido estricto responden al tradicional concepto doctrinal de «*remuneración* por el tiempo durante el cual el capital permanece a disposición del deudor»²⁴ o de «provecho que el prestamista estipula como *precio* del disfrute que él confiere al prestatario»²⁵. Por ello, para analizar el régimen y la naturaleza jurídica de estos intereses retributivos conviene profundizar, hasta donde resulte necesario, en el régimen jurídico del contrato típico de financiación del que derivan y que, en la actualidad, presenta variadas y ricas fórmulas contractuales. Sólo en la medida conveniente para vislumbrar el tratamiento concursal del crédito por intereses se hace la aproximación a la figura del préstamo retribuido, haciéndolo, además, en su doble perspectiva civil y mercantil. Se eluden otros préstamos que no sean de dinero pues, aunque ciertamente el objeto de este contrato puede consistir en otras cosas fungibles, la incidencia práctica de estos otros supuestos es más bien residual, resultando aconsejable, a los fines pretendidos, la focalización del estudio en el préstamo de dinero con pacto de intereses.

1. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO DE DINERO A INTERÉS

A) EL PRÉSTAMO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

Por el contrato de préstamo²⁶ *una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible cuya propiedad adquiere quien recibe lo prestado, con condición de devolver, otro tanto de la misma especie y calidad* (artículos 1740 y 1753 CC). A este concepto

²³ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 249; VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, ob. cit., pp. 164-165.

²⁴ DERRIDA, F., voz «*Intérêts des capitaux*», *Repertoire de Droit Civil, Encyclopédie Juridique Dalloz*, T. II, París, 1952, p. 1103.

²⁵ MUSCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, T. XXVII (arts. 1740 a 1789), Madrid, 1952, p. 213.

²⁶ A pesar de que el Cc lo denomina «simple préstamo» y en la doctrina y jurisprudencia viene también a emplearse la denominación histórica de «mutuo», se utilizará «préstamo» para denominar el contrato por ser éste el término coincidente en el Cc y el CCom y por ser el préstamo mercantil de dinero, típicamente el bancario, el que más incidencia práctica tiene a efectos concursales.

responde el préstamo, sea civil o mercantil²⁷, siendo ambos naturalmente gratuitos, salvo pacto expreso en contrario (artículos 1755 Cc y 314 CCom).

El contrato de préstamo es un contrato típico regulado tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio lo que determina la parcial o relativa coexistencia dos regímenes jurídicos en función de ser o no mercantil el préstamo considerado. Regulado el préstamo en los artículos 1753 a 1756 Cc y dada la identidad del fin empírico perseguido por las partes, el CCom sólo especializa el general contrato de préstamo, por razón de la materia, a través de disposiciones particulares –arts. 311 a 324–, añadiendo, además, que más allá de lo no expresamente establecido en dicho Código o en Leyes especiales se regirá «en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes...por las reglas del Derecho común» (art. 50 CCom)²⁸.

Los criterios para la delimitación del préstamo mercantil vienen establecidos en el artículo 311 CCom, en virtud del cual se reputará mercantil aquél en que concurren dos circunstancias: una, de índole subjetiva, que consiste en la condición de comerciante de uno de los contratantes; la otra, de carácter objetivo, que se cifra en el necesario destino de las cosas prestadas a actos de comercio²⁹. Puestos tales requisitos simultáneos en relación con los contratos de préstamo concertados con entidades de crédito –aplastante mayoría de los contratos de este tipo que se celebran en la práctica–, una estricta aplicación del precepto llevaría a entender que un préstamo bancario reuniría siempre el requisito subjetivo, siendo contingente el cumplimiento del segundo en función del efectivo destino que el prestatario dé a las cantidades prestadas, determinando que,

²⁷ Como señala DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Artículos 1740 a 1747», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, t. II, pp. 1.600 a 1.633, p. 1.600, el párrafo 1º del art. 1740 Cc ofrece una definición formalmente unitaria de las dos modalidades históricas del préstamo: el comodato –«préstamo de uso»– y el mutuo –«préstamo de consumo»– caracterizados ambos por el mecanismo esencial de la entrega y restitución del objeto prestado que fundaría la unificación de ambas figuras. Pero, en verdad, la unidad es puramente formal porque en realidad se describen dos contratos muy diferentes.

²⁸ La referencia ha de entenderse hecha a las normas imperativas. Se trata de no crear una especial parte general de las obligaciones y de los contratos mercantiles, haciendo directamente aplicable el Cc.

²⁹ Se ha puesto de manifiesto la inseguridad que produce esta norma en la medida en que la valoración de la concurrencia de la circunstancia objetiva exigida no puede comprobarse siempre *ex ante* en el momento de la celebración, sino que será, con independencia de lo que las partes hubieran podido afirmar en el contrato, la efectiva aplicación de los fondos a un acto de comercio la que hará posible valorar *ex post* la concurrencia de la misma para aplicar el contrato el régimen del préstamo civil o el mercantil. Por todos, *vid.* AÑOVEROS TRÍAS DE BÉS, X., «El préstamo bancario», en OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NOVOA, JIMENEZ DE PARGA (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil, V. II, Las entidades de crédito y sus operaciones*, Marcial Pons, 2006, pp. 27-172, p. 43. Hay quienes, en cualquier caso, restan importancia a la calificación civil o mercantil del préstamo en la medida en que las disposiciones del Cc o del CCom resultan dispositivas, y por tanto, todas modulables por la voluntad de las partes. Sin embargo, se discrepa de ello pues, en defecto de pacto sí resultará trascendente ya que, para ciertos supuestos, cambia la solución legal dada por uno y otro cuerpo legal [*vid. infra* primera, III.1.D).b), pp. 43 y ss]

según los casos, el préstamo bancario resultara civil o mercantil. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado por considerar de naturaleza mercantil todos los préstamos bancarios, sea cual sea el destino en que se empleen los fondos³⁰.

Conforman también el régimen jurídico del contrato de préstamo, según los casos y ámbito de aplicación, otras normas tales como la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, las normas de ordenación y disciplina del Banco de España o la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, por citar sólo algunas, cuyo análisis será eludido por exceder del objeto del presente, sin perjuicio de que, en alguna ocasión, haya de hacerse puntual alusión a ellas.

B) EL PRÉSTAMO COMO CONTRATO DE CRÉDITO

Existen, como mínimo, tres acepciones de «crédito» entendible como (i) confianza del acreedor en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor; (ii) término equivalente a solvencia del deudor; (iii) relación obligatoria que se establece entre las partes. Estas tres acepciones distintas se concitan en la práctica cuando se identifica el crédito con el negocio jurídico consistente en la entrega temporal de una suma de dinero con base en la confianza que el *tradens* tiene en el *accipiens*, en su devolución por éste. Como la confianza no es plena, el crédito tiene en el tráfico unos límites y unas garantías³¹.

Existen diversas teorías para explicar el crédito como objeto contractual, pero la más

³⁰ SSTS de 9 de mayo de 1944 (RJ 665) y 31 de octubre de 2001 (RJ 9639). Esta doctrina jurisprudencial ha sido objeto de críticas de las que se prescinde en este lugar. *Vid.* AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «El préstamo bancario», *est. cit.*, pp. 43-46.

³¹ YSÀS SOLANES, M., «Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 618, 1993, pp. 1365-1390, pp. 1366-1369.

ajustada al contexto jurídico y económico actual es la que configura los contratos de crédito como contratos de goce³². Su contenido se articula sobre la base de tres elementos esenciales: puesta a disposición de una suma de dinero, plazo de disponibilidad y retribución. La combinación de distintas variaciones y modalidades en cada uno de esos elementos, en conexión con la particular finalidad de la aplicación de la cantidad obtenida y, en ciertos casos, con las garantías ofrecidas, da lugar a una gran variedad de contratos, todos ellos de idéntica naturaleza crediticia o financiera, sometidos a disposiciones generales o especiales según los casos (préstamo –al consumo, hipotecario, de firma ... –, apertura de crédito, descuento –aislado o en póliza–, tarjetas de crédito, crédito de firma, documentario, etc.)³³.

Sin embargo, es un clásico en la problemática de los contratos de crédito el interrogante de la asimilación o diferenciación de los contratos de crédito y préstamo. Suele ser lugar común, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, diferenciar en su esencia el préstamo del contrato de apertura de crédito; mientras que el segundo – prototipo de contrato de crédito–, sería un contrato consensual y bilateral, el contrato de préstamo sería real y unilateral, radicando en ello precisamente sus diferencias fundamentales³⁴. No obstante, como se analizará en profundidad *infra* por sus trascendentes consecuencias en orden al tratamiento concursal de los intereses [retributivos], el contrato de préstamo de dinero a interés no es siempre real, ni nunca unilateral.

³² Vid. *infra* primera, III.1.E), pp. 47 y ss y la exposición de las distintas teorías y argumentos que llevan a esta conclusión. En este sentido se ha hablado del préstamo retribuido como el contrato de alquiler del dinero. MUSCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XXVII, *op. cit.*, p. 203 niega la identificación del arrendamiento con el mutuo porque aquel sólo transmite el uso y éste transmite la propiedad del dinero. Sin embargo, el matiz reside en la peculiaridad del dinero como bien fungible cuyo uso exige un consumo pero «ficticio» por lo que, en realidad, es un auténtico uso del dinero considerado como valor de cambio. MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», en ALONSO UREBA Y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Implicaciones Financieras de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 315-387, p. 318 excluye, sin embargo, de su concepto de contrato de crédito [«aquellos en los que existe una financiación a cargo de un tercero y la obligación de reembolsar dicha financiación en la forma que hayan pactado las partes»] la característica del pago de una contraprestación porque, si bien ésta es propia de los contratos de crédito mercantiles, no tiene por qué existir en los de carácter civil. Más adelante se justificará cómo la existencia o no de retribución en el contrato de préstamo vira la naturaleza jurídica del negocio.

³³ En este sentido PAZ-ARES, C., «Sistema de las deudas de dinero (notas para una revisión de la doctrina española)», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Truells*, T. III, Editorial La Ley, Madrid, 1994, pp. 2072-2103, p. 2073, por considerar que es deuda dineraria «la que se dirige a proporcionar al acreedor poder patrimonial incorporal», incluye entre las mismas «aquella que, aun no teniendo por objeto signos monetarios, se dirige a realizar una prestación en función de dinero (v. gr. un crédito bancario)».

³⁴ AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «El préstamo bancario», *est. cit.*, pp. 46-48; BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, v.II., 16ª, Tecnos, 2009, p. 253; GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2ª Edición, Madrid, 1975, pp. 188-194. En la jurisprudencia, por todas, SSTS núm. 521/1999, de 11 junio (RJ 1999\4607) y núm. 236/2004, de 7 abril (RJ 2005\3845).

Existen autores que prefieren centrar las diferencias entre el contrato de préstamo y el de apertura de crédito en la nota de la *disponibilidad*, afirmando que el objeto del préstamo es el dinero, en tanto que el del contrato de apertura de crédito es, no el dinero, sino el crédito mismo como bien económico, llegando a afirmar la distinta función económica de uno y otro contrato, reservándose el préstamo para los contratantes civiles y la apertura de crédito para los empresarios y profesionales³⁵. Sin embargo, amén de considerar la expansión actual del préstamo entre empresarios y profesionales y la del crédito entre particulares –v. gr. la generalización del uso de tarjetas de crédito–, así como la irrelevancia de dicha cuestión, no existe diferencia entre el crédito y el préstamo en cuanto a la disponibilidad, puesto que no hay mayor disponibilidad que la entrega efectiva. La distinción entre uno y otro contrato, en su vertiente de contratos de financiación, no atiende más que a la cuantificación del importe a devolver y al montante de los intereses a satisfacer –que dependerá de la cantidad efectivamente dispuesta y del tiempo de disposición, tanto en uno como en otro contrato– aplicándose al contrato de apertura de crédito, una vez dispuestas efectivamente las cantidades, el régimen propio del contrato de préstamo. En puridad, la única diferencia entre el préstamo y la apertura de crédito, como contratos de crédito, reside precisamente en el momento de cumplimiento de la obligación de entrega del capital que aparejará necesariamente, por su corresponsividad, la obligación de devolución en los plazos establecidos y la del abono de intereses en función de lo efectivamente recibido –«dispuesto»– en cada momento³⁶.

Las tesis expuestas parten del error de identificar *crédito* –como objeto contractual–, con *apertura de crédito*, un concreto contrato que lo tiene por objeto; es decir, del desacierto de confundir el género con la especie. Sin embargo, como se ha escrito, todos «los contratos a través de los cuales una parte posibilita a la otra la utilización de recursos que no tiene o de los que no puede disponer efectivamente, son créditos. Los

³⁵ TUSQUETS TRÍAS DE BES, X., «El contrato de apertura de crédito», en OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NOVOA, JIMENEZ DE PARGA (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, v. II, *Las entidades de crédito y sus operaciones*, Marcial Pons, 2006, pp. 173-264, pp. 194-197, basándose en GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 181; AMESTI MENDIZÁBAL, C., «Consideraciones sobre el concepto de contrato de apertura de crédito y sus diferencias respecto al contrato de préstamo», *RDBB*, nº 21, 1986, pp. 169-189, p. 177 mantiene que cambia la función económica, pues aun cuando ambos contratos «persiguen la obtención de ayuda económica (...) la finalidad de la apertura de crédito supone no sólo la finalidad que se persigue mediante la concertación de una operación de préstamo, sino algo más, ya que la ayuda financiera se amoldará a las necesidades de cada cliente».

³⁶ Sin perjuicio de que el contrato de apertura de crédito sea un contrato complejo en el que se aúne esa función de financiación con otra de gestión instrumentalmente permisiva de la prestación del servicio de caja –contrato de comisión, de cuenta corriente–; en este sentido, y para no asimilarlo al contrato de préstamo, AMESTI MENDIZÁBAL, C., «Consideraciones sobre el concepto de contrato...», *est. cit.*, p. 1710. No obstante, aquí se considera esencial su función propiamente crediticia y no son las otras obligaciones asumidas por el banco, que resultan accesorias, las que lo hacen de naturaleza jurídica distinta.

préstamos son una especie del género de crédito que se caracteriza por la entrega o puesta a disposición de una sola vez (o en varias, según el contrato) de la cantidad objeto del préstamo. En los casos en que no hay ni entrega ni puesta a disposición, el dador del crédito se compromete a pagar las deudas futuras o un determinado tipo de deudas futuras del acreditado o a poner a su disposición efectivo, todo ello hasta un límite prefijado»³⁷.

C) SU CARÁCTER REAL O CONSENSUAL

Existe polémica doctrinal sobre el carácter real o consensual del préstamo. Partiendo de la literalidad del artículo 1740 Cc, según el cual una parte «entrega» a la otra en lugar de una parte se «obliga a entregar» –locución más ajustada a la configuración de un contrato consensual³⁸–, y de la del artículo 1753 Cc, conforme al cual quien «*recibe*» se obliga a devolver, partiendo de tal base literal, digo, se afirma mayoritariamente que, siguiendo la tradición romana, el préstamo ha sido configurado por el Código Civil como un contrato *real* que se perfecciona con la entrega de la cosa por el prestamista³⁹.

Sin embargo, la doctrina más moderna, que incluso llega a plantearse la subsistencia de la categoría de los contratos reales tal como se entendió en el Derecho Romano, se plantea la posibilidad de que exista válidamente el contrato de préstamo nacido de la promesa aceptada de prestar, en cuyo caso surgen dos obligaciones: una pura de

³⁷ YSÀS SOLANES, M., «Algunas consideraciones...», *est. cit.*, p. 1368. En sentido parecido, pero referido tanto al mutuo gratuito como oneroso, también GONZÁLEZ PALOMINO, J., «La adjudicación para pago de deudas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1945, pp. 251-327, p. 278: «yo creo que hay mutuo (jurídica y económicamente) en toda deuda de cosas fungibles de cumplimiento diferido por voluntad de las partes».

³⁸ Y que, de hecho, era la redacción que se encontraba en el artículo 1630 del Proyecto de Código civil de 1851: «Préstamo es un contrato por el cual una de las partes *se obliga a entregar* a la otra...»

³⁹ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, *ob. cit.*, p. 225 manifiesta la expresiva diferencia que resulta de comparar el art. 1740 con el 1545 Cc. Mientras la entrega de la cosa aparece como elemento constitutivo en la definición legal de préstamo, en la compraventa la entrega de la cosa vendida constituye el objeto de una obligación nacida del simple consentimiento de las partes. Pero este autor, no obstante, entiende que la concepción tradicional del préstamo como contrato real no encaja en la mentalidad propia de los banqueros y comerciantes y considera que «cuando se concierta un préstamo con un banco y se pactan por escrito las condiciones, nadie duda de que el préstamo está perfecto y la entrega o entregas de dinero son actos de ejecución del préstamo y no contratos nuevos», por lo que el contrato de préstamo se transforma en un contrato consensual. JORDANO BAREA, J., *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 20-24 ofrece la explicación histórica del carácter real del contrato de mutuo en el Derecho romano, desde la época clásica en la que el mutuo –como el comodato o la prenda– no era propiamente un contrato, sino sólo causa de una acción crediticia, hasta la justiniana en la que aquellas categorías crediticias fueron atraídas al campo contractual conformando en el *Corpus Iuris* categoría de contratos reales. Es este dogma justiniano de la “realidad” de ciertos contratos el que no se puso en duda y pasó a formar parte de la tradición que hoy el Código Civil parece conservar. Concluye diciendo que «no debe sorprendernos, pues, que si los contratos llamados reales proceden de negocios no contractuales, su posición dentro de la actual sistemática contractual resulte totalmente desorbitada al pervivir con un carácter que sólo originariamente estaba justificado».

entregar, a cargo del prestamista; otra de devolver, y condicionada a la anterior, a cargo del prestatario⁴⁰. El fundamento de la posible admisión sin ambages del contrato consensual de préstamo es encontrado en la ausencia de una norma restrictiva del normal juego de la autonomía privada –o libertad de pactos– *ex art. 1255 Cc*⁴¹, ya que el artículo 1740 Cc no es precepto imperativo y el 1753 Cc no afirma, ni significa, que no pueda haber préstamo sin entrega, sino que sólo cuando se entrega nace la obligación de devolver⁴²; se añade, igualmente, que un contrato sólo es esencialmente real cuando lo exige la naturaleza de la cosa –*v. gr.* la dación en pago, que sin entrega no sería dación sino novación– o lo impone así la ley (no sería el caso del préstamo por el carácter dispositivo de los preceptos)⁴³. Por tanto, no sería necesario –ni incluso posible– acudir, como suele hacerse, a la figura del precontrato ni a la promesa de préstamo para explicar la obligatoriedad del compromiso de prestar⁴⁴. El contrato consensual de

⁴⁰ GONZÁLEZ PALOMINO, J., «La adjudicación para pago de deudas», *est. cit.*, pp. 277-278. Con especial profundidad trata el tema JORDANO BAREA, J., *La categoría de los contratos reales, op. cit.*, pp. 133-144 para quien, como la disciplina real del contrato de mutuo [como los de comodato, depósito y prenda] únicamente se explica como un «mero residuo histórico impuesto por el peso de la tradición», es un «retal» de la clasificación justiniana de los contratos que carece de toda justificación positiva en la actualidad, procede a «la «depuración» del falso dogma de la «realidad» dando [al mutuo] una estructura esencialmente consensual». Para él, la referencia a la entrega en la génesis de los contratos «reales» se debe a ser la hipótesis normal en ellos que la entrega de la cosa se haga al mismo tiempo que el contrato es concluido, pero eso no significa que esa «unidad cronológica» sea siempre necesaria, pues la simultaneidad de la entrega es un dato meramente accidental u ocasional, no imprescindible o esencial. No serían contratos «reales» –en los que la entrega supone la perfección del contrato– sino contratos «manuales», en los que la conclusión y ejecución se realizan al mismo tiempo. Es una mera coincidencia material carente de relevancia jurídica, hasta el punto que la entrega en el contrato manual no se lleva a cabo *contrahendi causa* sino *solvendi causa* (esta función solutoria de la entrega la ve incluso en el caso de la donación verbal de cosa mueble en la que ésta función se añadiría a la de formación del negocio –p. 136–).

⁴¹ JORDANO BAREA, J., *La categoría de los contratos reales, op. cit.*, pp. 138-140 que partiendo de la libertad respecto al contenido obligacional y forma de los contratos, el carácter descriptivo que la entrega tiene en las definiciones de los contratos reales en el Código Civil y el carácter dispositivo de que gozan las normas del campo contractual, mantiene que es «lícito concluir que no existe en nuestro Derecho una norma, ni explícita ni implícita que, restringiendo el principio general de la libertad de las formas contractuales, niegue validez a un contrato de contenido idéntico al del comodato, mutuo, depósito y prenda, concluido obligatoriamente por voluntad de las partes, antes e independientemente de la entrega».

⁴² ALBALADEJO, M., «La naturaleza real o no del contrato de préstamo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de Julio de 1996», *Revista de Derecho Privado*, t. LXXXI, Enero-Diciembre 1997, pp. 560-571, p. 569; JORDANO BAREA, J., *La categoría de los contratos reales, op. cit.*, p. 141.

⁴³ ALBALADEJO, M., «La naturaleza real o no del contrato de préstamo», *est. cit.*, p. 570.

⁴⁴ La imposibilidad derivaría para algunos en la propia negación de la existencia de la categoría de los precontratos. Para una explicación de cuál sería el planteamiento de la teoría del precontrato de préstamo y la crítica y superación de la misma *vid.* YSÀS SOLANES, M., «Algunas consideraciones...», *est. cit.*, p. 1371. En cuanto a la promesa de préstamo es el expediente utilizado por POTHIER, «*Traité du prêt a usage et du précaire*», en *Oeuvres*, t. IV, París, 1895, p. 4, recogido literalmente por JORDANO BAREA, J., *La categoría de los contratos reales, op. cit.*, pp. 30-31: «En efecto, no se puede concebir contrato de préstamo de uso, si la cosa no ha sido entregada a aquel a quien se le concede el uso; la obligación de devolver la cosa, que es esencial en el contrato, no podría nacer antes de que la cosa haya sido recibida. Se podrá decir que, en nuestro Derecho francés, donde todas las convenciones, incluso aquellas que el Derecho romano llamaba *nuda pacta*, son válidas, y producen obligaciones civiles, la convención por la

préstamo queda perfeccionado con la emisión del consentimiento, de forma que las entregas posteriores son actos de ejecución, no de perfección, sin que deba ni pueda hablarse de un simple precontrato de préstamo que dé lugar con la entrega a un nuevo contrato, porque «presupuesto que el contrato de mutuo fuese necesariamente real, sería un fraude permitir obligarse precontractualmente sin entrega lo que contractualmente la ley sólo permitiría obligarse mediando la entrega (...). Admitir cualquier tipo de obligatoriedad jurídica, contractual o precontractual, de un préstamo sin entrega, si es que se parte de que la Ley sólo acepta tal obligatoriedad con entrega, no es, por muchos equilibrios que se hagan, sino pretender dar un rodeo para aceptar la obligatoriedad por sí solo de un acuerdo que la ley rechaza que obligue por sí solo»⁴⁵.

Para otros autores, el enfoque sobre el carácter real o consensual del préstamo ha de hacerse contemplando otros dos elementos: la forma y la gratuidad u onerosidad del negocio. En este sentido, DE CASTRO considera que la cuestión del carácter exclusivamente real del contrato de préstamo puede resolverse sencillamente atendiendo al juego normal de la forma y la causa; siguiendo una tradición secular, el Código Civil considera contratos reales el préstamo y el depósito, lo que armoniza con el dato de haberlos caracterizado esencialmente –el comodato– o naturalmente –mutuo y depósito– gratuitos (arts. 1740 y 1760 Cc). Por ello resulta lógico que dichos contratos, siendo gratuitos, necesiten para su eficacia de cierta forma que complete el consentir de los contratantes y que aquélla sea, como en el supuesto de la donación verbal, la entrega simultánea de la cosa (art. 632 Cc). Esta construcción del tipo legal como contrato real o formal no implica que se niegue la posibilidad de negocios atípicos de préstamo y depósito. De ese modo, pues, la exigencia de la entrega o recepción de la cosa quedaría reducida a ser un requisito de forma (*ad solemnitatem*) para los préstamos y depósitos gratuitos contraídos verbalmente⁴⁶.

La base de esa misma argumentación puede observarse en ALBALADEJO, para quien

que yo habría convenido con usted prestarle, durante tal tiempo, cierta cosa, es válida por el solo consentimiento de las partes, antes que yo os haya entregado la cosa; y esta convención origina una acción contra mí, para obligarme a entregarle la cosa en el tiempo convenido. Yo respondo que esta convención no es el contrato de *préstamo*; es tan solo una promesa de prestar, que difiere del contrato de préstamo, como una promesa de venta difiere del contrato de venta. El contrato de préstamo no se formará sino cuando, en ejecución de esa promesa, ya os haya entregado la cosa (...). Es preciso que la cosa prestada sea dejada en virtud del contrato en las manos del prestatario, o que se encuentre desde antes en su poder».

⁴⁵ ALBALADEJO, M., «La naturaleza real o no del contrato de préstamo», *est. cit.*, pp. 569-570.

⁴⁶ DE CASTRO, «La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)», *Anuario de Derecho Civil*, 1950, p. 1172; YSÁS SOLANES, M., «Algunas consideraciones...», *est. cit.*, p. 1372. También conecta la gratuidad con el carácter real BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, p. 14 «en un ordenamiento jurídico en el que la simple promesa de dar a título gratuito no es exigible, la entrega viene a darle carácter contractual y vinculante».

el préstamo puede ser: *real*, con entrega; *consensual*, pero por escrito; o *consensual*, sin entrega ni por escrito, si es *oneroso*. En cualquiera de tales casos «se ve voluntad de obligarse jurídicamente mientras que si sin intereses ni escrito ni entrega se promete prestar, la ley lo toma como sólo buenas palabras o para salir del paso o como una noble intención»⁴⁷. Para PRATS ALBENTOSA, si se concibe el mutuo como contrato gratuito, ha de recibir el mismo carácter real que la donación, pero esta interpretación pierde su sentido y justificación en un contexto como el actual (art. 3.1 Cc) en el que la mayoría de los préstamos son onerosos y concedidos por entidades financieras y en los cuales nadie duda de que, pactadas las condiciones y autorizada la operación, «el préstamo está perfeccionado y la entrega de la suma prestada es acto de ejecución de aquel préstamo y no un nuevo contrato»⁴⁸.

La jurisprudencia ha manifestado en reiteradas ocasiones que el contrato de préstamo es real. Así lo ha hecho en las SSTs de 4 de mayo de 1927, 4 de mayo de 1943, 26 de febrero de 1957, 8 de mayo de 1962, 11 de mayo de 1964, 8 de julio de 1974, 28 de marzo de 1983, 15 de junio de 1984, 25 de febrero de 1986, 10 de mayo de 1994 y 12 de julio de 1996, todas las cuales son analizadas por ALBALADEJO⁴⁹ para concluir que en ninguna de ellas la afirmación de la naturaleza real del contrato se hace para fundamentar el fallo, ni para significar que no hay más contrato de préstamo que el real, «o sea para significar que en el préstamo la entrega es siempre esencial para que se perfeccione, por lo que no cabe un préstamo consensual, es decir, que sea perfecto por el acuerdo sin entrega, del que surja, pues, la obligación de entregar después lo que se promete ahora dar. Dicen tales sentencias que el préstamo es real, sólo para expresar que es real el préstamo que se perfecciona con la entrega».

Con posterioridad al excelente estudio de ALBALADEJO, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha admitido el contrato consensual de préstamo en la STS núm. 1192/1997 de 22 diciembre (RJ 1997\9113), en la que declara que «el recurso exige recordar que en nuestro Derecho, el préstamo puede ser consensual o real, según los casos, y que el de autos tiene este carácter puesto que se perfeccionó con la entrega del dinero»); y posteriormente, con más claridad, en la número 371/2007 de 26 marzo (RJ 2007\2343)⁵⁰. Más recientemente, evita mantener el carácter real del préstamo la STS

⁴⁷ ALBALADEJO, M., «La naturaleza real o no del contrato de préstamo», *est. cit.*, pp. 570-571.

⁴⁸ PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 56-60. Añade este autor en defensa de su interpretación del mutuo como contrato consensual el argumento de que del propio tenor literal del artículo 1740 Cc se deduce que el contrato se concibe como un acto cronológicamente anterior a la entrega y como causa de la atribución («por el contrato se entrega»), por lo que la entrega es un acto que se realiza en la fase de consumación del contrato.

⁴⁹ ALBALADEJO, M., «La naturaleza real o no del contrato de préstamo», *est. cit.*, pp. 564-568.

⁵⁰ «TERCERO: En el Derecho romano el mutuo requería, además de la *conventio* o acuerdo de devolver lo prestado, la *datio rei* o *traditio* de la suma de dinero o de las cosas fungibles (Digesto 12.2.2:

núm. 241/2013, de 9 de mayo que sienta doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios⁵¹.

Huelga, pues, a los efectos de esta memoria profundizar más en la polémica doctrinal al respecto, sin desplegar mayores esfuerzos para la alineación con la más moderna corriente doctrinal y jurisprudencial, al considerar que el préstamo no es esencialmente real, ni siempre consensual. No negando supuestos de préstamos que se perfeccionen en el momento de la entrega, rasgo más propio del que sea gratuito, es perfectamente posible el contrato de préstamo consensual, y de hecho es tal el préstamo profesional y bancario de dinero a interés, en el que la obligación del prestamista no se cumple en el mismo momento de la celebración del contrato. Realmente lo que interesa analizar ahora por su trascendencia con el objeto de esta memoria, es la cuestión, que suele conectarse con aquélla, de la unilateralidad o bilateralidad del contrato de préstamo, la

«appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nasciturus obligatio – mas se llama dación de mutuo, por esto, porque de mío tuyo se hace algo; y, por lo tanto, si no se hiciera tuyo, no nace la obligación –»). El artículo 1740 del Código Civil («por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra...») se apartó del precedente representado por el artículo 1630 del Proyecto de 1851 («préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa...») y atribuyó a la datio rei la función de presupuesto del nacimiento de la obligación del prestatario, con lo que configuró el préstamo como un contrato de naturaleza real, en el que la entrega quedó convertida en elemento constitutivo o necesario para la existencia del mismo (sentencias de 11 de mayo de 1962 y 8 de julio de 197, 7 y 27 de octubre de 1994, 22 de mayo de 2001 y 11 de julio de 2002). Sin embargo, esa consideración de la entrega como requisito de la perfección del préstamo en nuestro Código Civil y la falta de toda regulación de su fase consensual no constituyen obstáculo para admitir la validez y eficacia del contrato por el que, en ejercicio de su autonomía de voluntad (artículo 1255 del Código Civil), una de las partes se obligue a entregar en préstamo y la otra a devolver lo prestado, claro está, en el caso de recibirlo (...). Por ello, no cabe estimar el motivo primero del recurso, ya que (...) la hipotecante prestataria era titular de crédito contra la prestamista por la suma aplazada que se obligó condicionadamente a entregarle».

⁵¹ Como premisa para concluir sobre la abusividad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios por desequilibrio entre las prestaciones se necesitaría despejar la cuestión de si el contrato de préstamo es unilateral o bilateral; sin embargo, la sentencia evita pronunciarse sobre esta cuestión pues se afirma (*sic*) que *«dado que el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes no debe ceñirse a los supuestos de contratos con obligaciones recíprocas ni ésta limita su aplicación a los supuestos en los que la reciprocidad se proyecta sobre la ejecución del contrato nos revela de entrar en el examen de la espinosa cuestión sobre la subsistencia de la categoría romana de los contratos reales, en los que, como excepción a la regla general contenida en el artículo 1261 Cc, la datio rei (entrega de la cosa) opera como elemento del contrato, si bien no estará de más significar que, pese a que en algunas decisiones de esta Sala se ha mantenido su naturaleza real y unilateral –en ese sentido se pronuncia de manera contundente la STS 495/2001, de 22 de mayo, al afirmar que ‘el contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa ... Además es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario’– otras afirman su posible carácter bilateral –la STS 1074/2007, de 10 de octubre precisa que ‘... no es lo mismo el contrato bilateral de préstamo y la constitución unilateral del derecho real de hipoteca...’.* En definitiva, la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética, o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. Más aún, las SSTS 663/2010, de 4 de noviembre y 861/2010, de 29 de diciembre mantuvieron la posibilidad de cláusulas abusivas precisamente en contratos de préstamo».

cual atañe a las obligaciones nacidas de éste.

D) SU CARÁCTER UNILATERAL O BILATERAL

La unilateralidad o bilateralidad del préstamo suele conectarse a su consideración como contrato real o consensual. Así, se dice, que si el contrato de préstamo es real y, por tanto, se perfecciona con la entrega de la cosa es, consecuentemente, un contrato unilateral ya que la única conducta exigible al prestamista –entrega de la cantidad prestada– no sería obligación nacida del contrato, sino presupuesto de su perfección, por lo que, una vez perfeccionado, sólo produce obligaciones para el prestatario: la de devolver lo prestado y, en su caso, pagar los intereses⁵². Por el contrario, si el contrato de préstamo se configura como contrato consensual se convertiría en bilateral en la medida en que, perfeccionado el contrato con el consentimiento, sería fuente de obligaciones tanto a cargo del prestamista –entrega de la cantidad comprometida– como del prestatario –devolución de dicha cantidad y pago, en su caso, de los intereses–⁵³.

⁵² AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «El préstamo bancario», *est. cit.*, p. 43; DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Artículos 1740 a 1747», *est. cit.*, p. 1622. Sobre la premisa del carácter esencial de la entrega en el préstamo [que no su carácter real, en realidad, si se atiende al argumento completo] afirma su unilateralidad la STS núm. 495/2001 de 22 mayo (RJ 2001\6466): «El motivo no puede acogerse. El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que sólo se da en algunos grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuuario pero no dan al prestamista la posición de obligado. Pese a alguna construcción de la doctrina francesa y parte de la italiana sobre la bilateralidad del préstamo con interés, nuestra doctrina jurisprudencial ha hecho inaplicable el art. 1124 del Código Civil, tratándose de un contrato unilateral –sentencia de 22 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9113)–. Por otra parte, el contrato de préstamo exige para su perfección la entrega de la cosa –sentencias de 4 de mayo de 1943 (RJ 1943, 703), 28 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1648) y 7 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7715)– al punto que si no se entregó la cosa o el dinero, no existe contrato de préstamo –sentencia de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7870)– y así surgido el contrato con la entrega, no produce obligaciones más que para el prestatario por tratarse de un contrato real –sentencia de 22 de diciembre de 1997–». Un completo análisis de lo realmente resuelto por el TS en las sentencias que se citan en ésta para concluir que ninguna de ellas niega la posibilidad del préstamo consensual, puede verse en ALBALADEJO, M., «La naturaleza real o no del contrato de préstamo», *est. cit.*

⁵³ DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Artículos 1740 a 1747», *est. cit.*, p. 1603 opina que el contrato de préstamo es bilateral «sólo en el caso en que, con o sin pacto de intereses, revista carácter consensual, esto es, consista en un pacto por el que una parte se obliga a prestar en el futuro y la otra a devolver transcurrido un cierto plazo a partir de esa entrega»; PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, *ob. cit.*, p. 69 califica de «evidente» la correlación entre el carácter consensual del mutuo con su bilateralidad y deja señalada una «interpretación ecléctica» según la cual el préstamo puede ser real o consensual acarreado, respectivamente, su unilateralidad o bilateralidad; ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de 10 de Julio de 1990», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 24, septiembre/diciembre 1990, pp. 873-893, p. 885 afirma que desde el punto de vista del préstamo como contrato consensual «también habría de ser considerado como un contrato bilateral, entendiéndose que del acuerdo de voluntades nace, para el prestamista, la obligación de entregar la cosa prestada y para el prestatario la de restituirla y la de pagar intereses en su caso»; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», *est. cit.*, pp. 349-364, evita pronunciarse sobre el carácter real o consensual y, con ello, unilateral o bilateral del contrato, procediendo sólo a apuntar el

Pero esa confrontación binomial entre préstamo real/unilateral *versus* préstamo consensual/bilateral supone partir de una confusión terminológica y conceptual, de un lado, en orden a la perfección y forma del contrato y, de otro, sobre su onerosidad, bilateralidad y reciprocidad⁵⁴.

Respecto a lo primero, es distinta e independiente la perspectiva de considerar cómo un contrato se perfecciona y, por tanto, resulta eficaz –de obligado respeto y cumplimiento para las partes– de aquella otra que contempla si, una vez perfeccionado, el contrato produce obligaciones para ambas partes o sólo para una de ellas. En cuanto a lo segundo, la onerosidad se refiere a la causa del contrato (art. 1274 Cc), generándose así la distinción entre contratos onerosos y gratuitos. La bilateralidad, por el contrario, se refiere a los deberes de prestación que surgen del contrato, hallándose la distinción entre los contratos unilaterales, de los que sólo surgen obligaciones para una de las partes y los bilaterales, de los que surgen para ambas. Por último, la reciprocidad significa la existencia de una relación sinalagmática o interdependiente entre los respectivos deberes de prestación, con un nacimiento simultáneo y un cumplimiento, salvo pacto o naturaleza, también simultáneo. Entre bilateralidad y reciprocidad hay una relación de género-especie⁵⁵.

La hipótesis de partida de esta memoria es que sea real o consensual, gratuito u

régimen concursal que correspondería en cada una de las hipótesis. En cuanto a la jurisprudencia, sólo recientemente ha reconocido el posible carácter consensual del préstamo y, en las ocasiones en que lo ha hecho, no ha necesitado pronunciarse sobre si tal circunstancia acarrea o no su bilateralidad. No obstante, sí es frecuente identificar su carácter real con la unilateralidad; así, la STS núm. 1192/1997 de 22 diciembre (RJ 1997\9113) tras reconocer el posible carácter consensual del préstamo afirma que *«el recurso exige recordar que en nuestro derecho, el préstamo puede ser consensual o real, según los casos, y que el de autos tiene este carácter puesto que se perfeccionó con la entrega del dinero. Surgido el contrato con la entrega, éste no produce obligaciones más que para el prestatario y en consecuencia, es contrato unilateral y por ello, mal puede aplicarse el artículo 1124 del Código Civil, que tiene como ámbito el de las obligaciones recíprocas.»*

⁵⁴ GONZÁLEZ PALOMINO, J., «La adjudicación para pago de deudas», *est. cit.*, pp. 276-278 sin embargo, llega a la conclusión de la consensualidad y bilateralidad del préstamo sin conectar una y otra característica. En el Derecho civil moderno, donde los contratos se perfeccionan *mero consensu* y desde entonces obligan a todas sus consecuencias, no tiene sentido mantener el carácter real del préstamo. Evidentemente que la obligación de «devolver» una cosa no puede surgir sin una previa entrega de la misma, antes de ésta no nace ni existe la obligación del prestatario; pero la primera obligación, la del prestamista, nace del consentimiento: «creo que si prescindimos de los antecedentes romanos, que se explican por lo dicho antes, y ‘de las blasfemias de las Academias’ podemos concebir el mutuo como un contrato consensual y bilateral que da nacimiento a dos obligaciones, una pura, a cargo del mutuante: la de dar; otra condicionada a ella, a cargo del mutuario: la de devolver. Y que aun en la vida corriente y moliente, la entrega que hace el prestamista significa ‘siempre’ el cumplimiento y el pago de una obligación previa. De otra manera sería ... una entrega sin causa. Si el contrato de préstamo es nulo, no hablaremos de tradición abstracta o sin justa causa, etc. sino de enriquecimiento, de indemnización, de repetición, de condiciones, porque, en fin de cuentas, no se trata de problemas de adquisición de propiedad [sobre el dinero y las demás cosas fungibles no caben derechos reales], sino de derecho puro de obligaciones.»

⁵⁵ ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de 10 de julio de 1990», *est. cit.*, p. 884.

oneroso, del contrato de préstamo de dinero siempre surgen obligaciones para ambas partes y, en este sentido, es siempre bilateral. El fundamento de tal conclusión se halla en dos premisas: la causa del contrato y el plazo de devolución.

a) *La causa del contrato de préstamo de dinero*

Tanto en el comodato como en el préstamo –gratuito o retribuido– el fin perseguido por quien recibe la cosa es el uso de ésta–entrega de una cosa para que *use* de ella cierto tiempo y *la devuelva* (art. 1740 Cc) –. La diferencia fundamental entre el comodato y el simple préstamo estriba en que el primero versa sobre cosas no fungibles (en realidad, no consumibles), mientras que el segundo lo hace sobre cosas consumibles, pero fungibles; de ahí que en el simple –o préstamo de consumo– sea necesario que el poder de disposición otorgado al prestatario sobre la cosa prestada incluya la facultad de consumirla, propia de quien es dueño. Es en este sentido figurado en el que se proclama que quien recibe en préstamo adquiere la propiedad de la cosa, siquiera con la obligación de devolverla –otro tanto de la misma especie y calidad– (art. 1753 Cc), por lo que es, en realidad, un contrato restitutorio. Sin perjuicio, además, de haberse puesto en duda la posibilidad de derechos reales sobre cosas fungibles⁵⁶, en todo caso, no sería esta transmisión de la propiedad de la cosa prestada el fin perseguido por las partes; sólo sería el medio o el instrumento necesario para que, en relación con cosas consumibles –cuyo uso altera su sustancia o las destruye– pueda articularse la cesión de su simple uso seguido de su devolución tras un cierto tiempo, la cual es posible en el *tantundem* por tratarse de cosas fungibles y sustituibles–. Es esta cesión temporal de uso de lo prestado el único fin perseguido por las partes⁵⁷.

El préstamo de dinero tiene circunstancias especiales derivadas de la peculiaridad de su objeto. El dinero no se destruye con su uso, ni éste modifica o altera su sustancia; en realidad, es fungible, pero sólo ficticiamente consumible, porque el dinero no se consume materialmente, ni desaparece. Con ello más fácilmente se advierte cómo la disponibilidad del dinero que el contrato de préstamo concede al prestatario no es más que la cesión de su uso, estructurándose como el *arrendamiento de dinero*⁵⁸, sin que a

⁵⁶ GONZÁLEZ PALOMINO, J., «La adjudicación para pago de deudas», *est. cit.*, pp. 276-278 mantiene que, en puridad, el dinero y las demás cosas fungibles no son «cosas», sino valores, créditos cantidades y, por ello, no pueden ser objeto de derechos reales, por lo que su entrega no es en función de *traditio* para adquirir su dominio, sino en función de pago de obligaciones.

⁵⁷ En contra, PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo de consumo, crédito al consumo, ob. cit.*, p. 115 señala la idea de que la entrega en el préstamo se debe a ser éste un contrato traslativo del dominio y, por la teoría del título y del modo, para que el prestatario adquiriera la propiedad del dinero hace falta su entrega.

⁵⁸ Esta circunstancia permite reconstruir el contrato de préstamo de dinero a interés sobre la estructura del contrato de arrendamiento del dinero. Con estas consideraciones cesan, respecto de él, las objeciones puestas a la equiparación de mutuo retribuido con el arrendamiento por la vía de destacar sus diferencias.

ello obste una artificiosa transmisión de la propiedad del dinero cuya posibilidad jurídica llega a negarse⁵⁹.

b) El plazo de devolución

Haya sido perfeccionado por la entrega o lo haya sido por el consentimiento, y exista o no pacto de intereses, todo contrato de préstamo genera la obligación principal del prestatario de devolver la cosa entregada, que se corresponde con el derecho del prestamista a exigir tal devolución. La cuestión fundamental que surge es la relativa al tiempo de cumplimiento de tal obligación, es decir, cuándo está obligado el prestatario a devolver y puede, por tanto, el prestamista exigir el cumplimiento de la obligación de restitución. Conforme al concepto legal de préstamo *ex* artículo 1740 Cc, por dicho contrato una parte entrega a la otra alguna cosa «para que use de ella *cierto tiempo* y se la devuelva» (la cosa misma, si no fuera fungible) o «con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad» (si la cosa prestada fuera dinero u otra fungible. El *uso por cierto tiempo*, durante el cual el prestatario puede disponer de lo prestado sin serle exigible la devolución, se alza como elemento esencial, definitorio del propio contrato, en armonía con la finalidad económica del préstamo. La relación jurídica resultante del contrato de préstamo tiene un carácter duradero, impositivo de que el cumplimiento de la obligación de restitución sea exigido inmediatamente después de contraída⁶⁰, lo cual se evidencia en el análisis del régimen jurídico del plazo en este contrato.

En todo préstamo, sea civil o mercantil, el momento en el que el prestatario ha de cumplir su obligación de restitución vendrá determinado, en primer lugar, por lo

Vid. BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A., «*Della società, del mutuo, del depósito*», en *Trattato teorico-practico di Diritto Civile*, Milán, 1914, pp. 414-415: en el mutuo de dinero no hay, *stricto sensu*, transmisión de la propiedad; el prestamista sí tiene la obligación de mantener al prestatario en el uso de la cosa, pues en eso consiste precisamente otorgarle la disponibilidad del dinero prestado y no poder reclamar *ante tempus* su devolución; no procede hablar de riesgo de la cosa perdida, pues el dinero no perece y el cumplimiento de la obligación de devolución es siempre, por ello, posible; la afirmación de que el arrendamiento es consensual mientras que el préstamo es real, en el dogma que, precisamente, se pone en tela de juicio por lo que mantenerlo como obstáculo es hacer supuesto de la cuestión. El comodato, que versa sobre cosas no consumibles es, claramente, un contrato restitutorio, como el arrendamiento, del que se diferencia, esencialmente, en su onerosidad y las consecuencias que a ello, frente a las de la gratuidad del comodato, van asociadas. El contrato por el que se cede, gratuitamente, el uso de una cosa no consumible es el comodato, mientras que si interviene precio se convierte en arrendamiento, tan distintos entre sí como el préstamo de dinero con o sin interés que guardan, respectivamente, paralelismo con aquéllos.

⁵⁹ *Vid.* cita a GONZÁLEZ PALOMINO en nota 56.

⁶⁰ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, *ob. cit.*, p. 229. También la STS de 14 de octubre de 1966 ya declaró «plazo que siempre existe en el contrato de préstamo puesto que el deudor ha de disponer del término, más o menos largo, para la devolución de lo que recibió».

pactado. Las partes gozan de absoluta libertad al respecto, pudiendo acoger las más amplias fórmulas de amortización del capital, y ello con independencia de que se acompañe o no pacto de interés⁶¹. Ahora bien, en ausencia de pacto expreso sobre el vencimiento de la obligación, se presenta una importante diferencia según se trate de un préstamo civil o mercantil.

En el caso del *préstamo civil*, la carencia de disposiciones específicas sobre el plazo de restitución determinará la aplicación de las reglas generales que, para las obligaciones a plazo, se contienen en los artículos 1125 y ss Cc. Si no se ha señalado plazo a la obligación ésta es exigible «desde luego», salvo que de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor o que la duración del plazo haya quedado a voluntad del mismo, en cuyos casos, los Tribunales fijarán su duración (art. 1128 en relación con arts. 1125 y 1113 Cc). En el caso del préstamo civil, y por resultar la inmediatez en el cumplimiento de la obligación de restitución incompatible con la finalidad económica del préstamo, a través del cual —por definición— se cede el uso temporal de la cosa prestada, puede afirmarse que en todo caso en el que las partes no hayan señalado plazo de devolución serán los Tribunales los que hayan de fijarlo⁶².

En el caso del préstamo mercantil la situación es otra. Además del distinto régimen mercantil de las obligaciones puras (art. 62 CCom), el artículo 313 CCom dispone que

⁶¹ Como señala VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, *ob. cit.*, pp. 827-829, las formas más habituales de amortización en el préstamo son bien la amortización con reembolso único —con pago de intereses a la cancelación o con pago de intereses de forma periódica— bien cuotas periódicas que comprenden intereses y amortización de capital con múltiples variantes—cuotas de amortización constantes, amortización con el clásico sistema de amortización francés de cuotas con anualidad constante, amortización por el sistema alemán o de interés anticipado, amortización por el sistema americano o método del fondo de reconstrucción—. En definitiva, la variedad en la práctica es muy rica.

⁶² DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Artículos 1740 a 1747», *est. cit.*, p. 1624. Sin embargo, si bien esta conclusión es fácilmente alcanzable en el préstamo con interés, en el caso del préstamo gratuito debe ser objeto de mayor reflexión en la medida que, siendo la causa del contrato la mera liberalidad, podría pensarse que su naturaleza y circunstancias no aconsejan entender que hubo querido concedérsele al deudor. Salvo que concurriera alguna circunstancia de las establecidas en los artículos 1281 a 1288 Cc que permitiera interpretar la voluntad del prestamista de conceder un plazo de devolución en cuyo caso, ante su indeterminación, serían los Tribunales los que habrían de fijarlo, por la aplicación del artículo 1289.1º Cc el contrato de préstamo gratuito ha de interpretarse en el sentido de que el prestamista quiso poder exigir la devolución a su mero requerimiento, pues esta es la interpretación a favor de la menor transmisión de derechos e intereses que impone la disposición legal, sin perjuicio de que hubiera de ejercitar tal derecho bajo las exigencias de la buena fe (art. 7.1 Cc) que impongan la concesión de un cierto preaviso. No obstante, en la medida en que se comparte la conclusión en el caso del préstamo con interés —la reciprocidad de intereses del artículo 1289.1º Cc está garantizada en el préstamo retribuido en el que el interés retribuye el plazo—, no se profundizará más sobre la cuestión, sirviendo lo apuntado para resaltar la distinta causa, naturaleza y régimen jurídico que tiene el contrato de préstamo según sea con o sin interés. En este sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, pp. 15-16 distingue, dependiendo de que exista o no retribución, entre mutuo —contrato real, unilateral y gratuito— y préstamo —consensual, bilateral y oneroso—, que sería equivalente al binomio comodato/arrendamiento con la diferencia que, en el caso del préstamo, no existe una regulación legal específica.

en los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho, sin que, de otro lado, los Tribunales puedan reconocer términos de gracia, cortesía u otros que difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles respecto a lo pactado expresamente o al término fijado por una disposición terminante de Derecho (art. 61 CCom). En cualquier caso, además, los efectos de la morosidad en el cumplimiento de la obligación de devolución comenzarán al día siguiente del vencimiento -según pacto o *ex* 313 CCom-, sin necesidad de interpelación, produciéndose el devengo de los intereses moratorios (arts. 63.1º y 316 CCom).

Esta disposición específica del CCom impide la aplicación general del artículo 1128.1º Cc al préstamo mercantil. La fijación judicial del plazo de devolución de un préstamo mercantil sólo será posible, pues, si la duración del plazo hubiera quedado a voluntad del deudor, no si quedara a la del acreedor (STS 24 de mayo de 1971) pues, de no haberse fijado el plazo o haber quedado éste determinado como indefinido, existe un determinante precepto legal -art. 313 CCom- que decreta expresamente el momento a partir del cual podrá ser exigida la devolución, con independencia de que se haya pactado o no el abono de intereses⁶³.

El artículo 313 CCom al precisar el término de la obligación de restitución omitido en el contrato no impide que, en estos casos de indeterminación del plazo, pueda el deudor cumplir con su obligación de entrega en cualquier momento; no se trataría de un supuesto de pago anticipado, con independencia de que exista o no pacto de pagar intereses. El artículo 313 CCom regula, en puridad, el supuesto de denuncia unilateral por el prestamista de un contrato de duración indefinida⁶⁴, lo que viene a confirmar el carácter bilateral y sinalagmático del préstamo defendido en esta memoria: sólo denunciando el contrato puede el prestamista, que ya cumplió su obligación de entrega, desligarse de la otra obligación contraída con ocasión del préstamo, la de espera en la exigencia de la devolución, el pacto de *non petendo* ínsito en todo contrato -o pacto- de crédito o financiación y, por supuesto, en el préstamo.

En conclusión, el contrato de préstamo es un contrato de duración en el que resulta esencial el plazo de devolución durante el cual el prestatario puede disponer de la cosa prestada: el plazo expresamente pactado y, en su ausencia, el concedido prudencialmente por el Tribunal cuando sea aplicable el art. 1128 Cc o el mínimo

⁶³ En el mismo sentido, AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «El préstamo bancario», *est. cit.*, p. 147 entiende que el artículo 313 CCom sólo entraría en juego si no pudiese deducirse de la intención de las partes que puede pedirse al juez la fijación del plazo, aunque no concreta el supuesto mantenido aquí en el texto.

⁶⁴ AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «El préstamo bancario», *est. cit.*, pp. 147-148.

garantizado por el artículo 313 CCom de treinta días desde el requerimiento notarial de devolución, cuando se trate de préstamo mercantil⁶⁵. Nunca la obligación de restitución será exigible de inmediato; es propio y connatural del préstamo, formando parte de la propia definición legal del contrato, que entre la entrega y la devolución de la cosa prestada exista un lapso de tiempo, por breve que éste sea, que vendrá determinado por el pacto, los Tribunales o la Ley, pero durante el cual el prestamista resulta obligado a esperar la devolución de lo prestado, cuya exigencia le queda vedada por su vinculación al pacto de *non petendo* inserto, como elemento esencial, en todo contrato de préstamo y que lo configura como un contrato bilateral⁶⁶. El tiempo del cumplimiento de la obligación de restitución se alza, pues, como un elemento esencial y definitorio del contrato y no como un mero elemento accidental del mismo.

En estrecha relación con lo anterior interesa precisar si el plazo de restitución pactado, en su caso, ha sido establecido a favor de alguno de los contratantes o de ambos, conectando con la cuestión de la posibilidad del cumplimiento anticipado de la obligación de restitución. En este aspecto, careciendo el CCom de previsión legal específica, sería de aplicación tanto al préstamo mercantil (arts. 2 y 50 CCom) como al civil, la regla del artículo 1127 Cc que establece que cuando en las obligaciones se designe un término, el mismo se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto a favor de uno o de otro.

En el caso del préstamo la respuesta a la cuestión dependerá, una vez más, de estar en presencia de un préstamo con o sin interés. En el préstamo sin interés, el plazo de devolución fijado sólo ha podido ser establecido en beneficio del deudor, ya que el acreedor no recibe ninguna contraprestación por la espera. Por ello, en estos casos, el deudor puede anticipar el pago al no suponer esto ningún perjuicio –antes bien, todo el beneficio– al acreedor. No así en el caso de mediar intereses. En el préstamo a interés «el prestamista coloca su capital con la esperanza legítima de obtener una ganancia determinada, de la cual se vería privado a voluntad del deudor desde el instante en que

⁶⁵ Téngase en cuenta que el artículo 313 CCom establece un plazo para la exigibilidad de la obligación pura de devolución de lo prestado distinto y más amplio que el establecido con carácter general por el artículo 62 CCom para la exigibilidad de las obligaciones mercantiles puras –10 días o al día siguiente, según produzcan acción ordinaria o ejecutiva, respectivamente– que, a su vez, difiere del régimen general de las obligaciones puras del Cc.

⁶⁶ En este sentido BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, p. 19 para quien «la tesis de que la entrega del dinero sea la única obligación a cargo del prestamista no resulta en absoluto evidente». También CÓRDOBA ARDAO, B.M. y DE CASTRO ARAGONES, J. M., «Tratamiento concursal de los contratos bancarios», en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (dirs.), *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, 2012, t. II, pp. 231-321, p. 245 mantienen que el contrato de préstamo es un contrato de «tracto sucesivo, ya que es consustancial que la cosa entregada no sea inmediatamente exigible, pues la causa del contrato es disponer de ella durante cierto tiempo»

éste pudiera lícitamente devolverle lo prestado antes del término convenido, viniendo por este hecho a hacerse desigual la condición de los contratantes» (STS 1 de marzo de 1887)⁶⁷. Otro argumento más en la defensa de la bilateralidad y reciprocidad de las obligaciones de las partes en el contrato de préstamo a plazo con interés.

E) LA RECIPROCIDAD DE SUS OBLIGACIONES. EL PACTO DE INTERÉS

Mientras que la *duración* del préstamo marca el carácter bilateral que en esta memoria se defiende del contrato, su reciprocidad depende de la existencia o no del pacto de pagar intereses. El análisis de la naturaleza y función de este pacto determinará la relación de reciprocidad entre las obligaciones de las partes.

Todo contrato de préstamo es configurado en la ley como naturalmente gratuito. En el préstamo civil, «no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado» (art. 1755 Cc); los préstamos mercantiles «no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito» (art. 314 CCom). Prescindiendo del análisis de las razones históricas explicativas del fundamento de esta determinación legal⁶⁸, especialmente incongruente y paradójica en el caso de los préstamos mercantiles –en los que además de exigirse el pacto se exige también su constancia escrita⁶⁹, conviene concretar el

⁶⁷ *Non vidi* citada en DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Artículos 1740 a 1747», *est. cit.*, p. 1625. Esta misma interpretación del distinto régimen que, en aplicación del artículo 1127 Cc, ha de tener el préstamo con o sin interés es defendida por ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, v. II, ob. cit.*, pp. 808-809.

⁶⁸ AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «El préstamo bancario», *est. cit.*, pp. 60-61, explica que el asunto de los intereses ha sido en la Historia el elemento más controvertido del préstamo, dado que la Iglesia, por prohibición bíblica, se opuso lisa y llanamente a su estipulación. Sobre los autores cristianos pesó no sólo la autoridad de las Sagradas Escrituras sino también la concepción platónica y aristotélica de que la finalidad del dinero es la de permitir el intercambio, pero no el incremento del valor de la moneda misma, ya que esta forma de adquirir riqueza es *contra natura*. Para Santo Tomás la usura era un pecado contra la justicia, no obstante lo cual, en la *Summa Theologica* considera lícito obtener réditos de los capitales invertidos en un negocio ajeno o a través de una sociedad por cuanto, manteniendo la propiedad de lo aportado, recaerían en cabeza propia los riesgos de su posible pérdida. No obstante, los intereses en los préstamos se fueron imponiendo y, con el tiempo, la preocupación se traslada a distinguir los lícitos de los ilícitos por abusivos. Con la revolución industrial el préstamo pasa de ser instrumento para la financiación de las necesidades –suntuarias u ordinarias– de los particulares a servir para la financiación de las empresas, imponiéndose el auge de los préstamos mercantiles. Un completo análisis de los antecedentes históricos y legislativos de la regulación de los intereses puede verse en MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses, ob. cit.*, pp. 1-75 y JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 23-58. Un estudio de esta evolución histórica de la prohibición de los intereses en Italia puede verse en STOLFI, N., «Il mutuo», en *Diritto Civile, v. IV*, Turín, 1934, pp. 423-436.

⁶⁹ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios, ob. cit.*, pp. 230-231: «por extraño que parezca, este interés no es elemento esencial en el préstamo mercantil, según el artículo 314 CCom (...). Este criterio legal es objeto de censura por parte de la doctrina mercantil. Y con razón, porque un préstamo mercantil y gratuito al mismo tiempo es un contrasentido»; comercialidad y gratuidad son términos contradictorios también para LANGLE RUBIO, E., *Temas de Derecho Mercantil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, p. 123: «En ningún acto de comercio tiene justificación la gratuidad, pero mucho menos puede justificarse que ésta sea establecida como presunción; es más lógica la onerosidad»; FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, C. y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, C., «El contrato de préstamo y crédito», v. I, DIJUSA, 2000, p. 315:

lugar que en el contrato de préstamo ocupa el pacto de interés, lo que depende de la naturaleza jurídica que se atribuya a los contratos de crédito, de los que el préstamo con interés es el paradigma⁷⁰.

Existen diversas teorías para explicar el crédito como objeto de los contratos –la mayoría de las cuales pone el acento en el intercambio de bienes que en ellos se produciría–, articulando el préstamo como un negocio en el que una parte transmite a la otra la propiedad de un bien (art. 1753 Cc)⁷¹. En la clásica de BÖHM-BAWERK⁷² se construye el préstamo como un contrato por el que se intercambia la riqueza presente por una riqueza futura. Es un *intercambio*, pero diferido en el tiempo: en los negocios de crédito se intercambian bienes presentes por bienes futuros y, en este intercambio, existe una equivalencia objetiva que resulta de la divergencia subjetiva de los valores comparados. La teoría del cambio configura el contrato de crédito como uno de intercambio de bienes actuales por bienes futuros y considera el interés como la *diferencia de valor* entre aquéllos y éstos. Este contrato se aproximaría a una permuta, sólo que en ésta las cosas dadas y las recibidas se distinguen cualitativamente, mientras que en el contrato de crédito la diferencia sería únicamente cronológica y subjetiva⁷³.

«en materia mercantil lo consustancial es el lucro y no la gratuidad»; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», *est. cit.*, p. 346. Por paradójico que pueda parecer, la disposición del artículo 314 CCom tiene carácter imperativo, por lo que no se comparte la opinión expresada por AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «El préstamo bancario», *est. cit.*, p. 62 de que el anacronismo de la norma permita entenderla sustituida, para los préstamos bancarios, por un uso de comercio en contrario en virtud del cual, en ausencia de pacto, el banco tendría derecho a cobrar el tipo que habitualmente y con carácter preferente aplica el banco prestamista.

⁷⁰ Se parte de la necesidad del pacto de interés pero no se entrará en la discusión doctrinal sobre si dicho pacto ha de ser expreso –escrito u oral– o si, por el contrario, sería admisible el pacto tácito o el revelado de manera indudable por la conducta del prestatario. Para esta cuestión *vid.* MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, pp. 257-261.

⁷¹ GIAMPACCOLO, G., «Comodato e mutuo», en GROSSO y SANTORO-PASSARELLI (dirs.), *Trattato di Diritto Civile*, Milán, 1972, pp. 45-52 recoge críticamente las principales teorías defendidas por la doctrina italiana.

⁷² BOHM-BAWERK, E., *Capital e interés: historia y crítica de la teoría sobre el interés* (traducción al castellano), 2º edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

⁷³ La teoría del cambio fue formulada por BÖHM-BAWEK «*Histoire critique des theories de l'interêt du capital*», v.II, París, 1902, pp. 196 y ss, desarrollada por los economistas SHUMPETER y FISCHER y reelaborada desde una perspectiva jurídica por CARNELUTTI, «*Teoria giuridica della circolazione*», Padova, 1933, pp. 26 y ss y, más tarde, por OPPO, «*Il contratti di durata*», 1943; *vid.* GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, *ob. cit.*, p. 36.

YSÀS SOLANES, M., «Algunas consideraciones...», *est. cit.*, p. 1367, explica la formulación de esta teoría en la doctrina italiana: tanto en la permuta de los bienes como en el intercambio de un bien por dinero cada una de las partes atribuye al bien distinto valor subjetivo en el momento inicial y en el momento final. De esta forma, el deudor valora más el bien actual que el que deberá restituir, y el acreedor, a la inversa, valora más el bien que le restituirán en el futuro que el actual. Por tanto, las diferencias entre crédito e intercambio, que hacen cuestionar que sean equivalentes, «quedan superadas al atribuir un valor subjetivo a los bienes que, evidentemente, estará relacionado con la finalidad que cada una de las partes pretenda conseguir a través del negocio». Para esta autora, la definición de crédito cual intercambio diferido en el tiempo, como elemento común a todos los contratos de crédito, es difícil de encajar si se tiene en cuenta que el intercambio supone causa onerosa (art. 1274 Cc) y el comodato es

GARRIGUES niega esta teoría que concibe la operación de crédito como un cambio de bienes o de valores separado por el tiempo, dado que –en su opinión–, dentro de ese concepto, la operación de crédito presupone un contrato bilateral de prestación inmediata y contraprestación aplazada cuando, en nuestro ordenamiento, el contrato de crédito típico –el mutuo– es un contrato unilateral. En tal entendimiento, articula el concepto jurídico del crédito como objeto contractual sobre la premisa de consistir la voluntad del dador del crédito en devenir acreedor de una obligación aplazada, «es decir, la voluntad de realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico». Viene a alinearse con la teoría del aplazamiento, según la cual el instrumento único con el que se realiza la función crediticia es la dilación o *differimento*, que «se exterioriza jurídicamente en la asunción, por parte del acreedor del pago o de la restitución, de una obligación de no pedir, obligación de ejecución continuada. El acreedor –dice GIERKE al referirse al *pactum de non petendo* como elemento constitutivo del mutuo– está ligado a no pedir la restitución del capital sino al vencimiento de su obligación, y el prestatario tiene un derecho contractual a esta omisión, derecho que puede hacer valer no sólo frente a la demanda planteada *ante diem*, sino también cuando la conducta del acreedor haga temer la repetición prematura del capital objeto del préstamo»⁷⁴. En este esquema, el interés actuaría como *precio que retribuye la obligación de no pedir*, el tiempo que media entre las prestaciones de ambos sujetos de la relación crediticia.

Según la *teoría del goce*, predominante en la doctrina alemana y cultivada en la italiana para explicar la naturaleza del mutuo oneroso, el interés que paga el prestatario representa el *precio del goce del capital*, siendo el objeto de ese disfrute el dinero como cosa material, bien la suma como cantidad abstracta o bien el propio capital⁷⁵. Para

esencialmente gratuito (art. 1740.2 Cc) y el simple préstamo también lo puede ser (art. 1740.3Cc). Sin embargo, estas objeciones dejarían de serlo si se considera que tanto en el comodato –que es naturalmente gratuito– como en el préstamo sin interés no hay realmente intercambio ni, por ello, causa onerosa, sino que en los mismos la causa es la mera liberalidad del bienhechor, que presta sin retribución (art. 1274 Cc). Por tanto no son negocios de crédito sino de pura beneficencia.

⁷⁴ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, ob. cit., pp. 35-36. Para él la esencia jurídica del crédito viene configurada por los siguientes elementos: la transmisión (actual o prometida) de la propiedad de una cosa del acreedor al deudor con contrapartida económica diferida, la pausa o dilación entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor y, por último, el interés como precio del tiempo que media entre las prestaciones de ambos sujetos de la relación crediticia. La doctrina del *differimento* es también defendida en la doctrina italiana por autores como SIMONETTO, ASCARELLI, CARNELLUTI, BERLIRI, OPPO, todos ellos recogidos y citados por GIAMPACCOLO, G., «Comodato e mutuo», est. cit., p. 46. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 36.

⁷⁵ ESSER, LARENZ, VON LUBTOW, FIKENTSCHER son los precursores de esta doctrina en Alemania, que ha sido reelaborada en Italia por FRAGALI, «Del mutuo», 1969. Vid. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 36.

CARRESI⁷⁶ el intercambio en el mutuo oneroso no se da entre entrega de capital y su restitución, sino entre el goce del capital durante el plazo establecido y su precio –los intereses–. El inconveniente que en su propuesta de «gocce» del capital supone la transmisión de la «propiedad» del dinero lo salva argumentando que, en el momento de la entrega, el derecho real de propiedad del mutante se transforma en un derecho personal, un derecho de crédito frente al mutuario que está gravado o limitado por un derecho de goce, de naturaleza personal, que corresponde al mutuario por todo el tiempo de la duración del contrato. En este esquema, los intereses que el mutuario paga al mutuante son la compensación por la concesión que el mutuante hace al mutuario.

En el préstamo con interés, éste funciona sin duda como prestación debida al acreedor según se desprende del artículo 315 CCom cuando, tras disponer que podrá pactarse sin tasa ni limitación alguna, afirma que *se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor*. Tal prestación es, también sin duda, recíproca de la obligación de ejecución continuada que asume el prestamista de no pedir la restitución del capital hasta su/s respectivo/s vencimientos. No obstante, hay autores que, por distintas vías, alcanzan conclusiones negatorias de este carácter retributivo de los intereses en el préstamo.

Quienes rechazan el carácter bilateral del préstamo niegan que el prestamista asuma obligación alguna y, por tanto, no cabe afirmar que el interés sea *contraprestación* de nada. Partiendo de la distinción entre dos categorías contractuales diferentes –contratos onerosos y gratuitos (que se refieren a la causa) por una parte, y contratos unilaterales y bilaterales (que se refieren a las obligaciones nacidas del contrato) por otra–, se dice que cuando el mutuo es con interés es un contrato oneroso que no por eso deja de ser unilateral, puesto que sólo surgen obligaciones para una de las partes, la mutuaría, de devolver lo prestado y pagar los intereses; el contrato de mutuo es bilateral sólo en el caso de que, con o sin pacto de intereses, revista carácter consensual y consista en un pacto por el que una parte se obligue a prestar en el futuro y la otra a devolver transcurrido un cierto plazo desde esa entrega⁷⁷. ALBALADEJO conecta la bilateralidad no sólo con la consensualidad sino también con la onerosidad, afirmando que, si se pacta el pago de intereses, el contrato es oneroso, pero, si es real, no es bilateral porque de él sólo surgen obligaciones a cargo del mutuario, mientras que «el mutuo no real, cuando devenga intereses, sí es bilateral, ya que surgen obligaciones a cargo de ambas

⁷⁶ CARRESI, «*Il comodato. Il mutuo*», en VASALLI (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, 2ª edición, Turín, 1957, pp. 93-97.

⁷⁷ DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Artículos 1740 a 1747», *est. cit.*, p. 1603.

partes»⁷⁸.

DIEZ-PICAZO⁷⁹ distingue onerosidad y sinalagmaticidad, no ya mera bilateralidad. La idea de onerosidad alude a la carga (*onus*) que el negocio impone y se predica, más que nada, de la estructura del contrato. El negocio o vínculo que de él se deriva es gravoso para ambas partes porque exige de ellas sacrificios y al mismo tiempo le produce ventajas. Esta onerosidad –y estas ventajas y sacrificios– se encuentran entre sí en una relación de «reciprocidad de intereses» (art. 1289 Cc). Sin embargo, la idea de sinalagmaticidad encuentra su justificación en la interdependencia o nexo causal que existe entre dos deberes de prestación, de manera que cada uno de ellos en relación con el otro funciona como contravalor o contraprestación. Además, esta interdependencia se produce entre obligaciones cuyo objeto es la prestación principal, pero no entre todos los deberes que nazcan de una relación obligatoria. En la relación obligatoria sinalagmática, por tanto, cada deber de prestación funciona como equivalente y como contravalor del deber de prestación recíproco. Este nexo de interdependencia entre los deberes de prestación funciona en dos aspectos distintos, bien en la génesis de la relación obligatoria, en la que cada deber constituye la razón de ser o la causa de la prestación de la otra parte (*sinalagma genético*), de tal forma que la inexistencia o desaparición de uno de los deberes conlleva que el otro carezca a su vez de sentido, bien porque deban cumplirse simultáneamente (*sinalagma funcional*). Por ello, añade, el mutuo con interés es el ejemplo académico que revela que onerosidad y sinalagma (o reciprocidad) no son la misma cosa; el préstamo con interés es oneroso para ambas partes porque se les concede ventajas y sacrificios, pero no es sinalagmático porque de él derivan obligaciones sólo a cargo del prestatario. Con ello, si bien todo contrato sinalagmático es oneroso, no todos los onerosos son sinalagmáticos, lo que es posible al considerar que la onerosidad consiste en que el negocio genera atribuciones patrimoniales para ambas partes y el sinalagma, en cambio, se encuentra en la línea de las obligaciones y está formado por la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación⁸⁰.

Sin embargo, como ya se ha intentado fundamentar en esta memoria, el contrato de préstamo de dinero a interés no es unilateral sino bilateral, pues en todo supuesto surge la obligación a cargo del prestamista de respetar el pacto de *non petendo* esencial al contrato e ínsito en el mismo, sujetándose la obligación de no pedir la restitución al

⁷⁸ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, v. II, *ob. cit.*, p. 805.

⁷⁹ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. v. II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 373-375.

⁸⁰ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 9ª edición, Madrid, 2001, v. II, pp. 149-150.

transcurso del plazo expresamente previsto en el contrato o el que, de otro modo, fijen los Tribunales o la Ley que es lo que, a la postre, garantiza el derecho del prestatario a usar/disponer del capital prestado. Y ello con independencia de que el contrato se haya perfeccionado con la entrega o con el consentimiento, en cuyo caso el prestamista tendrá, además, la obligación contractual de entregar el capital comprometido⁸¹. La cuestión a dilucidar no es ya si un préstamo de dinero –con o sin interés– es un contrato bilateral, sino si, conteniendo pacto de interés, es también sinalagmático y cuáles son las prestaciones unidas por el sinalagma o relación de reciprocidad; en definitiva, determinar qué es lo que realmente retribuye el interés, en su caso. Y esto, en primer lugar, porque la segunda vía para negar el carácter retributivo del interés deriva de afirmar el carácter bilateral del préstamo pero negar la reciprocidad o sinalagmaticidad de las obligaciones de él nacidas (si las obligaciones de prestamista y prestatario no son recíprocas entre sí la obligación de intereses no podrá ser *contraprestación* de obligación alguna del prestamista). Además, en segundo lugar, porque será de ello de lo que dependa el tratamiento concursal que hayan de recibir los intereses retributivos.

Negando la mayor, no reconociendo el carácter sinalagmático del contrato de préstamo, se afirma que la consensualidad del préstamo podría llevar a su bilateralidad [obligación de entrega y obligación de restitución y, en su caso, abono de intereses] pero «esto no significa que nos encontremos ante un contrato sinalagmático, pues aunque en el mutuo con interés pueda encontrarse cierta interdependencia entre las prestaciones de ambas partes (en cuanto se trata de un contrato oneroso y conmutativo), es dudoso que ambas obligaciones nazcan simultáneamente, ya que la obligación del prestamista nace del acuerdo de voluntades y la del prestatario de dicho acuerdo más el hecho de la entrega del capital ya que hasta que ésta tenga lugar no nace su obligación de restituirlo ni la de pagar intereses. En cualquier caso, lo que sí que es evidente es que no puede darse en este caso la regla del cumplimiento simultáneo: se trata de un contrato en el que las obligaciones de las partes deben, necesariamente, ser cumplidas sucesivamente.»⁸²

Frente a esta postura y, por conectarse la bilateralidad con la consensualidad, sólo entre los partidarios del mutuo consensual se encuentran distintas explicaciones al funcionamiento del sinalagma y la relación de reciprocidad de la obligación de intereses. De un lado, suele entenderse que la obligación de pagar intereses a cargo del

⁸¹ GONZÁLEZ PALOMINO, J., «La adjudicación para pago de deudas», *est. cit.*, pp. 277-278 va más allá y defiende que la entrega de la cantidad prestada, aun cuando coincida con la celebración del contrato, es siempre el cumplimiento de una obligación contractual –*solvendi causa*– por lo que el contrato es bilateral en todo caso.

⁸² ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de 10 de julio de 1990», *est. cit.*, p. 885.

prestatario se encuentra en una relación de sinalagmaticidad genética con la obligación de entregar el capital a cargo del prestamista. Así, los intereses que el prestatario paga al prestamista serían la compensación o contrapartida por la entrega o puesta a disposición del capital⁸³. Frente a ello se oponen argumentos como que vincular causalmente el abono de intereses a la entrega del capital dejaría sin sustento causal a la obligación de su restitución, so pena de considerar que la compartirían y que, por tanto, una misma obligación del prestamista soportaría dos obligaciones distintas del prestatario; o que la interdependencia que caracteriza a los deberes de prestación en las obligaciones sinalagmáticas se produce entre obligaciones cuyo objeto es la prestación principal, no prestaciones accesorias como son los intereses⁸⁴.

De otro lado, los defensores de la teoría del goce, no conectan la obligación del pago de los intereses con la entrega del capital sino con el plazo que debe respetar el acreedor y que es lo retribuido a través del interés. El intercambio en el mutuo oneroso se da entre el goce del capital durante el plazo previsto y el precio del mismo, es decir, los intereses. En el momento de la entrega, el derecho de propiedad del prestamista sufre una modificación cualitativa, transformándose el derecho real en derecho personal (art. 1753 Cc), en un derecho del crédito a la restitución, que está gravado o limitado por un derecho de goce, de naturaleza personal, que corresponde al prestatario por todo el tiempo de duración del contrato⁸⁵. De ahí se deduciría que mientras el mutuo sin interés es un contrato gratuito –unilateral, si real, y bilateral, si consensual–, del que sólo nacen las obligaciones de entrega y restitución, el mutuo oneroso es un contrato con prestaciones respectivas –bilateral–, con independencia de que sea real o consensual, ya que aparte de la entrega y la restitución surge la obligación del mutuante de observar el plazo que limita su derecho de crédito y cuya contrapartida es la obligación del mutuario del pago de los intereses y su derecho al goce de lo prestado durante el plazo establecido⁸⁶.

Pero para concluir sobre el verdadero sentido del pacto de intereses y encontrar la

⁸³ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios, ob. cit.*, p. 231: «el prestamista asume la obligación de entregar el capital a cambio de la obligación de pagar intereses que asume el prestatario. Entrega del capital y abono de intereses representan el cambio de prestaciones propio de los contratos bilaterales»; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, v. II, ob. cit.*, p. 805 quien defiende, como se vio, que sólo es bilateral el préstamo consensual oneroso, entiende que «las obligaciones de ambas partes –de entregar la cosa y de pagar interés- son la una contrapartida de la otra».

⁸⁴ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses, ob. cit.*, pp. 254- 256 quien los pone de manifiesto pero concluye que lo verdaderamente relevante es la autonomía, no la accesoriedad, de que goza la obligación de pagar intereses dentro del contrato de préstamo cuyo pacto integra de forma necesaria la causa del contrato de préstamo a interés.

⁸⁵ CARRESI, «*Il comodato. Il mutuo*», *est. cit.*, pp. 93-97.

⁸⁶ YSÀS SOLANES, M., «*Algunas consideraciones...*», *est. cit.*, pp. 1374-1375.

relación de reciprocidad hay que considerar también otros elementos que se encuentran en el fundamento jurídico –y económico– del interés en el préstamo. Los intereses también representan la *compensación por el riesgo* que asume el prestamista como consecuencia de la operación y durante su vigencia⁸⁷, por lo que el tipo de interés se verá afectado por el riesgo de forma que cuanto mayor sea éste tanto mayor será la recompensa⁸⁸. También el interés representa la propia *actualización del capital*; considerando que el prestatario ha de devolver la suma prestada sin que las fluctuaciones del valor del dinero afecten al *quantum* de su obligación (principio nominalista *ex arts. 1740 y 1754 Cc y 312 CCom*), la alteración del poder adquisitivo del dinero prestado constituye riesgo o [más difícilmente] ventaja para el prestamista, por lo que el interés vendría también a ser la actualización del capital prestado⁸⁹. A estos elementos, por último, se uniría, en el caso del préstamo bancario de dinero, el componente de *recuperación del coste de producción*. Como bien es sabido, el negocio bancario viene constituido, básicamente, por la intermediación en el crédito, de modo que las entidades de crédito acometen las operaciones activas con los fondos obtenidos del público a través de las operaciones pasivas, y en la diferencia entre el interés satisfecho por los depósitos y el interés cobrado por los préstamos, se encuentra, entre otros, el beneficio del negocio bancario. Por ello, el interés en el caso del préstamo bancario no representa íntegramente ganancia, sino que, en la parte que viene a compensar el interés satisfecho por el dinero recibido de los depositantes, supone, simplemente, la recuperación de un coste de la actividad.

Concluyendo, el préstamo de dinero con interés, típica aunque no necesariamente mercantil ni bancario, es un contrato de crédito o financiación en el que los intereses son el precio del dinero prestado o la renta del servicio de financiación⁹⁰, y cuya

⁸⁷ LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. v. I. Parte General. Teoría general del contrato*, Dykinson, 2007, p. 103; YSÀS SOLANES, M., «Algunas consideraciones...», *est. cit.*, p. 1375.

⁸⁸ En la valoración del riesgo y, por tanto, en la determinación del tipo de interés, se tendrán en cuenta, fundamentalmente, las garantías ofrecidas a la restitución, pues cuanto mayores sean éstas, menor será el riesgo de incumplimiento. Esto explicaría, *v.gr.*, que en el mercado bancario el tipo de interés de un préstamo con garantía hipotecaria resulte menor que el de un préstamo personal, o que el tipo de interés para un préstamo personal para clientes preferenciales resulte inferior que para aquéllos que no lo son.

⁸⁹ YSÀS SOLANES, M., «Algunas consideraciones...», *est. cit.*, p. 1382. De hecho, de pactarse unos intereses que simplemente mantuvieran el valor del dinero a lo largo del plazo, nos hallaríamos ante un negocio jurídico gratuito en realidad, ya que no habría contraprestación para el prestamista a su renuncia a la liquidez por la utilización del capital por parte del prestatario.

⁹⁰ Denominaciones precio y renta más oportunas, respectivamente, en la consideración del préstamo como un contrato de cambio o como un contrato de goce. Este sentido se recoge en la STS de 22 octubre 1984 (RJ 1984\4910): «pero es que, además dicho precepto se refiere a intereses moratorios y no a los convenidos para el tiempo del mutuo y a que se aplicara los artículos 1755 del Código Civil y 314 del de Comercio, debiendo distinguirse entre unos y otros intereses siquiera tanto los pactados como los moratorios (éstos, ya pactados, ya legales) se muevan sobre la misma línea económica de valorar o bien

determinación es resultado de la valoración conjugada de varios componentes: *i*) la actualización del capital –en la medida que tienda a compensar la depreciación monetaria–; *ii*) el factor riesgo –en la que venga a compensar la posibilidad de incumplimiento–; *iii*) el coste de producción –en la que suponga recuperar el precio a su vez pagado por obtener el dinero que se presta–, y *iv*) el rendimiento del capital, que será la pura retribución del servicio o margen de beneficio. Sólo cuando el tipo de interés pactado supere el montante de los otros componentes la diferencia supondrá, realmente, el rendimiento del capital, el beneficio obtenido por el prestamista⁹¹.

Llegado este punto puede afirmarse que cuando el préstamo es con interés hay un cambio de prestaciones semejante al de los contratos sinalagmáticos. El préstamo de dinero –como todos los contratos de crédito– tiene por objeto la disponibilidad de fondos monetarios, la cual viene configurada por dos elementos necesarios, indisolublemente unidos: la *entrega* –en el caso del préstamo– o mera *puesta a disposición* –en otros contratos de crédito– *de una determinada cantidad de dinero* y la concesión de un *plazo* durante el cual la suma prestada no ha de ser restituida. Sin cualquiera de ellos no hay disposición y, por tanto, no hay crédito, de modo que tan esencial es la entrega (o puesta a disposición) como el plazo de su devolución. La conducta exigible al prestamista vendrá determinada, pues, tanto por la entrega de la suma prestada como por el respeto del plazo de restitución. El derecho del prestatario no consiste sólo en recibir la cantidad que se le entrega sino también en poder retenerla según la duración del contrato; no sólo porque recibe, sino porque puede retener, el prestatario se obliga a pagar intereses.

Partiendo del carácter bilateral del préstamo aquí defendido, dada la configuración de su objeto según el concepto dual de disponibilidad expuesto, podría afirmarse que es un contrato sinalagmático, tanto si el contrato es real como si fuera consensual: en la primera hipótesis, el sinalagma funciona entre la obligación de espera y la de pago de intereses, siendo la entrega *conditio iuris* para el nacimiento de la obligación de devolución⁹²; en la segunda, si es consensual, el sinalagma podría ser doble (entrega

la disponibilidad de dinero obtenida por el prestatario durante el tiempo fijado (los contractuales) o (los moratorios) la privación sufrida por el acreedor, por cuanto los cometidos son jurídicamente diferenciables al ser los pactados para el plazo convenido la remuneración (a la manera de precio del dinero o de renta por su utilización) mientras que a los moratorios los singulariza su finalidad indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación.»

⁹¹ En contra, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, v. II, ob. cit.*, pp. 75-76 opina que, en realidad, la parte del interés que suponga compensación de la depreciación monetaria o del riesgo de incumplimiento no sería verdadero interés que, por tanto, para él sólo es lo que del precio suponga beneficio al prestamista, no obstante lo cual admite que todas estas circunstancias han de ser consideradas para enjuiciar sobre si el interés pactado resulta o no leonino.

⁹² MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses, ob. cit.*, p. 256.

correspondida con devolución y espera correspondida con pago de intereses)⁹³ o único (pago de intereses y devolución correspondidos con entrega y espera o entrega con pago de intereses)⁹⁴. Sin embargo, como la función económica del contrato de préstamo – como cualquier otro de financiación– sólo se cumple mediante la disponibilidad por el prestatario de la cantidad prestada, implica dos obligaciones a cargo del prestamista: entrega de fondos y espera para exigir su devolución; paralela y respectivamente, el prestatario ostenta el derecho de recibir la suma prestada y el de retenerla –no devolverla– durante un tiempo. En definitiva, pues, el sinalagma es doble y la obligación de entrega se corresponde con la obligación de restitución –obligación única, eventualmente divisible en periodos– y la de retención de lo recibido, con el pago de intereses –obligaciones de tracto sucesivo–. El pago de intereses viene a ser, así, la contraprestación debida al prestamista por la puesta a disposición del prestatario de una suma de dinero con restitución aplazada, que éste asume por la libre disponibilidad que de esa suma adquiere durante el plazo correspondiente. Los intereses vienen a ser el precio que el prestamista recibe y el prestatario paga por la disponibilidad temporal del dinero.

En cualquier caso, funcione como lo haga el sinalagma, cabe afirmar con toda rotundidad el carácter bilateral y sinalagmático del préstamo oneroso, configurándose el interés como precio pactado, que retribuye al prestamista la indisponibilidad temporal que asume de la suma prestada, y consecuentemente, como causa para él del contrato⁹⁵.

⁹³ YSÀS SOLANES, M., «Algunas consideraciones...», *est. cit.*, pp. 1382-1383 «mientras la obligación de amortización del capital es contrapartida de la entrega del préstamo, la obligación del pago de intereses remunera el servicio que el préstamo proporciona al prestatario, aunque jurídicamente se haya configurado la deuda de intereses como accesoria a la de capital»; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, p. 18 «desde el punto de vista funcional, el sinalagma funciona que la prestación de entrega se corresponde con la de recepción y la de privación con el pago de intereses».

⁹⁴ La correspectividad entre entrega y pago de intereses es defendida por ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, v. II, *ob. cit.*, p. 338 y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2º, 2ª ed., Barcelona, 1982, p. 386.

⁹⁵ A idéntica conclusión, que extiende al préstamo oneroso sea cual sea su objeto, llega LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. v. II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. Dykinson, 2009, p. 172: «Una antigua S., la de 4 de octubre de 1915, optó por el carácter sinalagmático del préstamo a interés. Por mi parte, opino igualmente que el mutuo, llevando pacto de interés, es un contrato sinalagmático, ya que la prestación del dinero va correspondida con la prestación de los intereses, sin que influya en tal calificación el hecho de que la obligación del prestatario comienza cuando el prestamista ya ha cumplido su parte, acaso sin estar previamente obligado y constituyendo el contrato mediante la entrega. Pues siempre queda la relación de correspectividad entre el aplazamiento de la recuperación de la cosa por parte del mutuante y el pago de los intereses por el mutuario, con obligación de saneamiento en caso de evicción o vicios ocultos (dinero falso, trigo averiado), como en los otros contratos sinalagmáticos, y devolución de los intereses en caso de prestación fallida del mutuante. Éste responderá por los daños causados por la cosa entregada, no sólo en los términos del art. 1752, sino también siempre que medie culpa suya». Conecta el interés con la causa del contrato GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, *ob. cit.*, p. 226: «el prestamista cede su dinero para recibir un interés y este percibo de intereses es la causa del contrato para el Banco, dentro de la

En definitiva y conclusivamente, el contrato de préstamo puede ser real –si se perfecciona con la entrega– o consensual –si se perfecciona con el consentimiento–; puede ser gratuito –naturalmente– u oneroso –si existe pacto de interés–; en todo caso, será bilateral con independencia de haberse perfeccionado con la entrega o con el consentimiento, pactado o no el interés, porque el aplazamiento de la obligación de restitución es elemento esencial del contrato y, por tanto, siempre existirán, al menos, la obligación de restitución a cargo del prestatario y la de espera, a cargo del prestamista. Si el préstamo es real y gratuito, será bilateral pero no sinalagmático ya que entre las prestaciones de las partes, espera y devolución, no existe relación de reciprocidad; si es consensual y gratuito, será bilateral y sinalagmáticas entre sí la obligación de entrega y restitución, pero no la de espera, que no tendrá su respectiva retribución; si es real y retribuido, será bilateral y sinalagmáticas entre sí las obligaciones de espera y pago de intereses; y si es consensual y retribuido, será bilateral y sinalagmáticas entre sí las obligaciones de entrega con la de devolución del principal y la de espera con la de pago de intereses. En definitiva, la única característica que se niega del préstamo es su unilateralidad que, como se comprueba, no concurre nunca⁹⁶.

terminología empleada en el Código Civil en su artículo 1.274 cuando cataloga las diversas causas de la atribución patrimonial y dice que en los contratos onerosos se entenderá por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte», lo que comparte MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 373 al afirmar «este acuerdo de intereses integra de forma necesaria la causa del contrato de préstamo a interés (mutuo) por cuanto, por un lado, con él se alcanza el resultado práctico tutelado por el ordenamiento jurídico (entrega de capital a cambio de restitución y pago de intereses, art. 1740 en relación con el art. 1755 C.c.) y, por otra parte, este resultado ha sido buscado de común acuerdo por las partes contratantes». En el mismo sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, ob. cit., pp. 18-20.

⁹⁶ El 17 de junio de 2013, cumpliendo el encargo efectuado por Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006, la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación remitió al Ministro de Justicia su propuesta de Código Mercantil. En el Libro Quinto («De los contratos mercantiles en particular») regula su Título VII («De los contratos financieros mercantiles»), entre otros, el préstamo mercantil (capítulo III). Partiendo de un concepto de contratos financieros, según el cual son tales «aquéllos por los que, teniendo por objeto una cantidad o suma de dinero de curso legal, una o ambas partes conceden o facilitan a la otra directa o indirectamente financiación monetaria en la forma, plazo o términos que estipulen, a cambio de un precio» (art. 571.1), la citada propuesta da un giro copernicano en el tratamiento legal del préstamo mercantil, aproximándolo casi en su totalidad a lo que en esta memoria se viene manteniendo. Por tratarse de una simple propuesta –relevante y significativa por la solvencia y autoridad de su redactores, pero sometida a los inciertos devenires políticos, ministeriales y parlamentarios–, se procede, exclusivamente, a transcribir los preceptos relativos a la caracterización y régimen del préstamo mercantil de dinero y a la diferencia proyectada con el de apertura de crédito, resaltando tipográficamente lo más significativo a los efectos del objeto de este estudio:

CAPÍTULO III

DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL

SECCIÓN 1ª. DEL PRÉSTAMO DE DINERO.

Artículo 573-1. *Noción.*

Por el contrato mercantil de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma de dinero, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés.

Artículo 573-2. *Obligaciones del prestamista.*

F) ESPECIALES CONSECUENCIAS DE LA BILATERALIDAD DEL CONTRATO Y DE LA RECIPROCIDAD DE SUS OBLIGACIONES

Las consecuencias del carácter bilateral y sinalagmático del préstamo de dinero con interés trascienden a variados aspectos de su régimen jurídico. El objetivo ahora es analizar dos de ellas, íntimamente relacionadas entre sí, que vienen siendo negadas por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias y que resultan determinantes al objeto de analizar el tratamiento concursal del crédito por intereses.

-
1. El prestamista está obligado a *poner a disposición del prestatario el dinero objeto del préstamo en el tiempo, forma y condiciones convenidas*. Salvo pacto en contrario la entrega del capital se llevará a cabo desde luego y en el domicilio del prestamista.
 2. Salvo que del contrato resulte el reconocimiento por el prestatario de haber recibido la suma prestada, con detalle del modo y forma en que se haya verificado la entrega de la misma, *corresponderá al prestamista acreditar que ha cumplido su obligación*.

Artículo 573-3. *Obligaciones del prestatario.*

El prestatario está obligado a *devolver la suma recibida en el tiempo, lugar y condiciones convenidos*. También ha de *satisfacer el correspondiente interés, salvo pacto expreso en contrario*.

Artículo 573-4. *La devolución de la suma prestada.*

1. *La obligación de devolución nace cuando el prestamista entrega o pone a disposición del prestatario la cantidad de dinero convenida, pero no será exigible hasta que llegue el plazo fijado, salvo que concurriese alguna de las circunstancias que anticipan su vencimiento. [...]*

Artículo 573-5. *Contenido de la obligación de restitución del prestatario.*

1. El prestatario habrá de *devolver la misma cantidad nominal recibida*. La devolución se hará en la especie pactada o, en defecto de pacto o en caso de imposibilidad, en la moneda de curso legal en España.

[...] Artículo 573-6. *El interés del préstamo.*

1. El interés es la *retribución efectiva que ha de pagar el prestatario por la utilización del dinero prestado que en cada momento se adeude*. El interés *compensa, además, la eventual depreciación de la suma prestada, así como los riesgos y costes que asume el prestamista. [...]*

Artículo 573-7. *Devengo y pago del interés.*

El interés comienza a devengarse *desde el momento en que se produce la entrega o puesta a disposición del capital al prestatario*. Su pago será exigible cuando expire el plazo fijado al efecto o cuando venza, total o parcialmente, la obligación de restitución.

Artículo 573-8. *La mora y el incumplimiento del prestatario. [...]*

Artículo 573-9. *El anatocismo. [...]*

CAPITULO IV
DEL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO

Artículo 574 - 1. *Noción y régimen jurídico*

1. *Por el contrato de apertura de crédito una de las partes, acreditante, se obliga, dentro de los límites de cantidad y tiempo pactados, a poner a disposición de la otra parte, acreditado, una suma o sumas de dinero, o a efectuar las prestaciones previstas en el contrato que le permitan obtenerlo, a cambio de una retribución.*
2. El contrato de apertura de crédito *se regirá, en todo lo previsto en este Capítulo, por las normas relativas al contrato de préstamo, en tanto le sean aplicables.*

Texto completo editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia en http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/12842461-F730-40AB-8CB4-9242D1AF8553/240135/Propuesta_codigo_mercantil.pdf [última consulta el 27/XI/13]).

a) *Aplicabilidad del artículo 1124 Cc*

Según el tenor literal del artículo 1124 Cc y la doctrina jurisprudencial que lo viene interpretando, el ámbito de aplicación de la facultad resolutoria implícita se halla limitado a los contratos con obligaciones recíprocas. Como quiera que la jurisprudencia sigue afirmando el carácter unilateral del préstamo, suele considerarse que el precepto no le es de aplicación, si bien tal afirmación se hace unas veces tibiamente, otras contradictoriamente.

Conviene realizar, siquiera brevemente, un análisis jurisprudencial al respecto⁹⁷. En la STS de 22 de diciembre de 1997 (RJ 9113) –ya citada por su doctrina aceptante del préstamo consensual–, el alto Tribunal concluye declarando el vencimiento anticipado del préstamo, ante la falta de otorgamiento de una garantía comprometida, por aplicación del artículo 1129 Cc y precisando «*que no sea aplicable al préstamo el artículo 1124 Cc, [por ser un contrato unilateral cuando nace de la entrega] no significa que no pueda anticiparse el vencimiento del préstamo por incumplimiento del pacto de pagar los intereses*». Frente a esta argumentación, aducida *obiter dicta*, cabe argüir que no se reconoce diferencia entre *resolución por incumplimiento* del contrato de préstamo y su *vencimiento anticipado* por incumplimiento de las obligaciones esenciales del prestatario; acudir a esta última figura no es más que un eufemismo jurídico para evitar declarar la bilateralidad y reciprocidad del contrato de préstamo, sin entenderse bien por qué razones, si no sea por querer mantener a toda costa una doctrina que, en realidad, no se sustenta. El *vencimiento anticipado* del préstamo, basado en el incumplimiento de las obligaciones del prestatario, supone que éste pierde el beneficio al *plazo pactado*, quedando expedita para el prestamista la exigencia de la íntegra devolución *ante tempus*. Estas consecuencias no son, ni más ni menos, que las propias de una resolución del contrato de préstamo, en virtud de la cual cesaría la obligación de espera del prestamista única a la que, en esta memoria, se defiende que resulta obligado tras la entrega. A la solución ha de llegarse, pues, no por aplicación del artículo 1129 Cc, sino por el incumplimiento, *ex art. 1124 Cc*⁹⁸. La STS núm. 495/2001 de 22 mayo (RJ 2001\6466), a pesar de recoger la doctrina jurisprudencial de la unilateralidad del préstamo y no aplicabilidad del artículo 1124 Cc, deja en cierto modo abierta la puerta en cuanto que contesta que es cuestión *obiter dicta*, ya que en el caso concreto, no se producía la premisa del incumplimiento contractual que generaría las consecuencias de dicho artículo⁹⁹. Más

⁹⁷ Con anterioridad a la más moderna doctrina jurisprudencial que aquí se analiza, ya la STS de 10 de julio de 1990 (RJ 1990\5791), comentada por ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de 10 de julio de 1990», *est. cit.*, pp. 873-893 declaró que «no puede ser de aplicación la doctrina jurisprudencial del artículo 1124 Cc por dos grupos de razones: la primera de tipo doctrinal, al estar referido dicho precepto a las obligaciones recíprocas, y ser el préstamo un contrato unilateral según la unanimidad de los autores; y la segunda de orden práctico, ya que el Banco prestamista cumplió las obligaciones que le incumbían entregando el capital prestado, agotándose con ello sus obligaciones contractuales».

⁹⁸ GONZALEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a la STS de 16 de diciembre de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 84, 2010, pp. 1645-1728, considera que la cláusula de «resolución por incumplimiento» es, en rigor, de vencimiento anticipado; y es abusiva cuando los eventos susceptibles de precipitar esta consecuencia carecen de entidad o gravedad suficientes puesto que otra cosa sería consagrar la discrecionalidad de la entidad financiera. Se coincide en esto último, precisamente, por considerarla una causa de resolución.

⁹⁹ F.D. 6º: «El motivo no puede acogerse. El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega

paradójico resulta el caso de la *STS núm. 416/2004 de 13 mayo* (RJ 2004\2738). El supuesto es un procedimiento de reclamación de cantidad instado por la prestamista, quien interesó en la demanda que se declarara el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la demandada prestataria en un contrato de préstamo y, consecuentemente, se declarase resuelto el referido contrato por incumplimiento y la condena a abonar el principal del préstamo más los intereses vencidos desde la fecha del contrato. La sentencia de instancia estimó parcialmente y declaró resuelto el contrato de préstamo suscrito por los litigantes, condenando al pago del principal más los intereses legales correspondientes. La Audiencia Provincial confirmó íntegramente la de la instancia. La demandada formuló recurso de casación alegando, entre otros motivos, infracción del artículo 1124 Cc, al no haber tenido lugar su incumplimiento contractual como consecuencia –según adujo– de haber puesto el importe reclamado a disposición de la prestamista, quien se negó a recibirlo. En el fundamento de derecho segundo, y en la necesidad de confirmar una sentencia que aplicaba el artículo 1124 Cc al préstamo y lo declaraba resuelto por incumplimiento –en estricta congruencia con lo pretendido en la demanda–, el Tribunal Supremo acude al expediente de entender que la acción ejercitada no es, en realidad, la de resolución sino la de cumplimiento por pago anticipado, volviendo a recurrir al eufemismo jurídico¹⁰⁰.

implica un elemento esencial que sólo se da en algunos grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuuario pero no dan al prestamista la posición de obligado. Pese a alguna construcción de la doctrina francesa y parte de la italiana sobre la bilateralidad del préstamo con interés, nuestra doctrina jurisprudencial ha hecho inaplicable el art. 1124 del Código Civil, tratándose de un contrato unilateral–sentencia de 22 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9113)–. Por otra parte, el contrato de préstamo exige para su perfección la entrega de la cosa –sentencias de 4 de mayo de 1943 (RJ 1943, 703), 28 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1648) y 7 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7715)– al punto que si no se entregó la cosa o el dinero, no existe contrato de préstamo –sentencia de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7870)– y así surgido el contrato con la entrega, no produce obligaciones más que para el prestatario por tratarse de un contrato real –sentencia de 22 de diciembre de 1997–. *Mas en cualquier caso, y aunque se aceptase que el contrato de préstamo de este recurso fuese un contrato consensual y bilateral –lo que se dice tan sólo a efectos dialécticos y meramente discursivos– el motivo no podría prosperar tampoco, porque la sentencia «a quo» proclama que para que la resolución pudiera ser decretada al amparo del art. 1124 del Código Civil, hubiera sido preciso que la parte recurrida hubiese incumplido alguna de las obligaciones contractuales, hecho que no ha tenido lugar y, así, tal declaración no combatida haría ineficaz la tesis del motivo.* Constituye una doctrina uniforme de esta Sala, que no cabe estimar un recurso (o el motivo correspondiente) cuando haya de mantenerse subsistente el pronunciamiento o «fallo» de la sentencia recurrida, aunque sea por otros fundamentos distintos a los tenidos en cuenta –sentencias de 20 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9739), 22 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8864), 9 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 1541), 11 de julio de 1992 (RJ 1992, 6280), 9 de mayo de 1994 (RJ 1994, 7520), 24 de octubre de 1995 (RJ 1995, 3891), 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 6393) y 29 de julio de 1999 (RJ 1999, 6583), entre otras muchas–.

¹⁰⁰ «El primer motivo se formula al amparo del artículo 1692, 4º LEC, por infracción del artículo 1124 Cc. A tal efecto la recurrente alega que el demandante, en fecha 8 de septiembre de 1995, a diferencia de los otros dos prestamistas Sres. Manuel y Carlos María, no se personó en el domicilio social de la demandada a cobrar la cantidad que le correspondía y que se hallaba a su disposición en dicho lugar un pagaré; con lo que *la recurrente sostiene que no se ha producido incumplimiento contractual*, a pesar de que en la fecha el pagaré invocado no aparece abonado (...) La exposición que se ha hecho tan conocida como indiscutida de la condición resolutoria tácita, que ha llevado a la entidad recurrente a invocar como motivo del recurso la infracción del artículo 1124, determina por si la imposibilidad de esta invocación para el supuesto de autos, ya que *en el contrato de préstamo no se da reciprocidad de obligaciones*; la única, en principio, es la de devolución de lo prestado a cargo exclusivo del deudor. *De hecho se ha ejercitado acción no de rescisión del total recibido, sino de cumplimiento por pago anticipado, al no haberse abonado cantidad alguna adelantada en los plazos pactados.* Puestos en relación los hechos descritos anteriormente con la circunstancia de que en el momento de la presentación de la demanda, la recurrente no ha abonado cantidad alguna para la amortización del principal del préstamo ni para pago de intereses devengados, hay que estimar de todo punto razonable la apreciación de la sentencias de

El contrato de préstamo presenta la peculiaridad¹⁰¹ de poder resultar, en ciertos casos, económicamente equivalentes la opción del cumplimiento y la de la resolución ya que ambas supondrán la obligación de restituir el capital y de abonar, en su caso, los intereses retributivos devengados y los moratorios correspondientes¹⁰². Pero la diferencia y falta de equivalencia no es económica, sino jurídica, cuando para conseguir ese efecto haya que añadir a la acción de cumplimiento la declarativa del vencimiento anticipado para permitir la recuperación del total prestado a plazo. Se ilustra la explicación con dos ejemplos opuestos:

Imagínese un préstamo con pacto de devolución de la totalidad del principal y pago de los intereses retributivos a su término. Una vez vencido el plazo, y sólo en este momento único, podrá exigir el prestamista su abono. La falta de cumplimiento voluntario por el prestatario, el prestamista podrá ejercitar la acción del cumplimiento del contrato, con indemnización de daños y perjuicios que, por tratarse de una obligación dineraria, consistirá en el pago del interés moratorio pactado o el legal (art. 1108 Cc). En esta hipótesis carece de sentido la acción de resolución porque no queda plazo por vencer que convenga dejar sin efecto.

Supóngase ahora un contrato de préstamo con devolución durante un año, con cuotas mensuales constantes calculadas por el sistema de amortización francés, en el que cada cuota representa una parte de amortización y otra de intereses por un sistema de proporción entre ellos decreciente. El prestatario incumple su obligación, dejando impagadas, digamos, cuatro primeras cuotas. Ciertamente es que suele pactarse que tal incumplimiento es causa bastante para resolver el contrato, pero el problema estriba en dar solución jurídica cuando tal pacto no exista y se planteara el juego de la condición

instancia, con la necesaria desestimación del motivo esgrimido».

¹⁰¹ Como en el arrendamiento, respecto del cual la circunstancia de que los efectos económicos del cumplimiento y la resolución coincidan es puesta de manifiesto por BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, p. 37.

¹⁰² En contra, ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de 10 de julio de 1990», *est. cit.*, p. 884 afirma que el efecto de la resolución sería la devolución de lo entregado y, por tanto, de los intereses. Para un estudio en profundidad de las reglas liquidatorias del préstamo de dinero a interés en los supuestos de nulidad, anulabilidad, nulidad parcial y resolución *vid.* BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, para quien en el periodo de vigencia, de hecho, se compensan las prestaciones recíprocas (pp. 21-24). Para este autor (pp. 29-30) la reintegración patrimonial de una deuda de dinero consiste siempre en la restitución del importe de ésta, y cuando se trate de la liquidación de prestaciones fructíferas recíprocas, la restitución incluirá el interés como «valor de uso» del dinero lo que explica que no haya que devolver los intereses devengados (art. 1303 Cc). Este valor de uso ha de ser objetivo, puesto que no se trata de resarcir el daño particular sufrido por el acreedor, sino de reintegrar el patrimonio de este con el «precio» del goce que su derecho le atribuye. «El prestamista debe los intereses correspondientes al periodo que transcurre desde el incumplimiento hasta la resolución, pues durante ese tiempo ha recibido la 'privación' del prestamista sin pagar por ello; el prestamista retiene el interés correspondiente al tiempo de duración efectiva del préstamo (hasta la resolución) y restituye sólo el que hubiera cobrado por anticipado» (p. 37).

resolutoria implícita¹⁰³. Si se ejercitara la acción de cumplimiento del contrato, *stricto sensu*, el prestamista sólo podría exigir el pago de las cuotas vencidas e insatisfechas, con la indemnización de daños y perjuicios correspondiente, lo que llevaría a aplicar el artículo 1108 Cc y el devengo de intereses moratorios, al tipo legal o al contractual, pero manteniéndose en su integridad el resto de obligaciones contractuales, entre ellas el plazo y su correspondiente obligación de espera, manteniéndose por tanto el vencimiento inicialmente previsto para las sucesivas cuotas. Sin embargo, si se ejercitara la acción de resolución basada en el incumplimiento del prestatario, el prestamista podría exigir no sólo el pago de las cuotas vencidas e insatisfechas, sino también la restitución del total capital pendiente, por el cese de su obligación de espera, con la indemnización de daños y perjuicios que conduciría, normalmente también, a la aplicación del artículo 1108 Cc y el devengo de intereses moratorios de las cuotas vencidas e impagadas, pero que ampararía también una indemnización mayor por la vía de la reclamación del lucro cesante de los intereses retributivos dejados de percibir con la resolución¹⁰⁴.

De forma conclusiva, pues, el Tribunal Supremo no admite la acción de resolución porque concibe el préstamo como contrato unilateral; sólo el ejercicio de la acción de cumplimiento (STS núm. 416/2004). Pero para posibilitar que esta acción de cumplimiento consienta la recuperación del total capital hace falta acudir al expediente del vencimiento anticipado (STS de 22 de diciembre de 1997), el cual no encuentra su fundamento en supuesto alguno del artículo 1129 Cc sino, precisamente, en el incumplimiento y, por tanto, en el supuesto del artículo 1124 Cc, cuya aplicación directa pretende negarse a pesar de ser, en puridad, el que se está aplicando, por muchos circunloquios que quieran construirse¹⁰⁵.

¹⁰³ Para un estudio sobre los límites de las cláusulas contractuales resolutorias o de vencimiento anticipado *vid.* BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, pp. 41-50. Para este autor, dichas causas, cuando son predispuestas, será abusivas cuando no respeten los supuestos legales de vencimiento anticipado (art. 1129Cc) o los criterios que la jurisprudencia ha elaborado en aplicación del artículo 1124 Cc; y tratándose de cláusulas no predispuestas sino negociadas individualmente, los límites serían los generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc); también, GONZALEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a la STS de 16 de diciembre de 2009», *est. cit.*, pp. 1645-1728.

¹⁰⁴ Sobre la cuestión de si el artículo 1108 Cc permite o no la reclamación de unos daños y perjuicios superiores a los *a fortiori* previstos en dicho precepto, *vid. infra* primera, IV. 3, pp. 90 y ss.

¹⁰⁵ En contra, MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, p. 257, nota 12 recoge la opinión de MANRESA en el sentido de que la solución pasa, precisamente por la aplicación del artículo 1129 Cc. Se trataría de un problema de insolvencia del deudor pues faltando a su obligación del pago de intereses [no digamos ya de devolución del principal] esa falta de pago podría implicar su insolvencia, lo que supone aplicar el 1129 Cc que consigna la pérdida del derecho del deudor a la utilización del plazo. PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, *ob. cit.*, pp. 180-182, también sitúa la cuestión en la aplicación del artículo 1129 Cc y, tras haber afirmado la consensualidad del préstamo, opina que no cabe la resolución en el mismo pues, «o bien sólo da lugar a obligaciones a cargo de una de las partes (mutuo como contrato real) o bien a obligaciones a cargo de

Cierto sector de la doctrina comparte la posible resolución del contrato de préstamo por incumplimiento del prestamista, aun cuando falte el pacto expreso, bien sea por la vía de su consideración como contrato bilateral, bien por la alternativa de estimar, no obstante su unilateralidad, que «el espíritu del artículo 1124 Cc es aplicable no sólo a los contratos bilaterales, sino también a aquellos en los que haya reciprocidad entre las *prestaciones* (realizadas o prometidas), reciprocidad que se da, sin duda, entre la entrega de la cosa por el mutuante y el pago de intereses por el mutuario»¹⁰⁶. Sin embargo, esa alternativa a la propuesta en esta memoria no es procedente –se percibe una contradicción *in terminis* en la existencia de prestaciones recíprocas en contratos unilaterales– ni necesaria. Parecen suficientes los argumentos hasta ahora dados para justificar que el préstamo de dinero con interés no es sino un contrato bilateral del que surgen obligaciones recíprocas para las partes, y que esta reciprocidad permite fundamentar la aplicación del artículo 1124 Cc¹⁰⁷.

b) Aplicabilidad de los artículos 61 a 63 LC

La LC, acorde con el sistema que instaura, regula los efectos que la declaración de concurso ha de producir en los contratos «con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento». Sin pretender profundizar en este momento en la cuestión, que habrá de ser objeto de análisis más completo al abordar el tratamiento concursal del crédito por intereses (*vid. infra* cap.3º.II.4.C), pp. 320 y ss), parece oportuno dejar apuntada la cuestión que se suscita.

Básicamente, la LC efectúa una declaración general del mantenimiento tras la declaración de concurso de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes (art. 61 LC), sin que sea posible, salvo excepciones, establecer cláusulas por las que esa sola declaración sea causa para resolver o extinguir el contrato (art. 61.3 LC), y sin perjuicio de que el concursado o la administración concursal puedan, en ciertos casos, solicitar la

ambas pero que no están vinculadas sinalagmáticamente (mutuo como contrato consensual), todo ello salvo que se acepte la tesis de que el contrato de préstamo a interés es un contrato sinalagmático». Por el contrario, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. Especial referencia a los contratos bancarios y de refinanciación*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 58 identifica, a los efectos del artículo 62 LC, las cláusulas de vencimiento anticipado con condiciones resolutorias expresas.

¹⁰⁶ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, v. II, ob. cit.*, p. 809, seguido por MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses, ob. cit.*, p. 257. Un interesante estudio de las distintas posturas en la doctrina nacional y comparada que conducen a la aplicabilidad del artículo 1124 Cc al contrato de préstamo puede verse en ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Editorial Comares, Granada, 2003, pp. 408-413.

¹⁰⁷ Respecto a las idénticas consecuencias que para la aplicación del artículo 1124 Cc tendría el incumplimiento de la obligación del pago de los intereses convenidos *vid. infra* primera, III.2.B), p. 65 en el análisis del carácter esencial de la obligación de intereses asumida por el prestatario.

resolución del contrato cuando convenga al interés del concurso (art. 61.2.2º LC) o que la parte *in bonis* pueda solicitar la resolución del contrato por incumplimiento posterior (art. 62 LC); casos en los que, no obstante, y si conviene al interés del concurso, el Juez puede decretar el mantenimiento de las obligaciones (art. 62.3 LC). Todo ello se determina en relación con el establecimiento de un régimen de créditos contra la masa o créditos concursales, según los casos.

La cuestión que aquí se suscita es la relativa a la aplicación o no al contrato de préstamo de las especiales reglas que para el mantenimiento y/o resolución de los contratos se establecen en los artículos 61 a 63 LC, previstas para contratos con obligaciones recíprocas. La práctica unanimidad de la doctrina se pronuncia en sentido negativo ya que, al no existir obligaciones cruzadas, no es aplicable al préstamo la regla de la vigencia de los contratos (art. 61 LC), ni la de ineficacia de las cláusulas resolutorias por causa de la declaración de concurso (art. 61.3 LC), ni las de resolución por incumplimiento (art. 62 LC), discutiéndose si, declarado el concurso, se dispone o no de la facultad del vencimiento anticipado, haya sido o no expresamente pactada¹⁰⁸.

La LC mantiene la vigencia de los contratos de los que deriven obligaciones recíprocas, pero la suerte concursal del crédito o de la deuda recíproca depende de que dichas obligaciones estén pendientes de cumplimiento por una o por ambas partes. En el primer caso, el crédito de la contraparte es concursal y no cabe la resolución por el incumplimiento del concursado (arts. 61.1 y 62.1 LC); en el segundo, el cumplimiento de las obligaciones contractuales recíprocas a cargo del concursado deviene crédito contra la masa (arts. 61.2 y 84.2.6º LC) y cabrá la resolución por su incumplimiento, cuyas consecuencias restitutorias serán contra la masa, sólo si el incumplimiento es posterior, aun cuando pueda resolverse por incumplimientos anteriores si es un contrato de tracto sucesivo (arts. 62.1, 62.4 y 84.2.6º LC). No obstante, cabe la enervación judicial de la facultad resolutoria en interés del concurso, con cumplimiento del contrato con cargo a la masa (art. 62.3 y 82.4.6º LC) y, a la inversa, puede acordarse voluntariamente o decretarse judicialmente la resolución [*rectius* extinción], en interés del concurso, con efectos restitutorios también contra la masa (arts. 61.2 y 84.2.6º LC).

La aplicación de este esquema al contrato de préstamo de dinero a interés –según la configuración que se defiende de este contrato–, en el que estuviera sin cumplir la obligación de restitución del prestatario a la fecha de declaración de concurso,

¹⁰⁸ VILLORIA RIVERA, I., «Los efectos del concurso sobre los contratos de financiación: vencimiento anticipado y resolución», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 5, Segundo semestre 2006, pp. 283-292, p. 283; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», *est. cit.*, p. 349; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, *op. cit.*, p. 96.

implicaría que, de los dos pares de obligaciones recíprocas, se encontraría íntegramente cumplida la obligación de entrega y total o parcialmente pendiente de cumplimiento la recíproca obligación de restitución, mientras que el otro binomio de obligaciones recíprocas estaría en supuesto diferente. Ello implicará consecuencias concursales diversas para unas obligaciones y otras, así como un particular régimen concursal de los intereses retributivos según sean exigibles antes o después de la declaración de concurso, dada la regla general de la vigencia del contrato, la ineficacia de las cláusulas contractuales contrarias al régimen legal imperativo y el vencimiento anticipado sólo ligado a la fase de liquidación (*vid. infra* cap. 3º. IV, pp. 344 y ss).

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS

A los fines pretendidos de sentar las bases para el análisis del régimen concursal del crédito por intereses según sea su tipo o clase, se relacionan las características de los intereses retributivos con una sistematización que permita su fácil comparación con las equivalentes que, con posterioridad, hayan de verse respecto de los moratorios.

A) DE ORIGEN EXCLUSIVAMENTE CONTRACTUAL

Los intereses retributivos en el préstamo, sea éste civil o mercantil, sólo pueden tener un origen convencional puesto que, en uno y otro caso, sólo se devengan si así ha sido pactado (artículos 1755 Cc y 314 CCom). No existen, pues, intereses retributivos de origen legal.

B) OBJETO DE UNA PRESTACIÓN ESENCIAL, CAUSA DEL CONTRATO

Es frecuente que tanto la doctrina como la jurisprudencia caractericen estos intereses como objeto de una obligación accesoria de otra principal, aplicándole el régimen jurídico propio de tal agrupación dogmática¹⁰⁹. En realidad, en nuestro sistema positivo no existe una categoría de obligaciones accesorias como tal, sino una serie de preceptos dispersos de los que puede extraerse su existencia¹¹⁰. La dificultad se presenta a la hora

¹⁰⁹ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v.II, *ob. cit.*, p. 282; MORAN BOVIO, D., «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, pp.2997-2998: «La accesoriedad es la característica principal de la obligación de intereses. Suele llevarse al concepto y notas esenciales que lo siguen. Significa la existencia junto a la de intereses de otra obligación. Esta suele denominarse «principal» y, también, «obligación de capital». Se trata, por tanto, de dos diversas obligaciones con vínculos mutuos. La relación respectiva entre obligación de capital y de intereses se sustancia con expresiones como «dependencia», «subordinación», o con la frase «en función de la que se justifica». En definitiva, ‘una relación vertical’ que comunica el régimen de la principal al de la accesoria: ‘*accessorium sequitur principale*’ en brocárdico.»

¹¹⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C., «La deuda de intereses», *Anales de la Academia Matritense del*

de perfilar aquellos rasgos de las obligaciones accesorias que permitan establecer el significado mismo del concepto. Así, puede entenderse que la obligación es accesoria en el sentido de obligación secundaria, contrapuesta al concepto de obligación principal o esencial; o bien en el sentido de ser la obligación dependiente de otra, contrapuesta al concepto de obligación independiente o autónoma. Y ambas perspectivas, que son distintas, suelen confundirse. A fin de evitar las confusiones terminológicas a las que llevaría utilizar el calificativo «principal», como equivalente tanto a esencial como a independiente, y el de «accesoria», como sinónimo tanto de secundaria como de dependiente, se analizará la deuda de intereses retributivos a través de la dual perspectiva de ambos binomios, es decir, tanto desde la perspectiva de ser objeto de obligaciones esenciales o secundarias como de serlo de obligaciones independientes o dependientes.

Desde la primera perspectiva –obligación esencial vs. secundaria–, si bien es cierto que en el contrato de préstamo el pacto de interés puede o no existir¹¹¹, no lo es menos que, existiendo dicho pacto, la prestación de intereses asumida por el prestatario constituye causa del contrato para el prestamista¹¹² de forma que la obligación de pago de los intereses retributivos se alza en obligación tan principal o esencial como lo es la propia devolución del capital¹¹³.

Notariado, Tomo XXXV, 1996, pp. 115-143, p. 130.

¹¹¹ Pero de su existencia pende que se esté ante dos contratos distintos que, cumpliendo distinta función económica, tendrán distinta causa y distinto régimen jurídico. Se ha argumentado que la gratuidad u onerosidad del préstamo virará, *v. gr.*, el régimen jurídico de su interpretación (art. 1289 Cc), la posibilidad del pago anticipado (art. 1127 Cc), la posibilidad de que los Tribunales fijen un plazo de devolución (art. 1128 Cc), su consideración como contrato sinalagmático, *etc.* Mantener lo contrario de lo afirmado en el texto sería como afirmar la idéntica naturaleza y régimen jurídico de la compraventa y la donación, o del arrendamiento y el mutuo. En este sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.* pp. 15-16.

¹¹² MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», *est. cit.*, p. 347 para quien «el pago de los intereses constituye la causa del contrato para el prestamista en los préstamos mercantiles (art. 1274 Cc)». Habría que añadir que lo es, incluso, para el prestatario, pues será el tipo de interés, en definitiva, el precio que ha de pagar por la disposición del dinero, elemento fundamental para valorar si consiente o no en la celebración del contrato.

¹¹³ BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, p. 54 para quien el interés en el préstamo es tan esencial como lo es la renta en el arrendamiento y el precio en la compraventa. En este sentido de obligación principal o esencial es en el que se pronuncia MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, p. 256, cuando la define como autónoma: «lo verdaderamente relevante, a mi modo de ver, es la autonomía que goza la obligación de pagar intereses dentro del contrato de préstamo. En efecto, la deuda de intereses surge del acuerdo de las partes por el cual una de ellas entrega o se compromete a entregar un capital durante un determinado periodo de tiempo y la otra, a su vez, se obliga a pagar una remuneración por el uso de ese dinero, que adopta la forma de interés. La naturaleza accesoria de la obligación de intereses encuentra su fundamento con mayor razón en los intereses que surgen del incumplimiento que en aquellos que tienen su origen en el acuerdo de las partes, pues serán precisamente éstas las que determinen, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, no sólo su cuantía sino también el periodo de tiempo durante el cual hay que pagar esta remuneración» acuerdo que, en su opinión, se integra en la causa del contrato de préstamo oneroso. También expresa esta opinión

Esta consideración de la obligación de intereses como esencial [principal] en el contrato de préstamo que la contenga acarrearía dos consecuencias resaltables. De un lado, partiendo de su consideración de contrato con obligaciones recíprocas subsumible en el supuesto de hecho del artículo 1124 Cc, sería causa de resolución contractual a favor del prestamista, independiente de su pacto expreso, el incumplimiento por el prestatario tanto de la obligación de devolución del capital como el de la de abono de intereses¹¹⁴. De otro, la eventual indeterminación del tipo de interés podría afectar a la validez del contrato de préstamo retribuido. Al respecto se han defendido dos posibles interpretaciones.

Para la práctica unanimidad de la doctrina, cuando la obligación de intereses deriva de una estipulación de las partes sin que éstas fijen su cuantía, habrá de entenderse, en defecto de otros datos, que el interés debido ha de calcularse conforme a la tasa de *interés legal*. En apoyo de esta interpretación, suelen citarse las SSTs de 11 de marzo de 1931 y de 16 de febrero de 1982 (RJ 690, 1982)¹¹⁵. También podría aducirse el argumento *ex* artículo 2 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, según el cual «cualquiera que sea la naturaleza del acto o contrato de que se derive la obligación, el interés que, salvo estipulación en contrario, deberá pagarse por el deudor constituido legítimamente en mora y en los demás casos en que aquél sea exigible con arreglo a las Leyes, será el determinado conforme a lo

YSÀS SOLANES, M., «Algunas consideraciones...», *est. cit.*, p. 1382, cuando afirma que el núcleo principal del contrato de préstamo con interés, el que formará parte de su contenido típico es «la obligación de devolución del capital y la de pago de intereses como contrapartida del sacrificio que para el prestamista supone verse privado de un bien fructífero como es el dinero durante el tiempo pactado en el contrato. Las restantes estipulaciones configuran su contenido accesorio (...) Siguiendo este razonamiento, en los préstamos onerosos, en la práctica, las deudas de capital y de intereses son obligaciones principales ambas, paralelas y claramente relacionadas.»

¹¹⁴ Es esta la opinión de LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II, V. II., ob. cit.*, p. 172 «no pagándose el interés pactado, parece aplicable el artículo 1124, pues el hecho de que la obligación de intereses no se inicie hasta la entrega de la cantidad prestada (como la obligación de pagar la renta del arriendo, *etc.*), no impide que la subsistencia del préstamo se deba al pago de la retribución y se justifique por ella». En contra, BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil, ob. cit. (2009)*, p. 212 opina que, en defecto de pacto, el prestamista sólo puede exigir los intereses vencidos y no pagados y la reparación del retraso y DORAL, J.A. y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., «Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, Fascículo III, Julio-Septiembre de 1980, pp. 523-569, p. 547 que entienden que, siendo los intereses una obligación accesorio, en aplicación de la doctrina jurisprudencial que interpreta que el artículo 1124 Cc sólo entra en juego ante el incumplimiento de obligaciones esenciales, el incumplimiento de la obligación del pago de intereses no facultaría la resolución del contrato.

¹¹⁵ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, v. II, ob. cit.*, p. 286; LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II, V. I, ob. cit.*, p. 105; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, v. II, ob. cit.*, p. 75. Por el contrario, AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «El préstamo bancario», *est. cit.*, p. 62 sostiene la existencia de un uso de comercio aplicable para los préstamos mercantiles en virtud del cual, incluso si no se ha pactado, no ya la tasa concreta, sino el mismo el devengo de algún interés, el banco tendría derecho a cobrar el tipo que habitualmente y con carácter preferente aplique en sus operaciones de la misma índole.

previsto en el artículo anterior»; pudiéndose considerar comprendidos, pues, tantos los intereses moratorios como los retributivos. Serviría de apoyo a esta interpretación que el artículo 21 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo establece expresamente, aunque dentro del propio ámbito de aplicación, que, a falta de constancia escrita de la TAE, el consumidor vendrá obligado a abonar el *interés legal*, pudiéndose interpretarse que si una específica norma proteccionista del consumidor le impone la obligación de pagar el interés legal, cuándo menos será éste el tipo legal de referencia en un contrato en el que el deudor del interés retributivo carente de referencia no sea consumidor¹¹⁶.

Frente a esta postura podría sostenerse que, siendo el interés del préstamo el «precio» del contrato, determinante de la causa e integrado en su objeto y, por tanto, elemento esencial del mismo, su absoluta indeterminación habría de traer consigo la nulidad del contrato *ex* artículos 1261, 1273 y 1289 Cc. Contraargumentando lo anterior podría añadirse que (i) analizada la Jurisprudencia que suele citarse, la STS de 11 de marzo de 1931, en su considerando último, lo que resuelve es considerar suficientemente acreditado el pacto expreso de intereses; la de 16 de febrero de 1982, lo que resuelve en realidad es la nulidad del laudo dictado en un arbitraje de equidad en el que los árbitros fallaron sobre los intereses retributivos que había de devengar un préstamo cuando dicho extremo no había sido incluido en el compromiso arbitral¹¹⁷, (ii) que la Ley 24/1984, de 29 de junio no se refiere, en absoluto, a intereses retributivos, lo que se deduciría no sólo del texto del artículo 2 sino, fundamentalmente, de las razones expuestas por el legislador en su Exposición de Motivos; y (iii) que la LCCC, por su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, no sirve como norma interpretativa de las reglas generales¹¹⁸.

Sin perjuicio de reconocer la escasa incidencia práctica que tiene esta cuestión (raramente se omitirá la determinación directa o indirecta del tipo de interés), que se

¹¹⁶ No obstante, este argumento era más claro con la vigencia del artículo 7 Ley de Crédito al consumo de 1995, pues el artículo 21 de la actual Ley de contratos de crédito al consumo sanciona con el interés legal la falta de la expresión de la TAE cuya constancia ahora, a diferencia de antes, se exige en un apartado distinto [art. 16.2 h] del otro que exige la constancia escrita del tipo de interés (art.16.2 f), para cuya omisión, no se prevén expresas consecuencias.

¹¹⁷ No obstante es cierto que, *obiter dicta*, afirma «ciertamente, no puede considerarse aquí que esa obligación complementaria que se impone al deudor sea consecuencia natural ni legal del débito que se constituye, es decir, ni por pacto ni por disposición legal autorizante, dado que lo contrario supondría o establecer un precio –fruto– no estipulado del dinero, o bien una indemnización no fundada por inexistencia de causa, tal la prevista en los artículos 1108 en relación con el 1100 Cc, sin olvidar que, en defecto de pacto, el interés del dinero no puede ser otro que el legal»

¹¹⁸ Podría añadirse que la Ley Cambiaria y del Cheque, cuando en su artículo 6 admite la inserción de una cláusula de intereses en las letras giradas a la vista o a un plazo desde la vista, exige para la validez de la misma no sólo su inserción en la letra sino la expresión en la misma del tipo de interés anual.

analiza sólo en cuanto pueda servir como premisa de argumentos a utilizar posteriormente en el objeto específico de este estudio, parece más convincente entender que el carácter esencial del interés en el préstamo retribuido impide considerar que, a falta de su determinación, deba entrar en juego el interés legal, que además desconoce algunos de los factores que influyen en la determinación del precio *comercial* del dinero, y el contrato devendrá nulo. No habría, pues, intereses retributivos legales de clase alguna¹¹⁹.

C) OBJETO DE UNA OBLIGACIÓN INDEPENDIENTE

Desde la otra perspectiva de la accesoriedad, atenta a la dependencia o independencia de la obligación, suele distinguirse entre obligaciones *principales* y *accesorias* –aquí, independientes y dependientes, respectivamente–. Las primeras serían aquéllas que nacen y existen por sí y para sí mismas; las segundas, aquellas otras que nacen y existen de forma dependiente o subordinada a otra preexistente. La obligación accesoria (dependiente) sigue la suerte de la principal que le transmite su validez o contagia su invalidez (v. gr. art. 1115.2º Cc en relación con la cláusula penal), le conecta su extinción (v. gr. art. 1847 Cc para la fianza), así como sus garantías (v. gr. art. 1871 Cc, en sede de prenda) o incluso, llega a determinar la propia titularidad de la relación accesoria en el caso de cesión o enajenación de la obligación principal (v. gr. art. 1528 Cc, para la cesión de créditos).

El interrogante que se plantea consiste en determinar si la obligación de intereses en el préstamo es, en realidad, una obligación dependiente de otra –la de restituir el capital– de la que dependa y siga su suerte en los términos que caracterizan este tipo de obligaciones. El análisis, aun breve, del régimen jurídico de los intereses retributivos proporciona una respuesta negativa a tal cuestión: -el artículo 1109 Cc convierte los intereses devengados y no pagados en un capital que, a su vez, puede devengar intereses, lo cual denota que la deuda de intereses queda individualizada respecto de la obligación «principal»; -los intereses pueden estar sometidos, según los casos, a un plazo de prescripción propio de cinco años, *ex* artículo 1966.3º Cc¹²⁰; - el artículo 1173

¹¹⁹ La STS de 30 de junio de 1967 se refiere *obiter dicta* a la aplicabilidad del artículo 1273 Cc: «en el amplio concepto de ‘interés’ formulado por el párrafo segundo del artículo 315 CCom, fiel trasunto del artículo 3º de la Ley de 14 de marzo de 1856, cabe toda prestación pactada a favor del mutuante como retribución o precio por el aplazamiento de la obligación de restituir el «tantundem», ya se mida la cuantía de los intereses en proporción al importe de la suma adeudada, como sucede con los intereses en sentido estricto, ya se fije con referencia a otra cosa cierta (argumento artículo 1447.1 Cc) o, en todo caso, siempre que sea posible determinar la cuantía sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes (artículo 1273 Cc)».

¹²⁰ Ante la ausencia en el artículo 1966.3º Cc de la referencia expresa a los intereses surge una cierta polémica doctrinal y jurisprudencial respecto del plazo de prescripción que sería aplicable. Sin

Cc, al precisar la imputación de pagos en el caso de deudas que devenguen intereses, permite vislumbrar un trato a la deuda principal y diferente al dado a la deuda de intereses, que se justificaría en el hecho de poder encontrarse ésta vencida y aquella no¹²¹; -el artículo 1101 Cc puede ser interpretado *a contrario sensu* en el sentido de la posible extinción de la deuda de principal sin que lo haga la de intereses, denotando también el carácter independiente de ésta; -tanto la doctrina y jurisprudencia tradicionales, como el nuevo régimen procesal (art. 219 LEC) exigen la necesaria reclamación expresa de los intereses por parte del acreedor que pretenda hacer valer su derecho sobre los mismos, sin que se puedan considerar incluidos en la reclamación del principal; -las garantías de la obligación de principal no siempre se extienden a la de intereses (v. gr. art. 144 LH).

Ante todo ello suele acudir a la vía de interpretar que la deuda de intereses sólo es dependiente en el momento genético, puesto que su nacimiento requiere ineludiblemente de una previa obligación pecuniaria. Sin embargo, una vez nacida, la deuda de intereses puede subsistir pese a la extinción de la obligación pecuniaria subyacente de la que, en su día, trajo causa, actuando entonces como una obligación independiente con efectos jurídicos propios¹²². Partiendo de calificar la obligación de intereses como genéticamente accesoria de la deuda que los produce –obligación de capital–, ALBALADEJO lo expresa así: «en este punto debe establecerse la siguiente

profundizar en la cuestión, la mayoría de la doctrina, distinguiendo entre el devengo y la exigibilidad de los intereses, se alinea en el sentido de entender que la prescripción quinquenal de los mismos procede cuando el pago deba de hacerse por años o plazos más breves pero no se aplicará si, aun devengándose por años o períodos menores, no vencen sino en plazos mayores, sobre todo cuando consistan en prestaciones únicas, en cuyo caso el plazo de prescripción será el de quince años. *Vid.* MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, pp. 479-485.

¹²¹ La especial disposición del artículo 1173Cc respecto a la imputación de pagos sólo es aplicable a los intereses retributivos. GALLEL BOIX, J., *Derecho concursal Bancario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 26 con cita de la SAP Madrid (25ª), núm. 556/2010, de 16 de noviembre: «el artículo 1.173 Cc resulta únicamente de aplicación a los intereses remuneratorios, pero no a los moratorios. De ese modo, cuando la norma citada establece que ‘si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses’, sólo cabe interpretar que los únicos intereses que produce una deuda son los remuneratorios, esto es, los que se devengan como retribución o rendimiento a la entrega del capital; ya que los intereses moratorios suponen –como precisaron entre otras, las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991, 13 de abril de 1992 y 17 de marzo de 1994– una indemnización por el retraso (mora) en el cumplimiento de una obligación de pago de una cantidad de dinero, que tiene la finalidad de resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que le origina, precisamente, la mora del deudor, como cabe inferir de lo establecido por los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, y, por tanto, no derivan de la deuda, sino de la mora del deudor.»

¹²² ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, v. II, *ob. cit.*, pp. 72-73. En el mismo sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C., «La deuda de intereses», *est. cit.*, p. 132; ROJO AJURIA, L., Voz «Intereses», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, Vol. III pp. 3666-3670, p. 3667; LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II*, V. I, *ob. cit.*, p. 104: «en su nacimiento y devengo la obligación de intereses es accesoria de la de capital y sigue, en todo, sus vicisitudes y tratamiento jurídico. Pero después, la obligación de pagar los intereses ya vencidos tiene sustantividad propia y puede seguir vicisitudes independientes de la obligación de capital que los produjo, incluso sobrevivir a ella».

distinción: por un lado, se habla de obligación de intereses en el sentido de quedar el deudor obligado –además de al pago de la deuda principal– al pago de intereses en el futuro; por otro, en el de tener que pagar los ya devengados. En el primer sentido, la obligación de intereses es por completo accesoria de la de capital: no puede nacer sin ésta; los intereses se van produciendo proporcionalmente a la duración de la misma, y en tanto dura, y porque dura, la transmisión (activa o pasiva) de la obligación principal, en principio, apareja la transmisión del deber de seguir pagando intereses y el derecho a seguir cobrándolos y la de la garantía que, protegiendo aquélla, englobe también los intereses que se produzcan en el futuro; y, por último, la extinción de la obligación principal implica la de pagar intereses. En el segundo sentido, la obligación de intereses, aunque en ciertos aspectos vaya unida a la principal, tiene sustantividad propia, una vez nacida. Puede, en principio, ser reclamada y pagada, extinguirse o ser transmitida aparte de la principal; así como ésta, puede, a su vez, en principio, ser también, reclamada y pagada, ser transmitida o extinguirse con independencia de aquélla, aunque, por ser lo normal, se parte generalmente de la base de que la extinción del principal hace presumir la de los intereses».

Sin embargo, parece que acudir a tal distinción entre intereses devengados y por devengar resulta un expediente artificioso e innecesario para hablar de obligaciones dependientes o autónomas. No es una relación de accesoriadad o dependencia la que une, en su génesis, la obligación de intereses con la obligación de capital, sino que entre ellas lo que existe es una relación de reciprocidad. En la medida que la obligación del prestamista de poner y mantener a disposición del prestatario la cantidad debida se corresponde con la obligación de éste de satisfacer los intereses debidos por el recibo y mantenimiento de la disposición dineraria, el cumplimiento de una obligación requiere del cumplimiento de la correspondiente. Y esto no es ninguna novedad en los contratos sinalagmáticos, generadores de obligaciones recíprocas. Claro que el presupuesto para la exigibilidad de la obligación del pago de intereses –y de la propia de devolución– es la entrega del capital por el prestamista y el transcurso del tiempo (disponibilidad), tanto como lo es en la compraventa la entrega de la cosa vendida para la exigibilidad del pago del precio.

La artificiosidad de la distinción entre intereses devengados y por devengar se comprueba más claramente si el símil se hace con otro contrato sinalagmático de duración, en el que la extensión y exigibilidad de las obligaciones recíprocas se desarrolla en el tiempo: de la misma forma que no puede exigirse al arrendatario el pago de la renta si el bien arrendado no ha sido puesto bajo su uso o goce, ni se le puede exigir la renta de un período no disfrutado, no puede exigirse al prestatario el abono de los intereses de una cantidad que no haya sido puesta a su disposición o por un tiempo

en el que no la haya dispuesto. En esta línea, igual que resultaría extravagante afirmar que la obligación del pago de la renta es una obligación accesoria, dependiente del uso o goce del inmueble en el contrato de arrendamiento, resulta extravagante afirmar que esa es la naturaleza que tiene la obligación de abonar los intereses del préstamo.

En conclusión, la obligación del pago de los intereses retributivos en el préstamo no tiene naturaleza dependiente –accesoria– de otra principal de la que puedan predicarse las características que se extraen de esta categoría de obligaciones, sino que son obligaciones independientes recíprocas unidas entre sí sinalagmáticamente y soportadas causalmente la una en la otra –abono de intereses y disponibilidad del capital–.

D) NO NECESARIAMENTE DINERARIOS NI PORCENTUALES.

Considerándose interés «cualquier prestación pactada a favor del acreedor» y que puede estipularse «sin tasa ni limitación de ninguna especie» (art. 315 CCom), cabe determinar la remuneración del prestamista bajo cualquier fórmula, sin que la prestación tenga que ser necesariamente dineraria; ésta podrá consistir, pues, tanto en una prestación de dar no dineraria como incluso en cualquier otra prestación de hacer o no hacer¹²³.

De ese modo, no se encuentra el soporte jurídico para la afirmación habitual de ser siempre pecuniaria la deuda de intereses¹²⁴. La libertad de pactos decretada por el artículo 1255 Cc admite la determinación del precio del préstamo en cualquier forma de prestación, siempre ésta permita entender que el interés pactado es determinado o determinable. Además, en el caso de pactarse como prestación pecuniaria no es necesario que su determinación haya de hacerse en forma de un concreto porcentaje sobre el capital, siendo perfectamente posible que los intereses vengan determinados de

¹²³ Aun cuando no sea éste el lugar para profundizar sobre la naturaleza jurídica de los depósitos bancarios de dinero y su procedente o improcedente asimilación al préstamo (*vid.* DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Artículos 1740 a 1747», *est. cit.*, pp. 1625-1626), también sirve a título ejemplificativo la frecuente práctica bancaria de retribuir dichos depósitos con la entrega de las más variadas cosas distintas del dinero (mantas, ollas, televisores, ordenadores); en tales casos, se retribuye la puesta a disposición de la entidad bancaria de las cantidades de dinero objeto del depósito con una prestación de dar distinta de una prestación pecuniaria. También los casos de tipos preferenciales de préstamos bancarios por la fidelización en la domiciliación de nóminas; o el frecuente supuesto en el que las entidades financieras ofrecen a sus empleados la concertación de préstamos con la entidad a un interés inferior al del mercado en el que la diferencia de tipos tiene el tratamiento fiscal y laboral de retribución en especie, y, en realidad, la parte de retribución del prestamista que no se recibe en dinero se recibe en forma de prestación laboral (trabajo efectivo o como incentivo de motivación laboral); de la misma forma que el diferencial del interés retribuye la prestación laboral, la prestación laboral retribuye el diferencial.

¹²⁴ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, *ob. cit.*, p. 282; ROJO AJURIA, L., Voz «Intereses», *Enciclopedia Jurídica Básica*, *est.cit.*, p. 3667.

manera distinta, por ejemplo, alzadamente¹²⁵, en cuyo caso la suma total puede venir señalada separadamente, en concepto expreso de interés –intereses explícitos–, o puede estarlo mediante la fijación de una cantidad de devolución superior a la entregada –intereses implícitos, que se hallan por diferencia entre ambas sumas–. Contrariamente llega, incluso, a afirmarse que «la cláusula de interés, para que sea considerada como tal debe reunir ciertas condiciones: indicación del tipo de interés, el periodo de referencia para el cálculo de los intereses (generalmente, la anualidad) y la expresión de estas circunstancias en la constitución de la relación jurídica» y que han de ser proporcionales al tiempo de cumplimiento y a la cantidad de la prestación pecuniaria principal¹²⁶. Pero la libertad de pactos que rige en la determinación del interés retributivo hace que no sea esencial que el pacto de interés venga determinado en forma porcentual respecto a la deuda de capital, aun cuando sea ésta la forma más habitual de determinarlo¹²⁷.

Cuestión distinta es que, a pesar de la literalidad del artículo 315 CCom, la libertad de las partes para fijar los intereses no sea absoluta. Efectivamente, el pacto de intereses, tanto en el préstamo civil como en el mercantil, se encuentra sometido a los límites de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 (LU) y, en su caso, a los de la LGDCU y LCGC. En la medida que los límites son, a la postre, comparativos y cuantitativos, para poder discernir si son o no sobrepasados, es decir, si la prestación es o no equitativa, en caso de no consistir la retribución del prestamista en una prestación dineraria proporcional a la deuda de capital y a su duración será necesario simular la conversión de la prestación pactada a un tipo de interés porcentual en función del tiempo.

El soporte jurisprudencial a la consideración de los intereses como una necesaria deuda pecuniaria, proporcional a la cuantía del capital, se encuentra en las SSTs de 25 de junio y 6 de octubre de 1956¹²⁸ y la de 15 de junio de 1984¹²⁹, con base en las cuales

¹²⁵ ROJO AJURIA, L., Voz «Intereses», *Enciclopedia Jurídica Básica, est.cit.*, p. 3669; DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, v. II, ob. cit.*, pp. 283 y 286; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo, ob. cit.*, p. 53. En contra, parece manifestarse LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II, V. II., ob. cit.*, p. 171 cuando afirma que «el interés parece que debe consistir precisamente en una fracción del género prestado por unidad de tiempo de duración del préstamo» y abiertamente ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, v. II, ob. cit.*, p. 71 cuando dice que los recargos, entendiéndolo como tal el exceso sobre lo recibido que habría de devolver el prestatario conforme a lo pactado, si no guardan proporción con el tiempo de duración de la deuda será jurídicamente diferente del interés.

¹²⁶ VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses, ob. cit.*, pp. 177-178.

¹²⁷ Utilizándose en la práctica para ello múltiples formulaciones matemáticas; así, v. gr. VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses, ob. cit.*, pp. 780-842 expresa y explica las correspondientes a interés simple por vencido, interés simple por anticipado, descuento racional simple, descuento comercial simple, interés compuesto por vencido, interés compuesto por anticipado, interés compuesto a tipo variable, descuento racional compuesto, descuento comercial compuesto.

¹²⁸ Citadas por DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Artículos 1740 a 1747», *est. cit.*, p. 1628.

se habría asentado la doctrina de la incompatibilidad del contrato de préstamo con interés con cualquier otra figura en que éste no consista en un concreto porcentaje numérico del capital. Sin embargo, analizándolas, no parece ser ésta la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las citadas sentencias. La STS de 25 de junio de 1956 (RJ 1956\2425) niega la calificación del préstamo como usuario y parte de la calificación que en la instancia se da al contrato como uno innominado, y no de préstamo, porque la retribución se había pactado en proporción a las ganancias obtenidas en el negocio del perceptor de la cantidad¹³⁰. La STS de 6 de octubre de 1956 (RJ 1956\3178) trata la misma situación al impugnar el recurrente la calificación de los contratos como «mutuos parciarios» y reclamar su calificación como préstamos usurarios; el Supremo reitera la doctrina anterior en el sentido de entender que el mutuo parciario no es un préstamo u operación equivalente y que, por tanto, no le es aplicable la Ley de Usura¹³¹. El Alto Tribunal viene a establecer que, en el préstamo, el precio debe estar predeterminado en el contrato sin que pueda hacerse depender de los resultados de los negocios del prestamista, no que haya de ser necesariamente un tipo porcentual de la cantidad prestada. Por último, en la STS de 15 de junio de 1984 (RJ 1984\3244), el supuesto era la calificación dada por la Audiencia Provincial al contrato existente entre las partes litigantes como un contrato atípico de carácter parciario «semejante al préstamo»; analogía por la que se declaró la obligación del demandado de devolver al actor la cantidad en su día entregada por éste, con el pactado incremento consistente en el 15% de los beneficios obtenidos en la venta de unos terrenos. El recurrente, entre otros, fundamentaba su recurso en la indebida aplicación de la doctrina legal que establecen las STS de 25 junio y 6 octubre 1956, a lo que el Tribunal Supremo responde que una cosa es que el mutuo parciario sea otro contrato distinto del préstamo y otra cosa que, siendo semejantes, pueda tener parecido régimen jurídico por analogía¹³².

¹²⁹ Citada por ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, v. II, *ob. cit.*, pp. 69, 71 y 806.

¹³⁰ CDO. 3º: «*que por concurrir esas circunstancias [no consta que se pactara interés alguno ni que se entregara cantidad inferior a la que se expresa] nunca podría accederse a las pretensiones del demandado y recurrente [calificación de préstamo usurario] aunque los contratos fueran de préstamo, tal como sostiene el motivo primero del recurso en contra de la calificación que acertadamente hizo la sala sentenciadora, porque ni es gratuito ni devenga un interés fijo predeterminado que son las características del préstamo en este extremo, sino que dan a los que entregan el dinero una participación de los negocios del que los recibe, incompatible con el préstamo, pero además aunque se tratara de otra institución, no cae por los caracteres del caso, en el ámbito de aplicación de la citada ley de Usura*».

¹³¹ «*La calificación del recurrente como préstamos u operación equivalente de los contratos no es exacta, pues este Tribunal en sentencia de 25 de junio último, en caso idéntico donde el recurrente era el que lo es hoy, estableció que entregar dinero para recibir una participación en utilidades de los negocios que los recibe era incompatible con el préstamo, por ser las características de éste, o ser gratuito o devengar un interés fijo predeterminado*».

¹³² CDO. 4º: *Que el ordinal 2.º y último a examinar claudica, igualmente, por cuanto, en él, se pretende que la sentencia recurrida ha infringido -por aplicación indebida- la doctrina que establecieron las sentencias de este Tribunal de 25 junio y 6 octubre 1956, relativa a la incompatibilidad del contrato de préstamo con interés con cualquier otra figura en que éste -el interés- no se fije en concreto*

La doctrina jurisprudencial relacionada viene a distinguir, pues, el préstamo a interés de otro contrato distinto, aun cuando semejante, que se podría denominar mutuo parciario, en el que la retribución se fija en una participación en los beneficios de los negocios del mutuuario. Pero, en absoluto, la doctrina establecida consiste en negar la posibilidad de que, en el contrato de préstamo simple, la retribución del prestamista haya de ser necesariamente una deuda pecuniaria proporcional al importe de la suma prestada; solamente se establece que no será préstamo simple, sino otro contrato aquel en el que la retribución del *tradens* de una suma de dinero consista en una participación en los beneficios del deudor¹³³.

En la línea aquí mantenida, la STS de 30 de junio de 1967¹³⁴ declara que en el concepto amplio de «interés» del artículo 315.2 CCom cabe cualquier formulación para la retribución o precio del aplazamiento de la obligación de restituir *«ya se mida la cuantía de los intereses en proporción al importe de la suma adeudada, como sucede con los intereses en sentido estricto, ya se fije con referencia a otra cosa cierta (art.*

porcentaje numérico del capital, afirmación que es, cabalmente, la que, la sentencia impugnada, textualmente, hace en su considerando 3.º in fine, sin perjuicio de que, como se ha dicho, aplique luego, al contrato atípico contemplado, los principios coincidentes con los que gobiernan el de préstamo, con el que muestra la acusada afinidad de su naturaleza real y unilateral que, la Sala, proclama después de ponderar la intención de las partes y las circunstancias de hecho ofrecidas por éstos». Resulta muy interesante destacar cómo en el considerando tercero esta Sentencia utiliza como criterio delimitador del contrato de autos como contrato real y unilateral el hecho de que la retribución pactada no respondía a la «disponibilidad» del capital que aquí se viene defendiendo que justifica la reciprocidad del contrato de préstamo. Dice la sentencia: *«de lo actuado y de la intención de las partes, resulta, según la interpretación hecha, el controvertido es un contrato real y unilateral semejante al préstamo «aunque distinto de él» afirmaciones que obligan a descartar la aplicabilidad de los preceptos cuya omisión por la Sala se denuncia en el motivo, por contrarios a aquel carácter real unos y por opuestos, otros, a la unilateralidad del vínculo que es repetidamente, afirmada por la sentencia de instancia combatida por el recurrente, a partir de la suposición de que se trata de un contrato precisamente consensual, lo cual no es sino la manifestación de un criterio particular interesado que pretende sustituir el, en este orden, más objetivo y, por tanto, prevalente, de la Sala de instancia, cuya decisión, por lo demás, no puede ser objetada de no observar la normativa legal que, en punto a interpretación de los contratos, contienen los preceptos que el recurrente invoca, ya que la afirmación en la sentencia impugnada de que la obligación en que se encontraba el demandado de restituir la cantidad entregada está reconocida así por éste y tal suma de dinero no forma parte de un supuesto capital afecto a la duración del negocio, según el texto de la sentencia recurrida que, así, establece una base fáctica, derivada de «carta unida a autos», no cuestionada, como tal hecho básico, en la procedente vía del núm. 7.º del art. 1692 de la LEC y que permite reafirmar la posición inicial de unilateralidad del vínculo establecido inter partes, al cual no son aplicables, por tanto, la normativa de los arts. 1289 y 1689 Cc., que consagran principios de reciprocidad y proporcionalidad de prestaciones de las partes, propios de los contratos bilaterales.»*

¹³³ En estos casos de mutuo parciario, según lo pactado y las circunstancias concurrentes se aproximará más y se le deberá aplicar analógicamente las reglas legales correspondientes al contrato de préstamo, al de sociedad o al de cuentas en participación. BASOZÁBAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo, ob. cit.*, p. 12 admite sin ambages la posibilidad de un préstamo no conmutativo que venga retribuido con una participación en las ganancias del prestatario. Además, hay una evolución jurisprudencial hacia la compatibilidad del préstamo simple con una retribución basada en la participación en beneficios al hilo de los préstamos participativos (STS núm. 566/2011, de 13 de julio).

¹³⁴ Citada por ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, v. II, ob. cit.*, p. 69 para extraer de ella solamente que en los intereses en sentido estricto la cuantía se mide en proporción al importe de la suma adeudada.

1447.1 Cc) o, en todo caso, siempre que sea posible determinar la cuantía sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes (artículo 1273 Cc)»; y la STS núm. 566/2011, de 13 de julio, referida a los préstamos participativos, afirma que no altera la naturaleza jurídica de préstamo la determinación del interés en función de los beneficios, ni que el capital obtenido con este tipo de préstamos se integre en los fondos propios; lo importante es el carácter de contrato restitutorio dada la obligación de devolver el capital prestado con intereses.

E) SOMETIDOS A LOS LÍMITES DE LA LEY DE LA USURA

Por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 Cc) y con base en lo dispuesto en el art. 315 CCom, según el cual los intereses convencionales no están sujetos a tasa ni limitación alguna, en principio, debería ser lícita cualquier estipulación en materia de intereses¹³⁵. No obstante, ese liberalismo propició la aparición de usureros que, aprovechando la perentoria necesidad de los prestatarios, imponían pactos de interés exorbitantes. Ello hizo resurgir la necesidad de la intervención del legislador para luchar contra la inmoralidad en estos negocios¹³⁶.

En Derecho comparado se siguen, fundamentalmente, dos sistemas para afrontar esta situación: (i) un sistema objetivo de tipos máximos –como el establecido en Francia por la Ley de usura de 28 de diciembre de 1966 o en Portugal, por el artículo 1146 del Código Civil–, que ofrece una mayor seguridad jurídica y un conocimiento previo y exacto del alcance del pacto de intereses y que, en caso de ser sobrepasado, conlleva la aplicación del tope máximo legal establecido; y (ii) un sistema judicial –como el alemán *ex* §817 BGB o el italiano *ex* art. 1805 *Codice Civile*–, que deja en manos de jueces y tribunales la decisión sobre el acuerdo usurario, dentro de unos márgenes de gran amplitud y cuya apreciación lleva a la declaración de nulidad del contrato¹³⁷.

¹³⁵ En materia de protección a los consumidores también existen normas especiales que limitan la tasa de interés retributivo. *V. gr.* el artículo 20 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de créditos al consumo, que establece que en las cuentas a la vista que permitan descubiertos (crédito tácito), no se podrá fijar una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

¹³⁶ En palabras de LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II, V. I, ob. cit.* «si los intereses son una retribución al acreedor de capital por verse privado de su utilización y una especie de prima por el riesgo de impago, su cuantía económica debería venir orientada por la situación del mercado de dinero y, en su caso, por la intensidad del riesgo (solventía del deudor, etc.); esta relatividad económica debería conducir, a su vez, a una libertad jurídica: la cuantía del interés sería la libremente fijada, en cada caso, por las partes. Sin embargo, la diferente situación en la que suelen encontrarse las partes en el contrato de préstamo, concretamente la falta de libertad efectiva en que puede hallarse el prestatario, indujo al legislador a poner un límite a la cuantía de los intereses convencionales y a reprimir la usura».

¹³⁷ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses, ob. cit.*, pp. 261-263 y BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo, ob. cit.*, p. 103. Un análisis completo del tratamiento de los

Con este segundo sistema se corresponde el español. La Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la Usura (LU) –llamada habitualmente Ley Azcárate por ser Gumersindo de Azcárate la persona que la propuso y defendió en su itinerario parlamentario–optó por el sistema de control judicial dotado de un mayor grado de flexibilidad para su adaptación al caso concreto, aun cuando ello implique el inconveniente de tener que precisar judicialmente la frontera entre lo lícito y lo usurario, que no quedaría establecida *a priori*. Esta Ley sigue vigente y, aun cuando no ha sido objeto de ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre su constitucionalidad, tiene plena virtualidad por representar un preconstitucional precepto que plasma el principio, posteriormente elevado al rango constitucional, de la defensa del consumidor del artículo 51.1 CE¹³⁸.

Es préstamo usurario, y por tanto nulo, todo aquel «en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias» (art. 1 LU). En esta definición legal se entienden comprendidos tres supuestos distintos: *contratos usurarios*, que serían aquellos en los que se contiene una estipulación de un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso; *contratos leoninos*, que serían los concertados en condiciones tales que resulte que todas las ventajas establecidas lo son a favor del acreedor, habiendo motivos para entender que han sido aceptadas por el prestatario por las circunstancias personales de angustia financiera, inexperiencia o debido a lo limitado de sus facultades mentales; y *contratos falsificados*, que será aquéllos en que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada¹³⁹.

La determinación de si un préstamo es o no usurario y, en consecuencia, su declaración de nulidad, la efectuarán los tribunales sopesando una serie de

intereses usurarios en el Derecho comparado puede verse en JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La usura*, ob. cit., pp. 144-173.

¹³⁸ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p.263-267.

¹³⁹ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 285, considera que la concurrencia de las circunstancias que permitirían calificar el préstamo como usurario han de reunirse también para que pueda calificarse de leonino o falsificado, pues cualquier préstamo leonino ha de conducir, necesariamente, a la existencia de un interés exorbitante, y la mera discordancia entre lo entregado y lo declarado como recibido no justificaría la sanción de nulidad si, a la postre, no se acompañara con la existencia de una exorbitancia en el interés.

circunstancias, entre las que, necesariamente, deberán ser objeto de especial consideración la remuneración normal del capital en la época en la que la obligación se contrae [y no la cifra del interés legal]¹⁴⁰, los índices de la inflación monetaria, el plazo durante el cual el capital se presta, la existencia y entidad de las garantías objetivas que aseguran el buen fin de la operación, el destino del capital prestado, *etc.*; en definitiva, las circunstancias que influyen en la determinación del precio al que el prestamista está dispuesto a prestar¹⁴¹.

Sin que sea objetivo de la presente memoria analizar en profundidad el régimen de la Ley de la Usura¹⁴², sí interesa resaltar cómo el supuesto de los préstamos usurarios responde al fin último de velar por el justo equilibrio objetivo de las prestaciones en los contratos de préstamo u operaciones equivalentes, limitando el pacto de intereses cuando su cuantía no se corresponda con lo que debe entenderse justa remuneración, atendiendo a las circunstancias del caso¹⁴³. Se ha escrito que «el interés usurario es una sobreproductividad ilícita en la medida en que no se corresponde de forma equitativa con la prestación debida por el acreedor», lo que reconduce, una vez más, al carácter bilateral y sinalagmático que han de predicarse de las obligaciones surgidas del contrato de préstamo a interés¹⁴⁴.

¹⁴⁰ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, p. 269 a la vista de las discusiones parlamentarias a que dio lugar la tramitación de la Ley de usura llega a la conclusión de que «el interés normal del dinero no es el interés legal». Por el contrario, LASARTE ÁLVAREZ, C., «La deuda de intereses», *est. cit.*, p. 133 afirma «en tiempos modernos, por tanto, la discusión sobre la licitud de la obligación de intereses se plantea en exclusiva en relación con los intereses convencionales notoriamente superiores al interés legal».

¹⁴¹ RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios», *est. cit.*, p. 194. En el mismo sentido ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, v. II, *ob. cit.*, p. 75.

¹⁴² Un estudio en profundidad de la cuestión con completo análisis jurisprudencial puede verse en JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La usura*, *ob. cit.*; MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, pp. 262-321; VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, *ob. cit.*, pp. 337-369; LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II*, V. I., *ob. cit.*, pp. 105-109; DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Artículos 1740 a 1747», *est. cit.*, pp. 1628-1631; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, pp. 102-116.

¹⁴³ Esta relatividad a las concretas circunstancias del caso que dotan al sistema de una mayor flexibilidad son las que permiten que un mismo tipo de interés pueda considerarse abusivo en unas circunstancias y normal en otras (*v. gr.* STS núm. 113/2013, de 22 de febrero declara usurario un interés retributivo del 20% anual y la STS núm. 406/2012, de 18 de junio declara, atendiendo a las circunstancias del caso, válido un préstamo con ese mismo tipo de interés).

¹⁴⁴ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, p. 292. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios», *est. cit.*, p. 195 «cuando se trata de fijar la línea de separación entre lo lícito y lo ilícito en materia de intereses remuneratorios, hay siempre que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia entre las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, conmutativa y onerosa (...) en los intereses remuneratorios prima la conmutatividad de la relación entre acreedor y deudor». Marcando la diferencia entre la moderación de los intereses retributivos y la de los moratorios, la STS núm. 147/2008 de 27 marzo establece que la moderación equitativa de la cláusula penal contenida en el artículo 1154 Cc no es aplicable a los intereses retributivos «por la elemental razón de que el art. 1152 configura la pena como

F) SUSCEPTIBLES DE SER FIJOS O VARIABLES

El cálculo y determinación de la retribución que se pacta a favor del prestamista puede establecerse de tal forma que ésta permanezca constante en el tiempo o bien que varíe en función de las condiciones previstas en el contrato, hablándose, respectivamente, de intereses fijos y variables.

El interés variable es aquel tipo de interés pactado que no es constante durante toda la vida de la operación sino que varía cada cierto tiempo –periodos de interés– de acuerdo con unas pautas preestablecidas¹⁴⁵. El pacto de interés variable se generalizó como una respuesta flexible y equitativa al problema de las fluctuaciones del mercado, permitiendo mantener la mayor equiparación posible de las prestaciones recíprocas de las partes¹⁴⁶. En épocas de inflación monetaria, el poder adquisitivo del dinero presenta grandes alteraciones en períodos relativamente breves de tiempo, las cuales no sólo son producto de la evolución de los mercados sino también de las distintas decisiones de política monetaria adoptadas por los poderes públicos; es esta eventualidad la que pretende regularse con el pacto de un tipo de interés que vaya variando para adaptarse a las circunstancias, procurando el mantenimiento de la mayor equiparación posible en el valor de las prestaciones recíprocas de las partes, cuando se trata de contratos onerosos cuyos efectos se prolongan en el tiempo¹⁴⁷. Esta explicación (principio *rebus sic stantibus*) es el fundamento jurídico de la licitud de un pacto de intereses variables que pone de relieve, una vez más, el carácter bilateral y sinalagmático de las obligaciones surgidas del contrato de préstamo a interés¹⁴⁸.

sustitutiva del abono de intereses por incumplimiento y resulta que en el contrato litigioso no se pactó cláusula penal alguna sino precisamente el abono de intereses, y por ende remuneratorios».

¹⁴⁵ Usualmente se fija un tipo de interés inicial –el que se corresponde con las circunstancias del momento de la contratación– que se va revisando en función del comportamiento de los tipos durante los distintos periodos de interés –con cadencias que suelen ir de seis a doce meses–, estableciéndose la variación conforme a la evolución de los tipos referenciales (el EURIBOR por excelencia, aunque existen otros muchos) a los que se añade el diferencial pactado en el contrato (v. gr. EURIBOR a un año más 0,25 puntos porcentuales).

¹⁴⁶ AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «El préstamo bancario», *est. cit.*, p. 63. Resulta curioso leer la justificación de la licitud del pacto de intereses retributivos variables en el mantenimiento de las prestaciones recíprocas en autores que sostienen y defienden la unilateralidad del préstamo.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios», *est. cit.*, p. 196. Por su parte, VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, *ob. cit.*, pp. 210-211 afirma que «el efecto principal que se produce en la deuda de intereses, al introducir la cláusula de la variación de los tipos es la conversión de una deuda de dinero, que vendría determinada por la utilización de tipos fijos que permiten conocer desde el inicio cuál es la cantidad exacta de intereses debidos, en una deuda de valor, por la que lo que se debe son los intereses como tales, cuya cuantía exacta dependerá del valor que tenga el dinero en el mercado en cada momento determinado.»

¹⁴⁸ BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, p. 20 para quien la modificación del tipo de interés no es otra cosa que la variación que experimenta en el mercado el precio

**G) SUSCEPTIBLES DE SER PREPAGABLES (ANTICIPADOS), POSTPAGABLES O AD
TEMPUS**

Hay que distinguir los conceptos de devengo, liquidación y vencimiento. El *devengo* de los intereses se refiere al transcurso del tiempo de disposición del capital prestado que, recíprocamente, hace nacer la obligación de pagar los intereses y el derecho a cobrarlos; la *liquidación* es la determinación de la cuantía de los intereses fijada mediante la realización de las operaciones matemáticas necesarias para calcularlos cuando se ha establecido un tipo porcentual; el *vencimiento* se refiere al momento en que dicha obligación de pagar los intereses ya devengados, una vez líquidos, es actual y, por tanto, puede ser exigida. Puede, en este sentido, haber intereses devengados y no liquidados, ni vencidos, y viceversa, cuando se haya pactado que el vencimiento no coincida con el devengo.

Considerando la distinción entre devengo, liquidación y vencimiento de los intereses, cabe diferenciar:

- a) *Intereses prepagables*.— Derivan del pacto expreso que impone al deudor la obligación de su pago antes de finalizar el periodo temporal en que se devengan. Este pacto, perfectamente lícito, enlaza dos cuestiones: de un lado, que ello afecta a la determinación del tipo porcentual con que se corresponderían realmente¹⁴⁹; de otro, que, respondiendo el pago de intereses a la estructura de obligaciones recíprocas, si en caso de extinción anticipada de la obligación de restituir, el prestamista se vería obligado, según los casos, a devolver la parte recibida correspondiente a intereses satisfechos no devengados¹⁵⁰.
- b) *Intereses postpagables*.— La exigibilidad de su pago se produce en momento posterior a su devengo¹⁵¹. En estos casos, puede pactarse una fórmula de interés

por disponer o haber dispuesto de un capital lo que sólo es posible asignando al prestamista una obligación de privarse del mismo.

¹⁴⁹ Con sencillo ejemplo: si a un préstamo de 100 a un 10% anual anticipadamente al constituirse la obligación han de satisfacerse inmediatamente 10 de intereses, en realidad sólo se disfruta de 90, por lo que el tipo real sería del 11,11%. *Vid.* RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios», *est. cit.*, pp. 196-197.

¹⁵⁰ Esta obligación dependería de la causa que produjera la extinción anticipada pues, *v. gr.* de tratarse de un vencimiento anticipado basado en el incumplimiento del deudor, entraría en juego la indemnización de daños y perjuicios a favor del acreedor, quien podría consolidar los mismos, en todo o en parte. JIMENEZ MUÑOZ, F.J., «Sobre la naturaleza de los intereses», *est. cit.*, p. 182, recoge la opinión que se comparte de quienes niegan que la convención pueda derogar la periodicidad diaria del devengo de intereses y mantienen que, por tanto, el pacto sólo es eficaz respecto a su exigibilidad.

¹⁵¹ Piénsese *v. gr.* en el caso de un préstamo a dos años en que el pacto es que los intereses correspondientes a toda la duración se satisfarán junto con la devolución del principal, de una sola vez, al final de la duración prevista.

compuesto o de interés simple o aparente según sea o no el caso de que para el cálculo de los intereses que se devengan en cada momento se añada o no al principal el importe de los intereses devengados, aún no vencidos¹⁵².

- c) *Intereses pagables ad tempus*.— Cuando tales se pactan, coincide el momento de su devengo y exigibilidad, por lo que se produce un vencimiento periódico de la obligación de satisfacerlos.

Por tanto, en cuanto a su exigibilidad, la deuda de intereses retributivos puede ser una deuda periódica, pero puede ser también una deuda pagadera de una sola vez, no siendo, por tanto, una característica esencial de los intereses retributivos que su satisfacción o pago haya de efectuarse periódicamente¹⁵³.

El problema, que por ser más teórico que práctico sólo se describirá enunciando las soluciones propuestas, se presenta cuando el contrato no contiene previsión alguna en relación con el momento del devengo y la exigibilidad de los intereses¹⁵⁴. En cuanto al devengo, puede responderse que, si la fijación de los intereses se ha establecido por porcentaje del capital, debe entenderse que coincidirá con el periodo de tiempo al que vaya referido el tipo (anual, semestral, trimestral, diario *etc.* si el tanto por ciento se referencia al año, semestre, trimestre, día, respectivamente)¹⁵⁵. Otras interpretaciones posibles serían la de entender que el uso general impondría una interpretación presuntiva de la voluntad de las partes en el sentido de que el devengo fuera anual o que, si es imposible aplicar el pacto o el uso, los intereses hayan de considerarse devengados diariamente (arts. 451.III y 474 Cc)¹⁵⁶. Por lo que respecta a la exigibilidad hay quien defiende que si se ha establecido un tipo porcentual, debe entenderse que se

¹⁵² Diferente es el supuesto del anatocismo que responde al devengo de intereses por las cantidades correspondientes a intereses no sólo devengados sino vencidos y no pagados. Aun cuando suele identificarse al anatocismo como un supuesto de interés compuesto, en rigor, jurídicamente son distintas hipótesis aunque se plasme en las mismas o semejantes fórmulas matemáticas.

¹⁵³ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, *ob. cit.*, pp. 283 y 286.

¹⁵⁴ Dada la frecuencia del préstamo bancario en la práctica y la obligatoriedad de la expresión de la TAE en todos los contratos de financiación, es residual el supuesto en el que los contratantes no hayan previsto expresamente las reglas para el devengo, liquidación y vencimiento de los intereses.

¹⁵⁵ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, *ob. cit.*, p. 286. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, v. II, *ob. cit.*, p. 77 defiende que, a falta de fijación por las partes, habrá que acudir a lo que diga la ley o la costumbre o, en última instancia, a los principios generales del Derecho que, en su opinión, por mor de lo extraído del artículo 1581 Cc significaría que han de pagarse por años, si se acordó un interés anual, por meses, si mensual, *etc.* (pero cita una STS de 28 de noviembre de 1906 con doctrina en contra). Sin embargo, parece que el artículo 1581 Cc del que se extrae la conclusión se refiere al tiempo de duración del contrato y no al tiempo del devengo y exigibilidad de las rentas que se regulan en el artículo 1574 Cc remitiendo a la costumbre.

¹⁵⁶ JIMENEZ MUÑOZ, F.J., «Sobre la naturaleza de los intereses», *est. cit.*, pp. 181-182.

produce al final de cada periodo de devengo (*ex art. 1113 Cc*)¹⁵⁷. No faltan quienes mantienen que la exigibilidad, a falta de pacto expreso o deducido de la intención de los contratantes, debe coincidir con el momento del cumplimiento de la obligación de restitución del capital¹⁵⁸.

H) PRODUCTORES DE ANATOCISMO LEGAL O CONVENCIONAL

Anatocismo es un término griego (ANA –reiteración– y TOKIMOS –acción de dar intereses–) utilizado para evitar la redundancia que supone hablar de «el interés del interés» o «los intereses de los intereses». Es el acto consistente en la acumulación al capital de aquellos intereses vencidos y no satisfechos de manera que, a su vez, devenguen nuevos intereses; se presenta, pues, como la conversión de una deuda de intereses no pagados en una deuda de capital que genera su propia obligación de intereses.

El Código Civil de 1889 introdujo en el ordenamiento jurídico español un precepto novedoso, inexistente hasta esa fecha, en virtud del cual los intereses podían a su vez generar nuevos intereses cuando no fueran a su debido tiempo satisfechos. Así, el artículo 1109 Cc establece que *«los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto. En los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio»*. Éste, cuatro años antes, parecía haber dado una solución distinta al problema, determinando en su artículo 317 que *«los intereses vencidos y no pagados no devengan intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos»*; disposición a la que se añade la del artículo 319 CCom en virtud de la cual *«interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos»*.

El anatocismo convencional se encuentra expresamente previsto en el artículo 317 CCom para los préstamos mercantiles, y admitido doctrinal y jurisprudencialmente para

¹⁵⁷ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, *ob. cit.*, p. 286.

¹⁵⁸ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, v. II, *ob. cit.*, p. 77 no deja muy clara su postura, pues tras afirmar que «los periodos de vencimiento se deducen de los de devengo» y entender que el devengo pende del periodo al que va referido el tipo porcentual, afirma que «deberán abonarse al momento de cumplir la obligación principal, cuando haya sido pactado así, o cuando por la razón que sea, haya de excluir todo otro momento del pago. Esta solución creo que puede apoyarse, no sólo en la falta de toda otra, sino en que el *favor debitoris* -el que se obliga, se obliga a lo menos- parece, en principio, aconsejar atrasar el pago, más que adelantarlo». Se deduce que distingue tres momentos distintos: devengo, vencimiento y exigibilidad pero, en realidad, los dos últimos son lo mismo.

los civiles¹⁵⁹. Es en el anatocismo legal donde, *a priori*, existe un distinto régimen en el Código de Comercio, a la luz de lo dispuesto en los artículos 317 CCom y 319 CCom, en confrontación con lo previsto en el artículo 1109 Cc. Para la mayoría de la doctrina mercantilista, mientras que el precepto del Cc admite directamente el anatocismo legal y no prohíbe el convencional, en el ámbito mercantil se impide el anatocismo legal pero se permite el convencional.

No obstante, la interpretación de estas normas no es muy pacífica, ofreciéndose diversas lecturas en las que no se entrará por exceder de los objetivos pretendidos¹⁶⁰. Se comparte en esta memoria la doctrina que considera que, en la medida en que el artículo 317 CCom –como el 1109 Cc–, se está refiriendo a los intereses moratorios de los intereses retributivos, el régimen del anatocismo en el caso de los préstamos mercantiles implica que a fin de que los intereses retributivos devengados y no pagados devenguen intereses hace falta, bien el pacto de anatocismo del art. 317 CCom, bien la reclamación judicial hecha por el acreedor exigida en el art. 1109 Cc, de aplicación supletoria a los préstamos mercantiles¹⁶¹. La diferencia estriba en que, si se optó por la capitalización de intereses, los intereses que éstos devengarán son intereses retributivos; si se recurre a la aplicación supletoria del artículo 1109 Cc, serán moratorios los intereses que se devenguen y unos y otros resultan incompatibles entre sí¹⁶².

En cualquier caso, lo que en esta cuestión interesa destacar ahora es que, sea legal o convencional, el ámbito de aplicación del anatocismo es siempre el de los intereses retributivos: es el interés moratorio de los intereses retributivos y sólo son, por tanto,

¹⁵⁹ El anatocismo convencional no está regulado explícitamente en el Cc, pero es válido con los límites generales de la contratación del artículo 1255 Cc y los especiales de la LU y de la LGDCU. A su admisibilidad no se opone el artículo 1109 Cc sino que, incluso, implícitamente lo admite al declarar aplicable el precepto «aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto». Así lo tiene proclamado la jurisprudencia en, por todas, SSTS de 25 de mayo de 1945 [«el artículo 1109 del Código Civil (...) no prohíbe el pacto de capitalización de intereses a efectos de que también los devenguen desde la fecha de la acumulación, sino que regula el supuesto de inexistencia de pacto y manda que en tal caso produzcan interés legal los intereses vencidos desde que sean judicialmente reclamados»] y la de 8 de noviembre de 1994 (RJ 8477). Más recientemente la STS núm. 430/2009, de 9 de junio (RJ 2009\4747) no sólo reitera la posibilidad del anatocismo convencional tanto en los préstamos civiles como en los mercantiles sino que, además, advierte que «es uso mercantil consolidado».

¹⁶⁰ Para un estudio detallado de las distintas lecturas ofrecidas basadas, en algunos casos, en las razones históricas de los preceptos, vid. MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., pp. 469-472 y BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, ob. cit., pp. 74-79.

¹⁶¹ La aplicación supletoria del artículo 1109 Cc a los préstamos mercantiles ha sido admitida, entre otras, por las SSTS de 8 de noviembre de 1994 (RJ 8477), expresamente ratificada por la núm. 430/2009, de 4 junio.

¹⁶² MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 473 quien defiende esta que se comparte, observa cómo si el acreedor opta por la vía de capitalizar los intereses no puede exigir los intereses moratorios de los mismos porque «sería contradictorio que el acreedor pueda reclamar por un lado el pago de los intereses y pactar por otro los intereses anatocísticos».

éstos los que lo devengan¹⁶³. Los intereses moratorios representan la indemnización de los daños y perjuicios que la mora en el cumplimiento de la obligación acarrea. Hacer que tales intereses devengaran nuevos intereses anatocísticos quebraría el principio indemnizatorio, permitiendo que lo recibido superara el daño efectivamente causado¹⁶⁴.

D) COMPRENDIDOS EN LA TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE)

El potencial consumidor de productos financieros se encuentra en muchas ocasiones con la necesidad de elegir entre diferentes alternativas ofrecidas por las entidades de crédito y, para facilitar su adecuada comparación y ofrecer criterios de selección, se establece legalmente la obligación de que, en toda información, oferta –vinculante o no–, contrato de financiación o acto de liquidación que se ofrezca profesionalmente, se exprese la Tasa Anual Equivalente (TAE) de la operación¹⁶⁵. La TAE es un indicador que, en forma de tanto por ciento anual, revela el coste o rendimiento efectivo de un producto financiero, ya que incluye el interés y los gastos y comisiones bancarias. Se diferencia del tipo de interés en que éste no recoge ni los gastos ni las comisiones, sólo la compensación que recibe el propietario del dinero por cederlo temporalmente; resulta muy útil porque permite comparar distintos productos u opciones de inversión, con independencia de sus condiciones particulares. Esto es así especialmente entre productos de igual naturaleza, en los que los restantes elementos, y en particular el riesgo que implican, son idénticos¹⁶⁶.

¹⁶³ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses, ob. cit.*, pp. 462-463, tras preguntarse si los intereses anatocísticos pueden devengarse sobre cualquier tipo de interés, con independencia de su causa o devengo, o por el contrario tan sólo es posible su aplicación a los intereses retributivos concluye, sobre las premisas de la ubicación sistemática del artículo 1109 Cc, justo detrás del artículo 1108 Cc que regula la mora de las obligaciones pecuniarias y la redacción literal de «intereses vencidos», que «cuando nuestro Código Civil dice que «los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados», se refiere sólo a los intereses vencidos retributivos y no a los intereses moratorios». En realidad, los intereses moratorios, por definición, carecen de vencimiento y su devengo cesará cuando cese el daño que indemnizan (se cumpla la obligación pecuniaria). En este sentido, si bien en un escenario concursal, la SJMER 1 Oviedo núm. 32/2005 de 14 junio (AC 2005\1017) pionera en el tratamiento concursal del crédito por intereses y reiteradamente citada con posterioridad por la jurisprudencia menor, recoge el argumento de que intereses «vencidos» es un calificativo predicable de los intereses remuneratorios pero no así de los moratorios.

¹⁶⁴ En contra, STS núm. 886/1999 de 30 octubre (RJ 1999\8168).

¹⁶⁵ Introducida por la Ley de Crédito al Consumo de 1995 y cuyo cálculo ha sido modificado en algunas ocasiones, en la actualidad la fuente principal viene constituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE 6/VII/2012).

¹⁶⁶ Es el resultado de una fórmula matemática que incorpora el tipo de interés nominal, las comisiones y el plazo de la operación y su cálculo está basado en el tipo de interés compuesto y en la hipótesis de que los intereses obtenidos se vuelven a invertir al mismo tipo de interés. Esa es la regla general, pero el cálculo de la TAE puede ser ligeramente diferente según el producto bancario de que se trate. Habitualmente, la TAE no incluye los gastos que el cliente pueda evitar (por ejemplo, los gastos de

Como puede fácilmente deducirse sólo tiene sentido en intereses retributivos, lo que aquí sirve para poner de manifiesto cómo el coste que para el prestatario tiene un préstamo bancario no está sólo relacionado con el interés nominal que haya podido pactarse, sino que este precio que ha de satisfacer se verá incrementado, en su caso, con las comisiones bancarias también pactadas. Resultará absurdo, pues, que en la interpretación que viene efectuándose del régimen jurídico del crédito por intereses en la LC, se entienda que, mientras que el crédito por intereses será subordinado y su devengo suspendido tras la declaración, las comisiones bancarias tendrán la consideración de crédito ordinario, incluso contra la masa.

IV. LOS INTERESES MORATORIOS

Afrontar el análisis del régimen jurídico de los intereses moratorios es tarea más sencilla que la equivalente a los retributivos, pues su construcción doctrinal y jurisprudencial es más pacífica y uniforme. No se atenderá en profundidad el régimen jurídico de la mora de las obligaciones, exponiendo aquellos aspectos del particular de la mora de las obligaciones pecuniarias que sirvan para extraer los caracteres propios de los intereses moratorios y contrastarlos con los ya fijados respecto de los retributivos.

1. SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS

En el sistema económico actual el dinero actúa como medio de intercambio de bienes y servicios, por lo que las obligaciones que lo tienen por objeto –obligaciones pecuniarias–, adquieren especial importancia, siendo relevantes en el ámbito de la responsabilidad contractual las consecuencias de su incumplimiento. Por las particularidades del dinero como objeto de las obligaciones pecuniarias –el dinero no desaparece–, su cumplimiento es siempre posible y el único modo que tiene el deudor de incumplir su prestación es retrasarse en el pago. Las consecuencias del incumplimiento del deudor pecuniario conducirán, necesariamente, a la condena al pago de la suma de dinero debida más la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento¹⁶⁷.

El artículo 1108 Cc prevé, para estos casos, que la cuantía de la indemnización de los

transferencia de fondos), los que se abonan a terceras personas o empresas (corretajes, honorarios notariales e impuestos) o los gastos por seguros o garantías (salvo primas destinadas a garantizar a la entidad el reembolso del crédito en caso de fallecimiento, invalidez o desempleo, siempre que la entidad imponga su suscripción para la concesión del crédito).

¹⁶⁷ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 343.

daños y perjuicios consistirá en el pago de un interés estableciendo lo que ha venido en denominarse «*intereses moratorios*».

En orden a determinar la función que los intereses moratorios están llamados a cumplir, parece innecesario entrar en el análisis histórico de la figura por ser un lugar común en la doctrina y jurisprudencia¹⁶⁸. Lo que establece el artículo 1108 Cc no es más que el mecanismo, en defecto de pacto, para cuantificar el resarcimiento por el incumplimiento de las deudas dinerarias, estableciéndolo a través de la figura del interés, que viene a ser como el precio por el aplazamiento forzoso de dicha obligación. El Código Civil dota a los intereses moratorios de «una función indemnizatoria de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional [*sic*] consistente en una cantidad de dinero (...); se trata de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda»¹⁶⁹. Se afirma que, de este modo, la obligación pecuniaria es una «suerte de obligación privilegiada, en la medida en que el acreedor no necesita demostrar el daño producido, pues se entiende que en este tipo de obligaciones el retraso, en virtud del sistema financiero, produce un daño siempre»¹⁷⁰ y que el artículo 1108 Cc constituye una manifestación del *favor creditoris*, puesto que el acreedor está exento de la prueba de la cuantía y de la existencia del daño causado como consecuencia del incumplimiento de una obligación pecuniaria¹⁷¹.

2. REQUISITOS PARA EL DEVENGO DE INTERESES MORATORIOS

Como los intereses moratorios no son más que la indemnización por la mora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, el artículo 1108 Cc está en íntima relación con el artículo 1100 Cc, regulador de la mora en general. Es, pues, tanto del régimen general de la mora como de las especialidades de las obligaciones pecuniarias de donde se extraen los requisitos para la aplicación de los intereses moratorios.

A) EL CARÁCTER PECUNIARIO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

Sin entrar a profundizar en los caracteres del dinero como bien *sui generis*, sus

¹⁶⁸ Vid. MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., pp. 344-350.

¹⁶⁹ STC núm. 206/1993, de 22 de junio (RTC 1993\206); también destaca la función indemnizatoria de los intereses moratorios, entre otras, la STS de 22 de octubre de 1984 (RJ 1984\4910): «a los moratorios les singulariza su finalidad indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación».

¹⁷⁰ ROJO AJURIA, L., Voz «Intereses», *Enciclopedia Jurídica Básica*, est.cit., p. 3667.

¹⁷¹ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., pp. 350-351.

funciones económicas en el tráfico jurídico o las características propias de las obligaciones pecuniarias¹⁷², conviene puntualizar la expresión «obligación que consistiere en el pago de una cantidad de dinero» utilizada en el artículo 1108 Cc para delimitar su ámbito de aplicación.

Ningún problema planteará la aplicación de los intereses moratorios a los supuestos en los que la obligación consista en el pago de una cantidad de moneda que tenga curso legal y forzoso en un determinado sistema monetario –deudas de suma o de cantidad–. Sin embargo, sí lo hará cuando la obligación consista en una especie concreta de moneda –deudas de especie monetaria– (art. 1170 Cc), adquiriendo especial relevancia práctica el supuesto de las deudas en moneda extranjera, que pueden actuar como moneda de cuenta o como moneda de pago en cumplimiento de la obligación. La doctrina y jurisprudencia admiten, en línea de principios, que las deudas en moneda extranjera devenguen intereses moratorios y, por tanto, entren en el ámbito de aplicación del artículo 1108 Cc¹⁷³.

Resulta necesario también analizar la situación de las deudas de valor, entendidas como aquéllas en las que el dinero funciona, no como medio de cambio, sino como medida de valor de otras cosas o servicios a los que sustituye o representa como equivalente y en las que, por tanto, el dinero no es buscado por sí mismo sino por representar precisamente un valor patrimonial concreto; se debe un valor no un dinero, pero su realización final exige la traducción en dinero de la valoración que la cosa tenga en el momento de su conversión pecuniaria. En el sentir mayoritario de la doctrina, la concreción final en dinero de las deudas de valor constituiría un presupuesto necesario para la constitución en mora y, por tanto, para el devengo de los intereses moratorios, pues se argumenta que el deudor no puede haberse retrasado en el cumplimiento de una deuda cuya existencia y cuantía todavía no conoce. Esta posición mayoritaria es objeto de revisión doctrinal, no sólo desde la perspectiva de negar la separación de las deudas de suma y las de valor como categorías crediticias distintas¹⁷⁴, sino por la evolución

¹⁷² Vid. MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.* pp. 352-353 y bibliografía allí citada; LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II, V.I.*, *ob. cit.*, pp. 86-93; DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, v. II*, *ob. cit.*, pp. 250-282; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, v. II*, *ob. cit.*, pp. 50-69; PAZ-ARES, C., «Sistema de las deudas de dinero», *est. cit.*

¹⁷³ ROJO AJURIA, L., Voz «Intereses», *Enciclopedia Jurídica Básica*, *est.cit.*, p. 3667. Vid. MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, pp. 354-357 quien señala cómo la aplicabilidad del artículo 1108 Cc a las deudas en moneda extranjera se puede afirmar en línea de principios, pero no existen reglas generales para todos los casos al concurrir una serie de cuestiones como la determinación de la ley aplicable, la situación de la imposibilidad absoluta de pago en la moneda pactada, la necesidad de que el juez tenga en cuenta los riesgos en el cambio producidos a partir de la caída en mora, *etc.* que requerirían soluciones específicas.

¹⁷⁴ Es la tesis de PAZ-ARES, C., «Sistema de las deudas de dinero», *est. cit.*, pp. 2075-2076 quien sostiene que «es una distinción que no afecta a la estructura de la deuda dineraria como tal y que, por

jurisprudencial de la doctrina del principio *in illiquidis non fit mora* en la que en el fondo se sustenta; cuestión que, por ser más amplia que la del tratamiento de las deudas de valor, se analiza en el apartado siguiente.

B) LA MORA DEL DEUDOR Y SUS REQUISITOS

En virtud de la relación evidente entre los artículos 1108 y 1100 Cc, para que concurra la mora del deudor hace falta, en principio, que el acreedor reclame efectivamente el pago de su crédito, que deberá estar *vencido* y ser ya *exigible*. Por tanto, antes de la interpelación no se devengarán intereses moratorios.

El primer presupuesto del devengo de los intereses moratorios es, pues, la existencia de una *obligación pecuniaria* que esté *vencida* y sea *exigible*; vencimiento y exigibilidad que dependerá de ser la obligación pura (art. 1113 Cc y 62 CCom), condicional o a plazo, en cuyo caso la llegada del término del cumplimiento será el señalado por las partes, la ley, los usos o los Tribunales¹⁷⁵.

El segundo es que, llegada la exigibilidad, el deudor no cumpla la prestación por causa a él imputable. Este presupuesto de la mora es discutido en la doctrina. Aun cuando prevalece la opinión de considerarlo un principio general del Derecho en la materia sancionado jurisprudencialmente [SSTS 2 de enero de 1980 (RJ 77), 12 de febrero de 1986 (RJ 549), 15 de noviembre de 1989 (RJ 7884), 28 de diciembre de 1998 (RJ 9646)]¹⁷⁶, es más discutido en el caso de las deudas pecuniarias sobre la base de ser siempre posible en ellas el cumplimiento de la obligación¹⁷⁷.

En tercer lugar, en línea de principios, hace falta que el acreedor interpele al deudor para que cumpla, exigiéndole «judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación». Sin embargo, conforme al artículo 1100 Cc, es posible que dicha intimación no sea necesaria cuando las partes hayan acordado expresamente la incursión

tanto, al no proyectarse sobre el contenido de la prestación debida, sino solamente sobre su determinación, reviste una importancia marginal y meramente epidérmica. No estamos, pues, ante distintas clases de créditos, sino ante distintas técnicas de medición. La llamada conversión de la deuda de valor en una deuda de suma no implica novación. La identidad de la deuda no muda con su determinación».

¹⁷⁵ Respecto al tiempo en el cumplimiento de las obligaciones *vid.* CARDENAL FERNÁNDEZ, J., *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979 y MELLADO RODRÍGUEZ, M., *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos bancarios de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y afianzamiento*, tesis doctoral, Universidad Carlos III, 2008.

¹⁷⁶ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, *ob. cit.*, pp. 628-629.

¹⁷⁷ Un completo análisis de la cuestión para concluir que en las deudas pecuniarias no existen razones suficientes para extraerlas en este punto del régimen general de la responsabilidad contractual puede verse en MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, pp. 394-398.

en mora del deudor con el mero vencimiento, cuando la ley lo declare así expresamente y cuando se esté ante un término esencial impropio¹⁷⁸. A estas excepciones habría que añadir la contenida en el artículo 63.1º CCom en virtud de la cual en las obligaciones mercantiles sometidas a término legal o contractual, la morosidad se produce de forma automática (*dies interpellat pro homine*), y sus efectos al día siguiente del vencimiento.

El requisito de la liquidez de la deuda para la constitución en mora del deudor¹⁷⁹ es de creación puramente jurisprudencial, no encontrándose referencia a él en el artículo 1108 Cc, ni en cualquier otro que en el mismo cuerpo legal regule la mora del deudor; es, pues, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha ido perfilando, históricamente, el principio o regla *in illiquidis non fit mora*.

La liquidez o iliquidez de la deuda se refiere a la determinación de la cuantía de la prestación, siendo líquida aquella cuya cuantía esté plenamente determinada o cuya determinación total derive de una o varias simples operaciones aritméticas; ilíquida será aquella otra para cuya determinación sea preciso seguir un juicio. Inicialmente la doctrina del TS aplicaba con todo rigor dicha regla, haciendo depender la concesión de los intereses moratorios, esencialmente, de la liquidez de la obligación; como tal se entendía el supuesto en que el acreedor hubiera solicitado en su demanda el pago de una cantidad determinada (o determinable por una o varias sencillas operaciones aritméticas) y que, justificándolo documentalmente, consiguiera un pronunciamiento judicial concediéndole, exacta y precisamente, la cantidad solicitada. Por tanto, no procedería la condena al abono de intereses moratorios cuando la condena al principal fuera inferior a la pretendida, cuando la determinación de la cantidad por principal dependiera del resultado del juicio o cuando hubiera de determinarse la misma en ejecución de sentencia.

Sin entrar en las críticas doctrinales al rigor con que el TS aplicaba la máxima *in illiquidis non fit mora*, ni en las que merecen los fundamentos del cambio de la doctrina legal¹⁸⁰, la STS de 5 de marzo de 1992 –seguida por otras muchas posteriores– ha venido a revisar la doctrina anterior, a través de nueva corriente jurisprudencial en el

¹⁷⁸ Para profundizar sobre esta excepción a la necesidad de interpelación judicial y los diferentes sentidos y consecuencias del término esencial, puede consultarse CARDENAL FERNÁNDEZ, J., *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, ob. cit., pp. 195-229.

¹⁷⁹ Sobre este polémico presupuesto se profundizará sólo en la medida en que resulte necesario para poder extraer las características predicables de los intereses moratorios. Vid. MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., pp. 378-394.

¹⁸⁰ Vid. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, ob. cit., p. 629-631 y MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., pp. 383-389 para la crítica a la doctrina legal tradicional y pp. 393-394 para los fundamentos de la reformulación de la doctrina.

sentido de rechazar el automatismo en la aplicación del principio, valorando la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama, a fin de evitar situaciones en las que le bastara con negar la deuda o discutir la cantidad postulada para hacerla indeterminada. Según el TS, este moderno criterio da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado, y demás circunstancias concurrentes. Lo decisivo a estos efectos es la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía; la reducción del importe de la reclamación no excluye por sí misma la mora y sus efectos, y sólo una considerable distancia entre lo postulado y lo concedido lleva a no reconocer el derecho al cobro de intereses legales moratorios¹⁸¹.

3. EFECTOS DE LA MORA DEL DEUDOR PECUNIARIO

El artículo 1108 Cc regula los efectos que, en defecto de pacto, ha de acarrear la constitución en mora del deudor de obligaciones pecuniarias, estableciéndose en él una excepción al régimen general de la responsabilidad por incumplimiento en el sentido de que, en principio, el acreedor queda liberado de la carga de probar tanto la existencia del daño mismo y su cuantía –que viene determinada alzadamente en el interés legal–, como su relación de causalidad con el incumplimiento del deudor.

La disposición del precepto no es imperativa y las partes pueden pactar, en sustitución del régimen legal, las consecuencias del incumplimiento en forma de una cláusula penal cualquiera, o pueden convenir la sustitución del tipo legal por otro tipo expresamente pactado. Sólo en defecto de estos pactos, se devengarán los intereses moratorios al tipo del interés legal del dinero. Pero, en ausencia de pacto, es polémica la cuestión de si ese daño abstractamente calculado es sólo un mínimo garantizado o es la indemnización que corresponderá al acreedor en todo caso. En definitiva, si el acreedor podría o no reclamar el daño superior padecido y acreditado que no fuera cubierto por el interés legal. La respuesta tiene algunas premisas.

Ha de comenzarse por el significado de la misma cuantificación del interés legal. En su redacción original de 1889, el artículo 1108.II Cc establecía que *mientras no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés del 6 por 100 por año*. Este precepto sufrió tres modificaciones de su redacción original: por Ley de 2 de agosto de

¹⁸¹ STS núm. 265/2009, de 6 abril (RJ 1761) y las muchas que allí se citan.

1889 se redujo el tipo legal al 5%; por Ley de 7 de octubre de 1939, se volvió a reducir al 4% y se hizo reserva legal para su sustitución, suprimiendo la autorización que primitivamente se confería al Gobierno; y, finalmente, la Ley 24/1984, de 29 de junio, suprimió el párrafo 2º del artículo 1108 Cc, expulsando la determinación del interés legal del Código Civil, y fijó el tipo interés de demora en el tipo básico del Banco de España con la aspiración de que esta nueva fórmula de actualización del tipo de interés legal permitiera el reflejo de los verdaderos vaivenes del mercado monetario evitando, así, el desfase de aquél respecto de éstos¹⁸².

El artículo 1 de la Ley 24/1984 disponía originariamente: *el interés legal se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España vigente al día en que comience el devengo de aquél, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente*. La DA 5ª de Ley 13/1994, de 1 junio, de Autonomía del Banco de España dio nueva redacción a dicho artículo: *el interés legal del dinero se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado*, y por la DA 6.2 de Ley 65/1997, de 30 diciembre, de Presupuestos para el año 1998 se la añade un segundo párrafo en virtud del cual *el Gobierno, atendiendo a la evolución de los tipos de interés de la Deuda Pública, podrá revisar el tipo de interés fijado en el ejercicio por la Ley de*

¹⁸² Las razones de la modificación eran expresadas en la Exposición de Motivos: *La Ley de 7 de octubre de 1939 fijó el interés legal del dinero a que se refiere el párrafo 2 del artículo 1.108 del Código Civil en un 4 % al año. No obstante la elevación de los tipos de interés en el mercado, aquella Ley no ha sido modificada. El mantenimiento del interés legal en el tipo del 4 % resulta aún más injustificado si se tiene en cuenta que ya el artículo 15.1, del Decreto-Ley 6/1974, de 27 de noviembre modificó el artículo 58.2 b), de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, de forma que para las deudas tributarias se toma como interés de demora el básico del Banco de España, vigente al tiempo de practicar la liquidación. La Ley General Presupuestaria (LGP), de 4 de enero de 1977, recogió este mismo criterio en su artículo 36.2 extendiéndolo a la totalidad de los derechos y obligaciones de la Hacienda Pública. Más recientemente, la Ley 77/1980, de 26 de diciembre, ha incluido en la LEC un artículo 921 bis, que, para las resoluciones jurisdiccionales que contengan condena al pago de cantidades líquidas, imponen el devengo de intereses desde que aquéllas se dictan hasta quedar totalmente ejecutadas, tomando como referencia el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España, incrementado en dos puntos, salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública en la LGP. La permanencia del 4% como tipo del interés legal del dinero resulta por tanto, obsoleta respecto a la realidad social, discriminatoria frente a la que rige para los derechos y obligaciones de la Hacienda Pública, y favorecedora de todo tipo de incumplimientos hasta el momento en que por recaer resolución jurisdiccional condenatoria entre en juego el artículo 921 bis LEC. Se propone por todo ello hacer coincidir el interés legal de demora con el recogido en el artículo 36.2 LGP, de modo que si bien la resolución jurisdiccional condenatoria al pago de cantidad líquida aparezca singularmente potenciada en su ejecutoriedad por el incremento de dos puntos contemplado en el artículo 921 bis LEC, también con anterioridad a aquella resolución jurisdiccional los legítimos acreedores queden suficientemente protegidos. El efecto de reserva formal producido por la Ley de 7 de octubre de 1939, hizo que, desde la vigencia de aquella Ley, resultase inaplicable la habilitación conferida al Gobierno en el párrafo segundo del artículo 1.108 Cc. La fórmula propuesta para la inaplazable actualización del tipo de interés legal del dinero atiende a las exigencias de flexibilidad, huyendo de una nueva congelación con rango legal en esta materia, que podría conducir a los mismos resultados de desfase. Sin embargo, no se limita a derogar la Ley de 1939 de modo que recobre virtualidad el artículo 1.108 II Cc. Por semejanza a lo dispuesto en el artículo 36.2 LGP se vincula la tasa de interés del dinero a la determinación del tipo de interés básico del Banco de España con lo que además se refuerza la autonomía de esa Institución en materia de política monetaria.*

Presupuestos Generales del Estado. En la actualidad, pues, el interés legal del dinero viene determinado anualmente en las Leyes de Presupuestos, no obstante lo cual el Gobierno puede modificarlo si resulta desacompañado de la evolución de los tipos de interés en el mercado, tomándose como referencia los del mercado de deuda pública.

Se coincide con quienes afirman que «si bien es cierto que la adopción de parámetros variables que midan el tipo de interés legal acercan la tutela del crédito pecuniario a criterios valoristas, que se adecuan mejor a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda y solventa muchas dificultades que se plantean en relación con la prueba del daño superior al interés legal en la mora del deudor», con ello no se viene a garantizar que con el interés legal del dinero se vengán a cubrir la totalidad de los perjuicios que, en el caso concreto, pueda sufrir al acreedor y, por tanto, los mismos vengán a reponerlo en la misma situación que se hubiera encontrado si no se hubiera producido la lesión del derecho de crédito¹⁸³.

Quizá sirva a esta conclusión una comparación histórica en los últimos años de los tipos legales del interés con otros tipos que también pudieran servir de parámetros indicativos del precio del dinero¹⁸⁴.

¹⁸³ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 418.

¹⁸⁴ Datos extraídos del Banco de España <http://www.bde.es>. La serie histórica completa del interés legal del dinero, desde la Ley 24/1984 para completar la expresada, sería la siguiente: 1986 (10,5%); 1987 (9,5%); 1988-1989 (9%); 1990-1993 (10%); 1994-1996 (9%); 1997 (7,5%); 1998 (5,5%), 1999-2000 (4,25%); 2001 (5,5%); 2002-2003 (4,25%); 2004 (3,75%). Como consecuencia de la Circular 5/2012 los datos cambian en el Boletín Estadístico del Banco de España a partir de octubre de 2012, por lo que en algunos índices no hay datos para el año 2012. Inicialmente, la DA 26ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 estableció para dicho año el interés legal del dinero en el 5'5%, manteniendo el del año anterior. Con posterioridad, por el artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, se modificó dicha DA 26ª «que queda redactada de la siguiente manera: «Vigésima séptima. Interés legal del dinero. Uno. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, éste queda establecido en el 4 por ciento hasta el 31 de diciembre del año 2009». La técnica legislativa utilizada no es la de que el Gobierno haya procedido a la revisión del interés legal del dinero conforme a la autorización concedida en el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley 24/1984, sino que se ha optado por la técnica de la modificación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado por la vía del Decreto-Ley, lo que requirió acompañar la modificación con la Disposición Transitoria Primera, que aclarara que «los tipos del interés legal del dinero y de demora establecidos por el artículo 1 serán de aplicación a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley» La técnica utilizada es harto criticable pues la transitoria permite una doble interpretación sobre si la aplicabilidad se refiere al periodo del devengo o al momento de la liquidación. Se puede entender que lo que se ha pretendido establecer son dos periodos de devengo distintos: desde el 1 de enero al 31 de marzo el tipo de interés moratorio legal será el 5,5% y desde el 1 de abril al 31 de diciembre, el 4%, sea cual sea la fecha en la que el mimo se liquide; o que el periodo de devengo es único (año 2009) y si el interés ha de aplicarse en una liquidación efectuada a partir del 1 de abril de 2009, será en todo momento correspondiente al año 2009 el 4%. Este problema no se habría planteado si, si lo que se quería era establecer distintos periodos de devengo –que entendemos era la intención del legislador-, dejarlo así claramente establecido en la nueva redacción que se daba a la DA 26ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado con una redacción próxima a esta: «De conformidad con lo dispuesto (...) el interés legal del dinero queda establecido en el 5,5% desde el 1 de

TIPO DE INTERÉS (%)	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Interés legal	4	4	5	5,5	4,38	4	4	4	4
Interés Ley 3/2004 (semestral)	9,09 9,05	9,25 9,83	10,58 11,07	11,20 11,07	9,50 8,00	8,00 8,00	8,00 8,25	8,00 8,00	8,75 8,50
EURIBOR a 1 año	2,334	3,436	4,450	4,813	1,618	1,350	2,006	1,111	0,536
Tipos oficiales del mercado hipotecario (conjunto entidades)	3,283	4,173	5,242	5,857	3,439	2,770	3,383	3,416	3,353
Indicador CECA	4,479	5,021	5,771	6,521	5,052	4,750	5,292	5,385	--
Deuda pública	2,663	3,322	4,040	4,018	2,806	2,660	4,025	4,338	3,108
Tipos preferenciales Bancos	--	5,21	5,46	5,53	5,13	5,11	5,27	--	--
Tipos preferenciales Cajas	--	4,53	5,09	5,31	4,74	4,82	5,39	--	--
Media EECC en operaciones activas de crédito al consumo	8,22	8,87	9,77	10,89	10,52	--	--	--	--
Media en operaciones activas hipotecarias	3,37	4,23	5,25	5,81	3,36	--	--	--	--
Media en depósitos a la vista	0,5	0,47	0,64	0,76	0,45	--	--	--	--
Media EECC en depósitos hasta un año	2,07	2,75	3,88	4,63	2,48	--	--	--	--
Media EECC en depósitos a más de dos años.	2,07	2,62	2,92	3,10	2,39	--	--	--	--

La conclusión, evidente aun sin la contemplación de estos datos estadísticos, es que el dinero no tiene el mismo precio en los distintos mercados, variando en función de las características que éstos tengan.

El interés legal puede no ser equivalente al daño sufrido por la privación del dinero, no sólo por la circunstancia de que el mismo pueda no cubrir el precio del dinero en todo caso, sino porque, además, el daño emergente o el lucro cesante del acreedor puede ir más allá del precio del dinero según las circunstancias del caso, especialmente en el de prestamistas particulares (*v. gr.* el impago produce una situación de falta de tesorería que le aboca a una situación concursal o le ha producido la necesidad de acudir a contratar un préstamo más oneroso; o le ha impedido satisfacer a unos proveedores que han procedido a reclamarle judicialmente; o no ha podido afrontar la compra de nuevas mercaderías; o le ha supuesto perder una buena oportunidad de inversión, y tantas situaciones imaginables¹⁸⁵). Ante ello, considerar el interés legal como cuantificación

enero al 31 de marzo de 2009 y en el 4% a partir de esa fecha y hasta el 31 de diciembre del año 2009» lo que no habría dado lugar a duda interpretativa alguna. No obstante, en la serie histórica del BDE recoge un 4,38% anual para el año 2009. Por otra parte, las razones de la bajada del interés legal quedan explícitas de los datos que arroja la siguiente tabla.

¹⁸⁵ Ha sido especialmente tratada por la doctrina la cuestión de la incidencia de la devaluación monetaria como daño resarcible en la mora del deudor en la que no entraremos por exceder de los objetivos planteados en el trabajo. Un análisis completo tanto de las posiciones doctrinales como de la postura del TS al respecto puede consultarse en MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, pp. 433-441.

fija del daño susceptible de ser indemnizado al acreedor de una prestación dineraria supondría una diferencia de trato injustificada entre el acreedor de una deuda de dinero y cualquier otro acreedor ordinario pues, mientras que el segundo podría reclamar tanto el daño emergente como el lucro cesante según el supuesto (arts. 1106 y 1107 Cc), el primero habría de limitarse al interés legal. Sobre esta base, habrían de aplicarse las reglas generales en materia de responsabilidad y para cuantificar la indemnización de los daños y perjuicios, habría de tenerse en cuenta la imputabilidad del deudor en el incumplimiento (art. 1101 en relación con el 1105 Cc) y la reparación integral del daño (art. 1106 Cc), atendiendo al daño previsible en el momento de constituir la obligación y al nexo de causalidad entre el daño causado y el incumplimiento del deudor (art. 1107 Cc), correspondiendo al acreedor la carga de la prueba de la existencia y extensión de estos daños (art. 217 LEC), así como al Juez su valoración equitativa¹⁸⁶.

En este sentido, la cuantificación del artículo 1108 Cc en el interés legal habría de favorecer al acreedor que no pudiera –o quisiera– proceder a la cuantificación concreta del daño, pero no debería perjudicar a quien, pudiendo acreditar un daño superior, quisiera reclamarlo. Debería configurarse como un sistema alternativo; ambos –interés legal y liquidación del mayor daño– cumplen la misma función y tienden a reparar el perjuicio sufrido por el acreedor ante la falta disposición del capital originada por el retraso en el cumplimiento, pero en el caso del interés legal la ley presupone *iuris et de iure* que se trata de un daño mínimo indemnizable por la misma peculiaridad del bien del dinero, como bien productivo, por lo que, de optarse por la alternativa y no conseguir mayor condena, el interés legal estaría asegurado¹⁸⁷.

A los argumentos expresados cabría añadir el derivado del contenido posible del pacto contractual que evitara la aplicación subsidiaria del artículo 1108 Cc. Las partes pueden establecer expresamente que serán otras las consecuencias del retraso del deudor, sea por el establecimiento de una cláusula penal o por la de la determinación de un concreto tipo moratorio; y el contenido del pacto puede consistir en la agravación, la limitación o, incluso en ciertos casos (art. 1102 Cc), la exoneración de la responsabilidad¹⁸⁸. Esto es así, precisamente, porque, tratándose de indemnizar el daño, las partes han podido contemplar las circunstancias concurrentes o previstas, agravatorias, limitativas o exoneratorias que soportaran tal pacto expresivo de la

¹⁸⁶ Es la opinión de MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 429 y 432 quien vierte este argumento como fundamental después de describir los distintos argumentos vertidos en la doctrina en contra y a favor de la posibilidad de acreditar y reclamar el mayor daño (pp. 418-429) y DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, ob. cit., pp. 636-637.

¹⁸⁷ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 431.

¹⁸⁸ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, ob. cit., p. 636.

consecuente responsabilidad. Si las partes pueden modular dicha indemnización, no se encuentran las razones por las que la misma no pueda ser efectuada por los Tribunales (art. 1103 Cc), a los cuales, de otra forma, estaría vedado conceder una indemnización por daño de cuantía superior al interés legal que hubiera sido reclamada, siempre que resultare acreditado tal daño como realmente producido.

No obstante, en sentido contrario se expresa de manera reiterada el Tribunal Supremo considerando que los intereses moratorios se configuran, a falta de pacto en contrario y para el supuesto de reclamación de cumplimiento de obligaciones dinerarias *ex* artículo 1108 Cc, como una indemnización de carácter tasado que, si bien libera al acreedor de la prueba de la cuantía del daño, impide, por otra parte, exigir y probar la existencia de un daño mayor¹⁸⁹. No obstante, existen resoluciones del TS que dejan entreabierto la postura contraria, que conduciría a un cambio en la doctrina jurisprudencial¹⁹⁰.

4. CARACTERÍSTICAS DE LOS INTERESES MORATORIOS

Lo hasta aquí escrito en relación con los intereses moratorios, junto con otros aspectos de su régimen jurídico, permite exponer sus características mediante un análisis, en la medida de lo posible, paralelo y comparativo con el efectuado en relación con los intereses retributivos.

A) DE ORIGEN EXCLUSIVAMENTE LEGAL AUN SUSCEPTIBLES DE CUANTIFICACIÓN CONVENCIONAL

Por la función que están llamados a cumplir, los intereses moratorios tienen su origen en la ley, que impone la obligación de indemnizar daños y perjuicios a quienes en el

¹⁸⁹ SSTS 23 enero 1985 (RJ 196), 12 febrero 1986 (RJ 549), 15 noviembre 1989 (RJ 7884), 12 marzo 1991 (RJ 2219), 13 abril 1992 (RJ 3100) y 21 diciembre 1998 (RJ 9649), entre otras.

¹⁹⁰ La STS núm. 1039/1997 de 24 noviembre (RJ 1997\8396) accedió a indemnizar a la vendedora, además de con el interés legal del dinero del precio impagado de la compraventa, con los intereses de los préstamos que aquella hubo de solicitar para la adquisición del material objeto de la compraventa, en la medida en que quedó acreditada la concertación de dichas operaciones financieras y en la que quedara acreditada que dichos intereses fueron, efectivamente, satisfechos. Por su parte, y en relación con ello, la STS núm. 126/1998, de 18 febrero (RJ 875) explica la función de los intereses de demora sobre la *restitutio in integrum*: *la función de los intereses de demora (...) es la indemnizatoria de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional consistente en una cantidad de dinero, tal como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 206/1993, de 22 junio (RTC 1993\206), que añade: la efectividad de la tutela judicial, garantizada constitucionalmente, exige no sólo que se cumpla el fallo... sino que el ganador consiga el restablecimiento pleno de su derecho hasta la «restitutio in integrum»... en este sentido actúa el interés de demora.*

cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y a quienes de cualquier modo contravinieren al tenor de sus obligaciones (art. 1101 Cc). Aunque pueda resultar obvio, conviene puntualizar que esta obligación legal se impone ante el incumplimiento de cualquier obligación, sea su origen contractual o no (art. 1089 Cc). Para cuando la obligación –contractual o no– consista en el pago de una cantidad de dinero, salvo pacto, la indemnización consistirá en el pago del interés legal (art. 1108 Cc). Por tanto, el nacimiento de la obligación de pagar los intereses moratorios, que indemnizan el daño mínimo padecido por el retraso del deudor en el cumplimiento de una obligación pecuniaria, no precisa de la existencia de un pacto entre las partes; ni siquiera del incumplimiento de una obligación contractual, ya que puede incluso derivar del incumplimiento de una obligación pecuniaria legal –v. *gr.* impago de alimentos–. Siendo contractual el origen de la obligación, pueden o no las partes haber procedido a cuantificar convencionalmente los intereses moratorios a devengar en caso de incumplimiento, por lo que, en este sentido, tales intereses pueden venir cuantificados por la ley –en la cifra del interés legal– o, en su caso, por el pacto expreso alcanzado por las partes sobre el particular¹⁹¹.

Conviene matizar si tener un origen legal significa que los intereses moratorios operan *ope legis* y son susceptibles de ser impuestos sin necesidad de petición expresa de parte. Conforme doctrina reiterada del TS, el interés moratorio *ex* artículo 1108 Cc, en caso de mora en el cumplimiento de una obligación pecuniaria y no habiendo pacto en contrario, es la indemnización por el retraso culpable en su cumplimiento, que consistirá en el pago del interés convenido y, a falta de convenio, en el interés legal. Pero tal no es un interés que imponga la Ley, sino que deriva de la mora prevista en el artículo 1100 Cc, y a condición de no haber pacto en contrario (art. 1108 Cc). La Ley de Presupuestos Generales del Estado fija su cuantía, pero están sujetos al principio dispositivo que rige el proceso civil debiendo ser pedidos expresamente por la parte, so pena de incongruencia en la sentencia¹⁹².

B) OBJETO DE UNA OBLIGACIÓN SECUNDARIA

Los intereses moratorios son siempre objeto de una obligación secundaria, en el sentido de que la obligación de su pago en ningún caso se alza como la principal o esencial de la relación jurídica en la que se desenvuelve, ni por tanto la dota de causa,

¹⁹¹ El pacto de intereses moratorios debe ser expreso no cabiendo extender a la mora los intereses retributivos del préstamo por cuanto sus cometidos son jurídicamente diferenciables. En defecto de pacto expreso, pues, se aplicará el interés legal y no el interés retributivo pactado [STS de 22 octubre 1984 (RJ 4910)].

¹⁹² SSTS núm. 194/1999, de 9 marzo y 843/2011, de 23 de noviembre.

incluso en el supuesto de intereses moratorios convencionales. En un escenario de intereses moratorios contractuales, a diferencia de los retributivos, el incumplimiento de esta obligación no sería causa, en su caso, de resolución del contrato, ni la ausencia de la determinación del método para su cuantificación tendría consecuencia de clase alguna, pues sería plenamente aplicable la disposición del artículo 1108 Cc en relación con la del artículo 2 de la Ley 24/1984, de 29 de junio y entraría en juego, sin duda alguna, la regla supletoria de su cuantificación en el interés legal.

C) OBJETO DE UNA OBLIGACIÓN DEPENDIENTE

La obligación del pago de intereses moratorios es una obligación legal ligada al incumplimiento de otra obligación distinta y, en este sentido, podría afirmarse que es una obligación accesorio o dependiente de otra *principal* que ha resultado desatendida y cuyo incumplimiento es la causa de su nacimiento¹⁹³.

Consecuencias de este carácter dependiente o accesorio son, entre otras, que la nulidad de la obligación principal impida el devengo de intereses moratorios (art. 1155.2º Cc); que a éstos no le resulte de aplicación el plazo de prescripción quinquenal del artículo 1966.3º Cc¹⁹⁴; que tampoco sean exigibles si la obligación principal se encuentra prescrita¹⁹⁵; que el ámbito de aplicación del artículo 1109 Cc se extienda sólo a los intereses retributivos y no a los moratorios; y que el artículo 1173 Cc sobre la imputación de pagos contraiga su ámbito de aplicación exclusivamente a los intereses

¹⁹³ En puridad no hay dos obligaciones dependientes o accesorias entre sí; de lo que depende el devengo de los intereses moratorios no es de la existencia de una obligación sino de la concurrencia del presupuesto fáctico de resultar incumplida por el deudor una obligación pecuniaria; por tanto, la obligación de intereses moratorios depende del hecho del incumplimiento de otra obligación, no de la existencia de la obligación misma.

¹⁹⁴ STS núm. 811/2008 de 23 septiembre: *esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la aplicabilidad del plazo de prescripción general a los intereses moratorios. Así, en Sentencia de 30 de enero de 2007, se afirmaba que «tomando en consideración la diferente naturaleza que presentan los intereses remuneratorios y los moratorios, rige para cada tipo un plazo prescriptivo distinto, siendo de aplicación a estos últimos el plazo común previsto para las acciones personales, esto es, el de quince años que señala el art. 1964 Cc. Y así, la Sentencia de 17 de marzo de 1994 establece que es doctrina mayoritaria 'declarar aplicable la prescripción del artículo 1966.3º a los intereses compensatorios, no así a los moratorios'. Del mismo tenor es la más reciente Sentencia de 17 de marzo de 1998 que, en su fundamento jurídico quinto, expresa que 'no es aplicable el precepto invocado -que como en el presente recurso se refería al plazo de cinco años a que alude el artículo 1966.3º - toda vez que en este caso rige la prescripción de quince años establecida en el artículo 1964 Cc, de conformidad con la reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, relativa a que el artículo 1966.3º es aplicable a los intereses compensatorios pero no a los moratorios o debidos como indemnizaciones por retraso en el pago'.*

¹⁹⁵ STS núm. 35/2009 de 26 enero: *conforme al principio general del derecho accessorium secuitur principale, estando prescrita la obligación de pagar intereses remuneratorios, éstos no pueden dar lugar a intereses moratorios por su impago, cuando así procediera, o cuando entre las partes hubiera mediado un pacto de anatocismo.*

retributivos¹⁹⁶.

D) NECESARIAMENTE DINERARIOS Y PORCENTUALES.

Distinguiendo el concepto de intereses moratorios del de cláusula penal como pacto expreso previsto para sustituirlos, los intereses moratorios, *stricto sensu*, son siempre *dinerarios y porcentuales*. Aun cuando las partes pueden pactar que la indemnización por la mora del deudor en obligaciones pecuniarias consista en algo distinto del abono de un tipo porcentual de la cantidad debida, en tal caso habrá que reconducir la figura a la cláusula penal. Por tanto, los intereses moratorios son siempre dinerarios y porcentuales, siendo dicho porcentaje el expresamente previsto por las partes para el caso o, en su defecto, el interés legal del dinero. Si durante el periodo de la mora variara el tipo de interés legal, habrían de calcularse los intereses moratorios devengados aplicando el correspondiente tipo vigente en cada período de interés¹⁹⁷.

E) NO SOMETIDOS A LOS LÍMITES DE LA LEY DE LA USURA

La jurisprudencia de la Sala Primera del TS se muestra reacia a la calificación de los intereses moratorios como abusivos o ilícitos, defendiendo siempre el valor del principio de autonomía de la voluntad para el momento de establecer una indemnización justa del perjuicio causado como consecuencia del incumplimiento del contrato, y entendiendo que no se pueden sustituir las sumas contractualmente establecidas simplemente porque puedan parecer usurarias¹⁹⁸. Además, aplicando la doctrina jurisprudencial sobre la extensión de la facultad moderatoria judicial de la cláusula penal se concluye que el artículo 1154 Cc no permite a los Tribunales moderar el tipo de interés moratorio pactado¹⁹⁹.

¹⁹⁶ SAP Madrid (25ª), número 566/2010, de 16 de noviembre.

¹⁹⁷ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 418.

¹⁹⁸ SSTs de 10 de mayo de 2001, 27 de febrero de 2002, 22 de octubre de 2002 y 26 de abril de 2004. En palabras de la STS núm. 430/2009 de 4 junio: «En cuanto a los intereses moratorios, éstos, como recuerda la sentencia de 2 de octubre de 2001 no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la ley de 23 de julio de 1908». Un análisis sobre el control de la abusividad de los intereses moratorios puede verse en BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, ob. cit., pp. 86-102 para quien el interés moratorio «es predisponible siempre que persiga una función indemnizatoria (valoración abstracta del daño), si bien, como medida que exime al acreedor de la prueba del daño, merecerá la consideración de abusiva cuando el «daño tasado» supere, no ya el efectivo (la finalidad del acuerdo es, precisamente, la liquidación abstracta del daño, dada la previsibilidad de éste), sino el que cabría esperar conforme a un lógico devenir de las circunstancias.»

¹⁹⁹ STS núm. 170/2010 de 31 marzo (JUR 123425): *la llamada cláusula penal moratoria está*

En el caso de préstamos celebrados entre profesionales y consumidores que caigan dentro del ámbito de aplicación de la normativa específica –nacional y comunitaria– de protección de consumidores y usuarios, y más específicamente cuando se trate de préstamos destinados a la adquisición de vivienda habitual que resulte garantizada con hipoteca constituida sobre la propia vivienda, la cuestión presenta tintes particulares que, por su especificidad sólo se señalan, pues resultan colaterales al objeto de esta memoria.

En el caso ser el deudor un consumidor, la autonomía de la voluntad cede ante la primacía de la normativa nacional (TRLDCU) y europea (en especial, Directiva 93/13 CEE) sobre protección de consumidores y usuarios²⁰⁰. Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato (art. 82 TRLDCU); y lo son, especialmente, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones (art. 85.6 TRLDCU). Conectando los intereses moratorios con ese carácter de indemnización pactada, el problema surge en la determinación del supuesto en que la indemnización sea excesiva. No existe una referencia legal expresa del máximo permisible para todo caso (no obstante, sí hay reglamentaciones particulares: 2,5 veces el interés legal del dinero tanto para los descubiertos en cuenta corriente *ex* art. 20 LCCC; el interés retributivo pactado incrementado en 2 puntos para los deudores que se encuentren situados en el umbral de exclusión *ex* art. 4.1 RD Ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; tres veces el interés legal del dinero en los préstamos para la adquisición de vivienda garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda *ex* 114.3 LH) y en la jurisprudencia se observan distintas posturas (más de 2,5 veces el interés legal del dinero –*v. gr.* STS núm. 578/2010 de 23 septiembre–, más del 19% –*v. gr.* SSAP Alicante (9ª) de 7 de septiembre y 30 de noviembre de 2012–, 4 veces el

estipulada exclusivamente para el supuesto de retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación, y no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154, ya que ésta se halla instituida sólo para el caso de inobservancia parcial o irregular, lo que no puede acaecer con la presencia de la cláusula moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora, al haberlo así pactado las partes, por el mero hecho de la demora en la observancia de la obligación, que, por sí solo, es inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del mentado artículo 1154 . Esta Sala tiene declarado que ‘El artículo 1154 (...) por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (SSTS de 28 de junio 1995 y 30 de marzo de 1999), o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (STS de 29 noviembre 1997) (STS de 7 de febrero de 2002 y, en el mismo sentido, entre otras, STS de 21 de noviembre de 2002)». En contra, MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, pp. 222-223 entiende que si los intereses moratorios pactados son sensiblemente superiores al interés legal del dinero hay que distinguir lo que es propiamente indemnizatorio de lo que es una cláusula penal con carácter punitivo y «objeto de moderación tan sólo podrán ser los intereses que constituyen una pena y no los que tratan de compensar la privación del capital que sufre el acreedor en la mora del deudor».

²⁰⁰ Sólo en el estricto ámbito del deudor mero consumidor y ante cláusulas no negociadas; así SSTS nº 999/2011, de 12 de enero de 2012 y nº 406/2012, de 18 de junio de 2012 niegan la aplicación de la normativa de consumidores y usuarios por no concurrir la condición de consumidores de los recurrentes y la segunda, además, por constar que la cláusula fue objeto de negociación entre las partes.

interés legal del dinero –v. gr. Junta de jueces de Primera Instancia de Valencia de 4 de Diciembre de 2012–, más de 3 veces el interés legal del dinero –v. gr. Jornadas para unificación de criterios de las secciones civiles de la AP de Madrid de 4 de octubre de 2013–)²⁰¹. En esta materia, la STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C 415/2011, sobre préstamos con garantía hipotecaria y el proceso hipotecario español, con origen en una cuestión de prejudicialidad planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, si bien remite al derecho interno la cuestión de determinar cuándo son o no abusivos los intereses de demora, proporciona dos criterios interpretativos: la comparación de lo pactado con las normas nacionales aplicables a falta de pacto y la valoración sobre la eventual aceptación o no por el consumidor de la cláusula en cuestión si ésta hubiera sido negociada. En cualquier caso, la Jurisprudencia del TJUE tiene reiterado (SSTJUE de 14 de junio de 2012, 14 de marzo de 2013 y 30 de mayo de 2013) que la abusividad de una cláusula es apreciable de oficio por los Tribunales en cualquier fase del procedimiento y que tal declaración produce su nulidad, lo que debe implicar su inaplicación radical y no su moderación (como permitiría el artículo 83.2 TRLDCU y como, v. gr., hizo la STS 23 de septiembre de 2010, rebajando los intereses moratorios del 29% considerados abusivos al 2'5 veces el interés legal). Tal moderación o integración prevista en el artículo 83.2 TRLDCU se opondría al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y, además, tratándose de intereses moratorios (no retributivos) se estaría ante una cláusula accidental cuya nulidad no impediría el desenvolvimiento y la validez del contrato. No obstante, surge la duda de si, ante la nulidad de la cláusula de intereses moratorios abusivos no se devengaría ningún interés de esta clase (0%) o si podría entrar en juego el interés moratorio general que resultara de aplicación (el general del artículo 1108 Cc –interés legal– o cualquier otro especial previsto legalmente –2'5 veces interés legal, 3 veces interés legal, etc. –). Tal duda ha sido objeto de una nueva cuestión prejudicial planteada por el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, de 19 de Noviembre de 2013, para que TJUE se pronuncie, entre otras cuestiones y una vez que ha dejado claro que no cabe ninguna integración de la cláusula abusiva de intereses moratorios (STJUE de 14/06/12, C-618/10 –pronunciamiento 2º– y 30 de mayo de 2013, C-488/11 –pronunciamiento 3º–), sobre si cabe que el interés moratorio *sobreviva* merced a la aplicación supletoria de una norma nacional²⁰². Habrá, pues, que esperar la resolución del TJUE.

F) DEVENGO, LIQUIDACIÓN Y VENCIMIENTO.

A diferencia de los intereses retributivos, en los moratorios siempre coincide el momento de su devengo y de su exigibilidad, no siendo posible diferir un momento de otro. Por tanto no cabe hablar en los intereses moratorios de intereses prepagables, ni postpagables, siempre son *ad tempus*.

²⁰¹ MADRID RODRÍGUEZ, F., «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia», *Derecho de los Negocios*, nº 272, noviembre-diciembre 2013, pp. 7-22, p. 10.

²⁰² Un extracto del Auto planteando la cuestión prejudicial puede encontrarse en *Diario La Ley* de 13 de Diciembre de 2013, pp. 7-10

G) NO PRODUCTORES DE ANATOCISMO

Los intereses retributivos son los únicos susceptibles del anatocismo, sea legal o convencional, ya que los intereses moratorios, en ningún caso o supuesto, pueden ser capitalizados para, a su vez, devengar nuevos intereses. Lo contrario llevaría a la quiebra del principio indemnizatorio, haciendo posible una indemnización superior al daño efectivamente causado (*vid. supra* III.2.H, p. 82).

H) EXCLUIDOS EN EL CÁLCULO DE LA TASA ANUAL EQUIVALENTE

Si se atiende al carácter indemnizatorio predicable de los intereses moratorios y la expuesta finalidad del establecimiento legal de la mención de la TAE como facilitadora de la comparación en el precio de los productos financieros, se comprenderá fácilmente cómo en su cálculo no se incluyen, en modo alguno, otros intereses que no sean los meramente retributivos del capital, quedando absolutamente excluidos los moratorios.

V. LOS INTERESES COMPENSATORIOS

Tras la descripción de la naturaleza y régimen jurídico de los intereses retributivos y moratorios resta alcanzar el objetivo propuesto de concluir si los intereses compensatorios son de una u otra clase, reconduciendo las categorías funcionales del interés a dos, o si, por el contrario, se mantienen autónomos como *tertium genus*.

Los intereses compensatorios son aquellos conectados *ex lege* a distintos supuestos en los que, desligados de un contrato o pacto de financiación y al margen del supuesto de mora, surge una obligación de restitución o entrega de un capital del que directa o indirectamente ha gozado el deudor y del que se ha visto privado el acreedor. Las razones justificantes de la producción de intereses decretada por la Ley se encontrarían en la compensación que habría de recibir el acreedor por haber sido privado, en beneficio del deudor, de las ganancias que produce –o se presume que produce– el dinero, como aplicación concreta de la doctrina del enriquecimiento injustificado.

En esta categoría se incluirían, entre otros, el supuesto el artículo 1682.II Cc que, en sede de contrato de sociedad civil, impone la obligación de pagar intereses por las cantidades del patrimonio social dispuestas por el socio para su beneficio particular²⁰³ y, a la recíproca, los debidos por la sociedad al socio por las cantidades que haya desembolsado por ella *ex* artículo 1688 Cc; el primer supuesto regulado en el artículo 1724 Cc, que, para el mandato,

²⁰³ No así, en nuestra opinión, el supuesto artículo 1682.I Cc que tiene su encaje en los intereses puramente moratorios al partir del incumplimiento de la obligación del socio de aportar a la sociedad la suma de dinero comprometida.

obliga al mandatario a satisfacer interés por las cantidades que aplicó a los usos propios desde el día en que lo hizo, –aplicable también al depósito por la remisión del artículo 1770 Cc–²⁰⁴ y, a la recíproca, el artículo 1728 Cc que obliga al mandante a satisfacer interés por las cantidades anticipadas por el mandatario para la ejecución del encargo; la previsión del artículo 1838 Cc que, en sede de fianza, concede al fiador que ha pagado por el deudor el derecho a percibir los intereses de la cantidad satisfecha desde la comunicación del pago²⁰⁵; la obligación del pago de intereses en caso de aceptación de mala fe de un pago indebido regulada en el artículo 1896 Cc²⁰⁶; el derecho del propietario de exigir al usufructuario los intereses de las cantidades invertidas en las reparaciones extraordinarias y contribuciones a su cargo recogido en los arts. 502 y 505 Cc²⁰⁷; los supuestos de instituciones de herederos y legados condicionales en los que lo percibido ha de ser devuelto con frutos e intereses, si el beneficiario no cumple con el gravamen o no se cumple la condición (arts. 797 y 800 Cc); los intereses de los bienes sujetos a colación, los cuales, porque sólo se deben a la masa hereditaria desde el día en que se abra la sucesión (art. 1049 Cc), se consideran aquí compensatorios²⁰⁸; los supuestos de obligación de restitución de un capital como consecuencia de la pérdida de eficacia del título por el que se entró a poseer o por la misma ineficacia inicial (arts. 1120 –condición–, 1124 –resolución–, 1295 –rescisión– y 1303 y 1307 Cc –nulidad–), que pretenden colocar a las partes en la misma posición que tenían antes de contratar; el supuesto del interés compensatorio a que tiene derecho el deudor que, ignorando la existencia del plazo, pagó anticipadamente (art. 1126 Cc); el interés que, sobre su respectiva parte, puede reclamarse a los codeudores solidarios por el que adelanta el pago total *ex art.* 1145 Cc; y los intereses que debe abonar al cesionario el deudor que ejercite el retracto del crédito litigioso regulado en el artículo 1535 Cc. También compartiría esta naturaleza compensatoria el supuesto regulado en el artículo 1501.II Cc que obliga al comprador a abonar intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago

²⁰⁴ No así, en nuestra opinión, el segundo supuesto regulado en el artículo 1724 Cc que se refiere a las cantidades adeudadas al mandante a la extinción del mandato, que son intereses puramente moratorios (STS 21-2-1967).

²⁰⁵ Nos inclinamos por considerarlos compensatorios y no moratorios al entender que en la conjugación de las disposiciones del artículo 1838 y 1841 Cc podría darse el caso de que el fiador pagara antes del vencimiento de la obligación y que, a pesar de ello, tuviera derecho a repercutir los intereses legales desde el pago aun cuando su derecho a reembolso no pueda exigirlo hasta el vencimiento del plazo, si la obligación garantizada produjera intereses que, por el pago adelantado, dejaron de devengarse y en tal sentido, el pago adelantado ha sido útil al deudor.

²⁰⁶ La disposición de este artículo 1896 Cc es paradigmática de cómo la justificación del devengo de intereses está en la natural productividad del dinero, pues si la cosa recibida fuere distinta de dinero deberán abonarse «los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere», pero si fuere capital, se abonará el interés legal en todo caso.

²⁰⁷ Por el contrario, en otros distintos supuestos en el usufructo, como el derecho del usufructuario que no haya prestado fianza de percibir el interés de las cantidades obtenidas en las fórmulas de aseguramiento sustitutivas de la misma (art. 494 Cc) y el legal del valor de tasación de los bienes que el propietario prefiera retener en su poder antes que enajenarlos para la constitución de la garantía (art. 495Cc) o los intereses que en un caso se niegan al usufructuario y en otro se reconocen al nudo propietario en ciertos supuestos de usufructo regulados en los artículos 510, 517, 518 y 519 Cc nos encontramos realmente ante la mera consideración del interés como fruto del capital y sólo se explican en el derecho natural del usufructuario de percibir los frutos de los bienes dados en usufructo *ex art.* 471 Cc por lo que en realidad no son ni retributivos, ni moratorios ni compensatorios, sino contenido esencial del derecho real de usufructo. En estos no existe la premisa compensatoria de un equilibrio entre las partes que no tiene por qué existir entre usufructuario y nudo propietario, especialmente en los usufructos legales.

²⁰⁸ En estos casos, el módulo no es el interés legal del dinero, sino que «para regularlos, se atenderá a las rentas e intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados» (art. 1049Cc).

del precio, si la cosa vendida o entregada produce frutos o rentas; en este caso el desequilibrio que se quiere compensar es el que se produciría en otro caso, si el comprador estuviera beneficiándose tanto de los frutos de la cosa entregada como del fruto «presunto» del capital que retiene porque no satisface el precio.

El análisis de los distintos supuestos permite concluir que estos intereses son los devengados a partir de deudas líquidas y exigibles, sin necesidad de constitución en mora del deudor y en compensación por la retención de una cantidad de dinero ajena para restablecer el equilibrio patrimonial entre la detentación de esa cantidad y su privación al acreedor, que lo es con carácter involuntario; su fundamento, la presunta productividad del dinero, razón por la que se prefiere la denominación de *compensatorios*²⁰⁹.

Los intereses compensatorios: (i) tienen un origen legal; (ii) corresponden a un acreedor involuntario; (iii) vienen cuantificados por la ley; (iv) son objeto de una prestación secundaria y dependiente; (v) son necesariamente dinerarios y porcentuales; (vi) obviamente, por su origen y cuantificación legal, no están sometidos a los límites de la Ley de Usura; (vii) su devengo y exigibilidad sólo es posible *ad tempus*; (viii) no producen anatocismo; y (ix) no forman parte del cálculo de la TAE, que no tiene en ellos sentido alguno. Todas estas características son compartidas con los intereses moratorios. La única diferencia en el régimen jurídico de los intereses compensatorios y los moratorios deriva de la doctrina jurisprudencial que considera la necesidad de rogación expresa de los intereses moratorios (v. *gr.* SSTS 988/1996, de 18 de noviembre, 274/2002, de 21 de marzo y 741/2008, de 18 de julio), mientras que los compensatorios son automáticos, *ope legis*, sin estar, por tanto, sometidos al principio de rogación que, como manifestación del principio dispositivo, rige en el proceso civil (art. 216 LEC)²¹⁰.

²⁰⁹ VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, *ob. cit.*, p. 161. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, p. 69 afirma que los intereses que no son ni retributivos ni moratorios (entre los que incluye los supuestos de los artículos 282, 283, 284 Cc y 576 LEC) se pueden agrupar en dos finalidades: los que equilibran el goce de las prestaciones realizadas o debidas realizar conforme al principio de reciprocidad que informa algunas relaciones bilaterales o plurilaterales (arts. 1501.II, 1682.I y 502.I Cc), o los que reintegran el patrimonio de quien no ha otorgado su consentimiento para que un tercero disponga de su dinero en provecho propio (arts. 1682.II, 1724 y 1770II Cc), compartiendo para él los segundos una finalidad retributiva en estructuras de cuasicontratos. Pero desiste de buscarles una terminología y se limita a deducir las reglas del inicio del devengo, porque «la clasificación trimembre italiana ya ha causado suficiente confusión».

²¹⁰ Así se ha pronunciado, respecto a los de los artículos 1295.1º y 1303 Cc, la STS núm. 843/2011, de 23 de noviembre (RJ\2012\569) que, ratificando (*sic*) la doctrina de las SSTS núm. 105/1990, de 24 de febrero, 120/1992, de 11 de febrero, 81/2003, de 11 de febrero, 812/2005, de 27 de octubre, 934/2005, de 22 de noviembre y 473/2006, de 22 de mayo, entre otras, considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio *iura novit curia*, y sin incurrir en incongruencia, «al considerar que se trata de

Sin perjuicio de lo opinable de esta doctrina²¹¹, la cuestión es intrascendente a los efectos de los propósitos planteados en esta memoria, considerándose que la práctica identificación del régimen jurídico de los intereses moratorios y los compensatorios, así como la cercanía entre la finalidad indemnizatoria de aquéllos y la equilibradora de éstos, aconsejan que, al menos de cara a su tratamiento concursal, el régimen jurídico de los intereses compensatorios sea el propio del que se proponga para los moratorios, distinguiendo así, a efectos concursales, sólo entre intereses retributivos de un lado y los que no lo son, por otro.

VI. REPLANTEAMIENTO DE UN CONCEPTO UNITARIO DE INTERÉS

El análisis del régimen jurídico de los intereses retributivos y su confrontación con el de los moratorios, al que se asimilan los compensatorios, obliga a cuestionarse si, en realidad, es posible encontrar y sostener un concepto unitario de *interés*, independiente de su función jurídica, o si, por el contrario, éste ha de considerarse un término polisémico cuyas notas dispares aconsejan el planteamiento de conceptos jurídicos diferenciados para las clases funcionales de interés.

Se coincide con la opinión de quienes afirman que, dadas las grandes diferencias existentes entre los rasgos caracterizadores de unas clases y otras de intereses, para que un concepto unitario de interés sirviera unívocamente –como comprensivo de intereses retributivos, moratorios y compensatorios– debería ser tan abstracto que, en realidad, no explicaría ni definiría ninguno de ellos. Se disiente, sin embargo, en que serviría para distinguirlos de otras figuras afines, puesto que no se considera lo esencial del interés que consista en una deuda/crédito cuya cuantificación dependa del tiempo que dure la situación de goce/privación del capital que da lugar a su devengo, ya que ni siquiera esto es común a las distintas categorías funcionales del interés, si se admite, como se ha pretendido defender en esta memoria, que los intereses retributivos no tienen por qué ser

una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia».

²¹¹ La citada STS núm. 843/2011 contiene el voto particular del magistrado Salas Carceller que considera incorrecta tal doctrina que, de mantenerse, debería aplicarse a todos los supuestos en los que el Código civil anude a una obligación la del pago de intereses, incluso a los del artículo 1108Cc para los que expresamente está previsto la renuncia tácita del acreedor al cobro de los intereses cuando no los reclama *ex art. 1110 Cc*; argumenta que la doctrina jurisprudencial anterior sólo reflejaba la de las «pretensiones implícitas» en las que, solicitada simplemente la nulidad, de estimarse, habrían de estimarse necesariamente las consecuencias restitutorias; pero esto no puede aplicarse «*a maiore a minus*», a los casos en los que se pide la restitución del precio pero se omite la solicitud de los intereses, considerando que no debería dejar de respetarse el principio de rogación más que en los supuestos expresamente previstos, porque de lo contrario se estaría dictando una sentencia incongruente y no respetuosa con el derecho de defensa del demandado al que se causaría auténtica indefensión. Se coincide aquí plenamente con estos planteamientos.

necesariamente dinerarios, ni porcentuales²¹².

Por tanto, a efectos del pretendido tratamiento concursal de los intereses, resulta inútil profundizar en un concepto unitario de interés, que no existe, concluyendo que el término *interés* ha de considerarse jurídicamente polisémico y que a cada clase – intereses moratorios, retributivos y compensatorios– corresponde una acepción distinta, dado que la única nota común que comparten es la de responder al uso o disponibilidad de un capital ajeno. Es más, el hito que en el tratamiento concursal del crédito por intereses supone la LC hace que deje de ser cierto que la razón para buscar y encontrar un concepto unitario del interés sea de carácter funcional, por servir para facilitar la integración, interpretación y aplicación del Derecho²¹³; es precisamente el régimen concursal del crédito por intereses el que obliga a distinguir conceptualmente los distintos tipos funcionales, a fin de evitar la aplicación a los que sean retributivos de un régimen concursal que sólo encontraría explicación para los que no lo son, lo que resultaría de admitir un concepto unitario y unívoco del término «interés».

VII. DISTINCIÓN Y SEMEJANZA DE LOS INTERESES DE OTRAS FIGURAS AFINES

De cara a su tratamiento concursal, y una vez reconducidos los distintos tipos de intereses a la dualidad de intereses retributivos y los que no lo son, conviene considerar una serie de figuras que, aun no siendo propiamente intereses, les son afines por la periodicidad de su devengo, por su proporcionalidad a un capital, por implicar un resarcimiento de un daño, *etc.*; y ello a fin de establecer su parangón con una u otra categoría de intereses. En la medida que la figura afín se aproxime a la esencia de los

²¹² BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, p. 53. MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, pp. 201-209, en lo que es el estudio más profundo de la prestación de intereses propone un concepto unitario de interés como «aquella cantidad de dinero que se debe pagar por la utilización o mera detentación de un capital ajeno, cuya cuantía depende de la duración del uso o disposición de ese capital, y no de las ganancias o beneficios que de él puedan obtener el deudor o un tercero» sobre la base de que su objeto sólo puede ser un capital pecuniario y su estructura debe ser, necesariamente, la cuantía efectiva de capital y el tiempo entre el comienzo del uso o disponibilidad y su pago o vencimiento.

²¹³ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, p. 201: «en la medida en que el Código Civil no define al interés, ni sirve la caracterización del mismo como simple fruto civil del capital, será necesario extraer su concepto de los propios supuestos de hecho de las normas jurídicas. Se está, por tanto, ante un concepto normativo, que si se pretende que sea funcional, es decir, que facilite la aplicación del Derecho, está obligado por fuerza a ser desarrollado como un concepto abstracto y unitario. El método a seguir para su aprehensión será inductivo. Deberá partir de las mismas normas y servir para todos los casos. Por consiguiente, la definición del interés no sólo deberá atender al caso normal de los intereses del préstamo, sino que también comprenderá los que surgen del incumplimiento de obligaciones pecuniarias. Tan sólo así se puede alcanzar un concepto universalmente válido que sirva como criterio definitorio del fenómeno al cual se refiere.»

intereses retributivos deberá recibir el tratamiento concursal de éstos; en la que lo haga a la de los moratorios, merecerá la respectiva²¹⁴.

1. LOS APLAZAMIENTOS RETRIBUIDOS COMO PACTOS ACCESORIOS DE OTROS CONTRATOS

Es frecuente que en contratos de cambio las partes acuerden el aplazamiento de la prestación dineraria a la que una de ellas se compromete, pactándose también la compensación o retribución que recibirá el acreedor por dicho aplazamiento. Tal es el caso típico, *v. gr.*, de las compraventas con pago aplazado del precio, en las que el comprador se verá obligado a satisfacer el interés de la parte del precio aplazado, si así expresamente se ha previsto en el contrato (art. 1501.1º Cc). Se trata, sin duda, de un equivalente a intereses retributivos puesto que vienen a remunerar el crédito que el vendedor concede al comprador por la financiación que supone el aplazamiento de la obligación dineraria del deudor y que se soporta recíprocamente en la obligación de espera asumida por el vendedor, en la pactada inexigibilidad de la obligación del pago del precio hasta el transcurso del plazo establecido²¹⁵.

En todo supuesto de aplazamiento voluntario de una obligación dineraria existe crédito y, si éste es remunerado, los intereses pactados comparten la esencia de los intereses retributivos del préstamo, pudiendo predicarse la práctica totalidad de las características que se han señalado de los mismos. La diferencia residiría en no poder considerarse una obligación esencial, causa del contrato, sino una obligación secundaria, causa sólo del pacto accesorio de aplazamiento. De ahí que no puedan seguirse las consecuencias señaladas para el préstamo y, por tanto, su incumplimiento no podría justificar la resolución del contrato, ni la falta de determinación del interés, su nulidad (art. 1289.1º Cc).

2. LAS RENTAS

Suele ser lugar común en la doctrina distinguir los intereses de las rentas sobre la base de que éstas no suponen capital utilizado por otro ni, por tanto, se fundan en su

²¹⁴ A la inversa, el parangón de los intereses con sus figuras afines también servirá para poner después de manifiesto la incoherencia de un sistema que, conforme se viene interpretando, dote de un determinado tratamiento concursal al interés retributivo y conceda el radicalmente opuesto a otra figura afín y comparable en su esencia jurídica con aquel (*v. gr.* las comisiones bancarias).

²¹⁵ El vendedor financia al comprador y ello puede deberse a necesidad competitiva en un determinado mercado o presupuesto comercial para obtener la venta; que lo haga voluntariamente o forzado por las circunstancias del mercado no obsta a que, establecida contraprestación por el aplazamiento o espera, vengam a soportarse recíprocamente la una en la otra.

productividad; al no ser «producto» o «rendimiento» de un capital, las rentas pueden devengarse sin que exista una deuda de capital. A ello se añade que, aunque exista un capital, las rentas no son proporcionales a él, destacándose el carácter autónomo de las rentas frente al accesorio de los intereses²¹⁶.

En la tarea de distinguir o asimilar los intereses y las rentas hace falta partir del carácter polisémico de ambos términos. Este planteamiento ya es, en parte, efectuado por DIEZ PICAZO cuando expresa cómo el Cc utiliza la palabra *renta* en un sentido equívoco dándole, en general, una significación que es sinónima de intereses y frutos y hace referencia al rendimiento de un capital (v. gr. arts.760, 1063, 1401), mientras que otras veces la expresión *renta* adquiere un significado más preciso y designa un determinado tipo de prestaciones, homogéneas y regularmente periódicas, que se deben por períodos de tiempo prolongados, unas veces determinadas y otras indeterminadas, «pero que no son debidas junto a un capital o además de un capital, sino que integran por sí solas el objeto de la obligación» (arts. 475, 508, 820.3º, 1802 y ss, 839 y 1086 Cc). Para el citado autor, «la característica primordial de este tipo de obligaciones de renta consiste en su homogeneidad y en su periodicidad. No constituyen remuneración por la cesión temporal de un capital que sea debida con la restitución de éste, sino que cumplen una función autónoma». Esta característica es la que, en realidad, le permite distinguir con mayor nitidez la prestación de renta de la de intereses²¹⁷. Sin embargo, habría que analizar por separado los distintos supuestos y conceptos de *rentas*.

(i) Las rentas como *retribución de los distintos arrendamientos*, calificadas como frutos civiles por el artículo 355.3 Cc. En tales casos, la renta consiste en una prestación, generalmente periódica, que por sí sola integra el objeto de la obligación del arrendatario y tiene como causa el deber de prestación del arrendador de proporcionarle el goce de la cosa, de lo que se deduce la sinalagmaticidad existente entre el uso de la cosa y la renta. La asimilación de la esencia jurídica de los intereses retributivos con la de las rentas de los arrendamientos es casi total, en el sentido de funcionar ambos como contraprestación de las obligaciones recíprocas de la contraparte²¹⁸. No obstante, hay quien mantiene la distinción entre intereses y rentas de los arrendamientos sobre la base del imposible predicado de un carácter sinalagmático de los intereses moratorios, aun fuera predicable de los intereses en el préstamo²¹⁹. Pero el problema surge de mantener,

²¹⁶ LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II, V. I., ob. cit.*, p. 103; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, v. II, ob. cit.*, p. 71.

²¹⁷ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, v. II, ob. cit.*, pp. 283-284.

²¹⁸ BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo, ob. cit.*, p. 50 asimila el préstamo y el arrendamiento afirmando que «el préstamo es un «arrendamiento» peculiar por su objeto.»

²¹⁹ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses, ob. cit.*, pp. 211-212.

a pesar de las distintas funciones del interés, un concepto unitario, cuando tan polisémico resulta éste y el propio de renta y, por tanto, a la hora de asimilar o distinguir las unas de los otros no puede hacerse de modo conjunto. Puede asimilarse la renta de los arrendamientos con los intereses retributivos, pero existe una evidente discriminación en cuanto a los intereses moratorios; pero ello no puede conducir a distinguir toda clase de rentas con toda clase de intereses, porque unas y otros tienen características comunes y disímiles según los casos.

(ii) Las *rentas vitalicias*, también incluidas en el elenco de frutos civiles del artículo 355 Cc y cuyo régimen jurídico viene establecido en los artículos 1802 y ss Cc. Traen su causa de un contrato por el cual el deudor queda obligado a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se le transfiere a cambio, precisamente, de la pensión o renta. El problema de distinguir la renta vitalicia de los intereses se agudiza cuando el bien que se entrega para la constitución de la renta es un capital pecuniario²²⁰.

La distinción entre el contrato de préstamo de dinero con interés y la renta vitalicia son evidentes; efectivamente, el segundo es esencialmente un contrato aleatorio en el que, siendo incierta la duración de la vida de la persona a la que la renta se refiera, no puede determinarse con antelación si las pensiones pagadas superarán o no la cuantía del capital entregado a quien se obliga a pagar la renta. Pero esa aleatoriedad no afecta al hecho de cumplir las rentas en ese contrato la misma función que los intereses vienen a cumplir en el préstamo a interés: retributiva de las obligaciones de la contraparte y causal del contrato mismo, siendo cosa distinta que, por el carácter aleatorio de la renta vitalicia, las partes no puedan conocer *a priori* el contenido de sus prestaciones y si el contrato supondrá la ganancia o la pérdida para una u otra. De ello, evidentemente, se derivan importantes consecuencias en cuanto a su régimen jurídico, pero no las que permitan sostener una autonomía de la obligación de renta, por la inexistencia de la obligación de restituir el capital transferido, frente a una accesoriedad de la obligación de pago de intereses remuneratorios; ésta es tan principal –en el sentido de esencial e independiente– como la obligación de pagar la renta vitalicia. La diferencia residirá en la *correspondencia*, que entre los intereses retributivos y el disfrute del capital prestado deberá darse siempre, por ser el préstamo un contrato conmutativo, mientras que en la renta vitalicia puede no darse, dado su carácter aleatorio. Es precisamente este carácter aleatorio de la renta vitalicia el que basa las importantes diferencias entre el régimen jurídico de este contrato y el de préstamo: no hay relación, en principio, entre el capital entregado y la cuantía de la renta, ni ésta depende del período de disfrute del capital.

²²⁰ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., pp. 213-214.

Pero no se trata de ver las similitudes o diferencias entre el contrato de préstamo y el de renta vitalicia, sino, partiendo de sus evidentes diferencias, concluir que tan retributivo del goce del capital es el interés en el contrato de préstamo, como de la transmisión del capital lo es la renta en el de renta vitalicia. Ahora bien, mientras que se puede asimilar la esencia jurídica de la renta vitalicia a la de los intereses retributivos, no puede menos que afirmarse su total disimilitud con los intereses moratorios²²¹.

(iii) Los *censos*, como supuesto en el que se sujetan algunos bienes muebles al pago de un canon o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de los mismos bienes (art. 1604 Cc). Respecto de ellos se señalan como diferencias con los intereses, tanto su carácter de prestación autónoma, como su naturaleza de derecho real. La prácticamente nula supervivencia de la figura en la práctica aconseja no profundizar en el tema²²², no obstante lo cual se deja señalado el indiciario hecho de haber proliferado los censos en la Edad Media, precisamente, como mecanismo para eludir la prohibición eclesiástica del préstamo a interés.

3. LOS RECARGOS

La expresión *recargo* se refiere a distintas situaciones en las que el deudor resulta obligado a satisfacer una cantidad que se añade a la deuda principal. Los supuestos de recargos más habituales –y que, por ello, tienen especial incidencia en el ámbito concursal al que se orienta este estudio– son los recargos de créditos públicos y los de prestaciones de la seguridad social, que tienen una naturaleza jurídica diferente y, con ella, un tratamiento concursal radicalmente distinto.

(i) En cuanto a los *recargos de créditos públicos*, tanto la Ley General Tributaria (arts. 25 a 28) como la Ley General de la Seguridad Social (art. 27) establecen una serie de recargos que se configuran, en general, como una obligación accesoria de la principal del pago de la cuota tributaria o de seguridad social y que se desencadenan ante su incumplimiento o retraso. Se distinguen diversas categorías según el grado o intensidad del incumplimiento, el momento del pago y la actitud del deudor (los recargos por

²²¹ En el mismo sentido podrían analizarse otros supuestos de renta recogidos en el Código civil –la periódica del artículo 475, la que sustituye al usufructo vidual del 839, las perpetuas que gravan una finca como carga real del 1.086, etc. –, en los que tradicionalmente se ha venido marcando la diferencia con los intereses en el hecho de ser éstos prestaciones accesorias e integrar aquéllas por sí solas el objeto de la prestación, cumpliendo, por tanto, una función autónoma. Vid. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, *ob. cit.*, pp. 283-284.

²²² Vid. MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, pp. 214-215.

ingreso fuera de plazo del art. 27 LGSS y los de declaración extemporánea sin requerimiento previo del artículo 27 LGT; y los recargos ejecutivo, de apremio reducido y de apremio ordinario del artículo 28 LGT).

La naturaleza indemnizatoria o sancionadora de los recargos ha venido siendo discutida por la doctrina de cara a su calificación concursal como créditos ordinarios o subordinados y, dentro de éstos, su incardinación en los supuestos de intereses del número tercero o de sanciones del número cuarto del artículo 92 LC²²³. A la polémica cuestión vino a dar respuesta el Tribunal Supremo, en sendas sentencias de 21 de Enero de 2009 –nº 1231 y 1232–, concluyendo que los recargos por deudas tributarias y de la Seguridad Social debían considerarse créditos subordinados comprendidos en el concepto de «créditos por multas y demás sanciones pecuniarias» del artículo 92.4º LC²²⁴. La reforma operada en la LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha resuelto de otra forma la cuestión, incluyendo expresamente los recargos junto a los intereses en la nueva redacción del artículo 92.3º LC. Ante ello, y por limitar el estudio a la medida necesaria para poder determinar su tratamiento concursal, se quedará la cuestión en afirmar que, obviamente la asimilación de los distintos recargos no podrá considerarse efectuada, en ningún supuesto, a los intereses retributivos, sino exclusivamente a los moratorios y, por tanto, habrán de compartir el régimen jurídico que se atribuya a éstos²²⁵.

(ii) Los *recargos de prestaciones de la seguridad social* se presentan en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional como consecuencia directa de la falta de adopción por el empresario de medidas preventivas. Ante tal eventualidad, el legislador

²²³ VEIGA COPO, A.B., «Dos sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009. Sobre la naturaleza jurídica de los recargos tributarios y de la Seguridad Social y sobre el cómputo de los privilegios públicos en el concurso de acreedores», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, v. 3º (2009), pp. 328-390, pp. 369-383 recoge las distintas posturas y razona la necesidad de distinguir los distintos tipos de recargos.

²²⁴ Tal doctrina ha sido aplicada con posterioridad en SSTs de 22 y 29 de junio y 20 de septiembre de 2009, 30 de septiembre de 2010 y 17 de marzo y 4 de abril de 2011, entre otras.

²²⁵ Si bien es cierto que los recargos ejecutivo y de apremio reducido excluyen -y, por ende, sustituyen- a los intereses moratorios a partir del inicio del periodo ejecutivo –art. 28.5 *in fine* LGT- y que, por ello, realizan la misma función de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la mora en las obligaciones pecuniarias tal y como resulta del art. 1.108 Cc, el recargo de apremio ordinario, que es compatible con los intereses de demora, cumple otra función que permitiría su calificación como sanción. Esta es la tesis que, en realidad, acoge la STS –Pleno- nº 1231/2009, de 21 de enero, que termina calificando el recargo en el grado de las sanciones, pero porque en el caso se trataba de un recargo de apremio ordinario. Se considera, pues, que habría que haber atendido a la naturaleza propia del tipo de recargo en particular para clasificarlo junto a los intereses o junto a las sanciones. No obstante, razones de política legislativa habrán aconsejado simplificar la cuestión unificando el tratamiento concursal de todo tipo de recargos y se debió considerar pertinente elevar el rango de los de apremio ordinario más que reducir el de los demás.

impone el pago de un recargo sobre las prestaciones de Seguridad Social; recargo que es independiente y compatible con el resto de responsabilidades (art. 42.3 LPRL), suponiendo un aumento, a cargo del empleador, de la cuantía de todas las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional productores del daño al trabajador como consecuencia de la falta de medidas preventivas. La naturaleza jurídica de este recargo es mixta: en parte, indemnizatoria de los daños padecidos por el trabajador –al integrarse en las prestaciones básicas del sistema de la Seguridad Social–, en parte, sancionadora de la conducta del empresario. Aunque su determinación es porcentual –entre un 30-50% del capital en que consistan las prestaciones económicas *ex art. 123 LGSS*–no comparte por su naturaleza ninguno de los rasgos ni características tanto de los intereses moratorios como de los retributivos; de hecho, reciben un tratamiento concursal específico como créditos contra la masa (art. 84.2.5º LC) o créditos con privilegio general (art. 91.1º LC), por lo que escapan al objeto de esta memoria.

4. LOS DESCUENTOS FINANCIEROS

La expresión *descuento* puede venir referida a situaciones variopintas que responden a la idea general de rebaja de una cantidad (*v. gr.*, descuentos de las deducciones a practicar en la liquidación de haberes o nóminas; descuentos por volumen de compra o pronto pago, que vienen a reducir el precio en las operaciones comerciales; descuento bancario, como anticipo reducido del importe de un crédito no vencido que se cede salvo buen fin, *etc.*). Interesa aquí analizar sólo el descuento en su sentido financiero, pues nada tiene que ver con este memoria el hecho de que, *v. gr.*, para fidelizar a un cliente y como técnica de ventas, se decida rebajar el precio unitario en proporción y función del volumen de compra (*rappel*), o que la normativa obligue al pagador de una cantidad de dinero a retener, para ingresar por cuenta del receptor, cuotas tributarias o de seguridad social. Se analizarán, pues, dos conceptos financieros de descuento: el descuento por pronto pago y el descuento bancario²²⁶.

(i) El *descuento por pronto pago* se explica en el escenario de un sector donde sea costumbre comercial no realizar pagos al contado, concediendo el vendedor un

²²⁶ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, v. II, ob. cit.*, pp. 71 y 72, cuando intenta distinguir los intereses de figuras afines y analiza los descuentos y los recargos, entiende que la nota que los une a los intereses [retributivos] es que guarden o no proporción con el tiempo de duración de la deuda. No se coincide íntegramente con esa opinión en la medida que se mantiene que los intereses retributivos no tienen que ser necesariamente dinerarios ni porcentuales (los intereses que sí dependen necesariamente del tiempo transcurrido son los moratorios, por el principio indemnizatorio y los compensatorios, por el enriquecimiento injusto) y que los recargos tributarios se cifran con un porcentaje de la deuda pero con independencia de periodo de tiempo alguno y unos son indemnizatorios y otros sancionadores.

aplazamiento al comprador sin coste explícito alguno. En estos casos, para ser competitivo, el vendedor ha de conceder el aplazamiento y, en el escandallo de costes para calcular el precio de los productos, considerar el coste financiero del aplazamiento. Por ello, es frecuente que el vendedor conceda al comprador un descuento si realiza el pago al contado (*descuento por «pronto pago»*) que presupone, por tanto, la concertación al contado de una compraventa, en principio proyectada por el vendedor a plazo, en la que el aplazamiento no era, en realidad, gratuito sino que llevaba un coste implícitamente repercutido en el precio²²⁷. Desaparecido el aplazamiento, desaparece su retribución y el precio resulta rebajado. Por tanto, estos descuentos cumplen análoga función y son asimilables en su esencia jurídica a los intereses retributivos; diríanse «intereses implícitos negativos» por el no aplazamiento.

(ii) El *descuento bancario*, pese a su importancia económica por la frecuencia con la que se presenta en el tráfico jurídico, es un contrato atípico que carece en nuestro ordenamiento de una regulación legal adecuada y cuyo régimen jurídico es de construcción doctrinal y jurisprudencial. Es un contrato mediante el cual el Banco anticipa al cliente el importe de un crédito, aún no vencido, del que éste es titular frente a un tercero, previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para su vencimiento, resultando el Banco cesionario *pro solvendo* del crédito cedido (cláusula «salvo buen fin»)²²⁸.

Al margen del régimen jurídico del contrato de descuento, de su discutida naturaleza jurídica –endoso de créditos, compraventa de créditos, simple préstamo o contrato de crédito y liquidez– y de la función que la cesión del crédito cumple en él²²⁹, es indudable que el *interusurium* representa los intereses que percibe el banco descontante por el anticipo que abona al descontatario y el aplazamiento que supone la espera del

²²⁷ En el análisis financiero del vendedor se efectúa un cálculo de los porcentajes máximos y mínimos que pueden ofrecerse por este descuento, pues por encima del primero no resultará conveniente para el vendedor y por debajo del mínimo no le interesará al comprador. El descuento máximo estará determinado por el coste de su financiación. Al obtener el pago al contado, el vendedor se ahorra tener que acudir a la financiación bancaria durante el periodo de aplazamiento y, por lo tanto, el vendedor podrá ofrecer un tipo de descuento que será, como máximo, igual al coste de su financiación, ya que si fuera mayor le resultaría más ventajoso esperar a que se cumpla el aplazamiento dado al comprador y financiarse mientras por el banco. En el descuento mínimo el razonamiento es similar: el ahorro que obtenga el comprador por el descuento tendrá que ser mayor que el coste de su financiación, pues si paga al contado dispondrá de unos fondos que tendrá que financiar; sólo si con el pago al contado consigue un ahorro superior al coste de su financiación, le resultará interesante

²²⁸ SSTS núm. 1292/2007, de 10 diciembre y núm. 655/2001, de 28 junio.

²²⁹ Un estudio en profundidad del contrato de descuento puede verse en SASTRE PAPIOL, S., «El contrato de descuento bancario», en OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PARGA, (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 2007, t. XXXIX, pp. 265-364 y GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L. «Contrato bancario de descuento», en GARCÍA VILLAVARDE (dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 259-362.

vencimiento del crédito descontado. Estos intereses, que el banco percibe directamente trayéndolos (junto con las correspondientes comisiones) del principal del crédito que anticipa, son claramente intereses retributivos, dados en contraprestación a la disponibilidad por el descontatario de fondos monetarios que se permutan por los activos menos líquidos que se descuentan. Hasta tal punto es así que, en el frecuente caso de decidir el cliente descontatario la sustitución de un efecto descontado por otro – normalmente según novación acordada con el deudor– o, simplemente, pagarlo antes de su vencimiento –normalmente en el conocimiento de que será fallido el intento de cobro al deudor cedido–, el banco queda obligado a efectuar una retrocesión parcial de intereses, devolviendo al cliente los correspondientes a la reducción del plazo de vencimiento por ser menor plazo el de los novados o por el pago anticipado²³⁰. Deberán, por tanto, recibir el tratamiento concursal que se proponga para los intereses retributivos.

5. LOS INTERESES PROCESALES Y OTROS SUPUESTOS DE INTERESES LEGALES ESPECIALES

Los intereses de la mora procesal se regulan en el artículo 576 LEC estableciendo que toda sentencia o resolución de cualquier orden jurisdiccional dictada en primera instancia, cualquier laudo arbitral emitido o acuerdo de mediación alcanzado que condenen o impongan el pago de una cantidad de dinero líquida que resulte incumplido determinará el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

El precepto recoge lo que venía disponiendo el artículo 921 LEC1881, según redacción que le fue dada por Ley 34/1984, de 6 de agosto, en cuya Exposición de Motivos se encuentran las razones y finalidades consideradas y perseguidas por el legislador al establecer este incremento del interés legal moratorio procesal respecto del moratorio normal. Tal incremento supone que «la resolución jurisdiccional condenatoria al pago de cantidad líquida aparezca singularmente potenciada en su ejecutoriedad»; se trata de dar mayor intensidad a la fuerza compulsiva del pronunciamiento judicial, fomentando su pronto cumplimiento y encareciendo la tardanza en el pago frente a maniobras especulativas, en función de los distintos tipos de interés en el mercado,

²³⁰ SASTRE PAPIOL, S., «El contrato de descuento bancario», *est. cit.*, p. 330 donde recoge la STS de 16 de enero de 2006 en la que se declaró la nulidad de pleno derecho, por abusiva, de la condición general en la que se exoneraba al banco de efectuar la retrocesión parcial de los intereses cobrados, por considerar que origina un claro supuesto de desequilibrio de prestaciones de las partes en el ámbito de un contrato oneroso y conmutativo.

como medio indirecto de financiación del moroso. Ese plus respecto del interés moratorio legal implica un carácter coercitivo que se añade al propiamente indemnizador del interés legal del dinero²³¹.

El rasgo que más propiamente distingue los intereses moratorios de los procesales es el hecho de que estar sometidos aquéllos al principio de rogación del proceso civil, pudiendo ser concedidos sólo si ha sido expresamente solicitada su condena en la demanda, mientras que los intereses procesales nacen *ope legis* y, por ello, pueden ser impuestos de oficio por el Juzgador, aunque la parte no haya efectuado la correspondiente petición; incluso, pueden ser exigidos en ejecución de sentencia aun sin condena expresa al respecto²³².

Otro supuesto de intereses moratorios especiales viene dado en el artículo 20 LCS. En caso de que el asegurador incurriera en mora en el cumplimiento de la prestación (producida cuando no la hubiere cumplido en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro), deberá abonar un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en su mitad pero, si transcurren dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%. Estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial y podrán ser impuestos de oficio por el órgano judicial, conforme expresamente establece el precepto en su redacción actual.

La razón de esta elevación del interés moratorio hasta el punto de alcanzar un mínimo del 20% anual se ha encontrado en la adición al carácter indemnizador de un carácter sancionador, puesto que la norma parece dictada para atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación

²³¹ STC núm. 206/1993 de 22 junio (suplemento al BOE núm. 171 de 19 de julio de 1993): «*En este sentido los intereses procesales son calificados como sancionadores o punitivos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una acepción más metafórica que rigurosa de la expresión. Se produce así la coexistencia de un tipo porcentual con finalidad indemnizatoria el «interés legal del dinero» y otra disuasoria, el recargo. En puridad, y utilizando otro instrumental terminológico más apropiado, podría mejor hablarse de medidas de fomento de la ejecución de Sentencias con un signo negativo y un contenido económico, que han sido utilizadas por el legislador más de una vez, como habrá ocasión de comprobar, con el fin de poner coto a la masificación de asuntos en los órganos judiciales por un uso abusivo del proceso, desviándolo de su fin institucional, para prolongar situaciones cuya ilicitud se ha comprobado ya judicialmente, con el correlativo beneficio económico del deudor moroso y el simétrico empobrecimiento del acreedor que ha ganado el pleito. Se trataría, pues, de desalentar el abuso del derecho a la tutela judicial*». BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, ob. cit., p. 69 señala que, en la medida en que los intereses de la mora procesal son, en parte indemnizatorios y en parte disuasorios del incumplimiento, requieren un tratamiento específico.

²³² SSTS núm. 258/2009 de 16 abril y, especialmente, la núm. 933/2011 de 15 diciembre (JUR 2012\365).

correspondiente; la *ratio* del precepto no es otra, pues, que el intento de impedir que se utilice el proceso para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. Con esta premisa, la Jurisprudencia se ha decantado por entender que, en la aplicación de la sanción que supone el artículo 20 LCS, ha de valorarse la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora en cada caso, llegando a la regla consolidada de que estos intereses se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora. Se ciñe, así, el presupuesto de la mora a la constatación de una conducta irresponsable del asegurador y a la carencia de justificación del retraso, lo que se produce con la mera oposición al pago y la práctica de maniobras dilatorias por parte de la entidad aseguradora, habiéndose de proceder, de este modo, a un análisis puntual de lo ocurrido en cada caso²³³.

Pero no se agotan en éstos los supuestos de especiales intereses legales en los que se produce una elevación del interés legal del dinero para indemnizar y, además, sancionar la mora en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias. También comparten esta naturaleza, entre otros, los intereses establecidos en las siguientes normas y supuestos:

- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Establece el interés de demora como una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo, de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, o del cobro de una devolución improcedente. Su importe es el interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquél resulte exigible, incrementado en un 25 %, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente (art. 26)²³⁴.
- Ley 57/1968, de 27 de julio. Regula las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, estableciendo que, expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubieran tenido lugar, el cesionario podrá optar por la resolución del contrato con devolución de las

²³³ STS núm. 1330/2007, de 21 diciembre (RJ 9059) y las que allí se citan. Se ha considerado como causas justificadas la polémica o la discusión sobre la existencia del siniestro, o sobre sus causas (SSTS 12 de marzo de 2001, 9 de marzo y 9 de junio de 2006, 11 de junio de 2007, etc.) o la misma incertidumbre sobre el importe de la indemnización (SSTS 9 de junio y 14 de diciembre de 2006), hasta llegar a la valoración de elementos de razonabilidad en el mismo proceso (como la oposición al pago que se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, o la necesidad de determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o la reclamación de una indemnización notablemente exagerada).

²³⁴ [http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=687&IDTIPO=100&RASTRO=c79\\$m668](http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=687&IDTIPO=100&RASTRO=c79$m668) para la serie histórica. No obstante, en los supuestos de aplazamiento, fraccionamiento o suspensión de deudas garantizadas en su totalidad mediante aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o mediante certificado de seguro de caución, el interés de demora exigible será el interés legal, lo que denota el carácter disuasorio del impago que tiene el *sobreinterés*, que resulta innecesario cuando la deuda está garantizada.

cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 % de interés anual (art. 3).

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Establece que el interés por mora en el pago del salario es del 10% (art. 29.3).
- Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. El interés moratorio de las obligaciones cambiarias será el legal del dinero incrementado en dos puntos (art. 58).
- Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. En la redacción dada por el RD Ley 4/2013, de 22 de febrero, determina que el tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar en las operaciones incluidas en su ámbito de aplicación será el que resulte del contrato y, en su defecto, la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate, más ocho puntos porcentuales (art. 7)²³⁵.

En todos estos casos la asimilación procede con los intereses moratorios.

6. LA CLÁUSULA PENAL

En la regulación de la cláusula penal (arts. 1152 a 1155 Cc) se omite su concepto, que es de creación doctrinal y jurisprudencial. Es una estipulación contractual de carácter accesorio, establecida con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación que se trata de garantizar viene obligado a pagar, por lo general, una determinada cantidad de dinero en caso de incumplimiento de su prestación o de contravenir su tenor al cumplirla.

La cláusula penal puede cumplir varias funciones. La principal es la de liquidar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, ya que «la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiese pactado» (art. 1152.1 Cc). Junto con esta

²³⁵ A efectos ilustrativos del carácter disuasorio de este tipo de interés piénsese que en toda la serie histórica este tipo de interés siempre ha alcanzado, al menos, el doble del interés legal del dinero. La serie histórica disponible en web http://www.bde.es/clientebanca/tipo/referencia/otros_otros.htm [última consulta 11/XII/13] y recogida en el cuadro de evolución de distintos tipos de interés (*vid. supra* IV.3, p. 93).

función liquidatoria, la cláusula penal puede cumplir también una función coercitiva, además de otra cumulativa²³⁶. La función coercitiva es aquélla estrictamente punitiva que deriva del hecho de superar la pena estipulada el *quantum* indemnizatorio exigible conforme a las reglas de la responsabilidad contractual. Su finalidad no es sólo fijar con antelación el importe de los daños, sino fijarlo por encima de la reparación integral, con la finalidad de sancionar al deudor por el incumplimiento; produce un evidente efecto disuasorio²³⁷. La función cumulativa actúa cuando, por pacto expreso, el acreedor puede exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena (art. 1153.2º Cc), pues de no haberse así pactado el acreedor ha de optar entre la pena o el cumplimiento de la obligación.

Sobre las cláusulas penales el Juez puede desplegar una facultad moderadora pues « modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor» (art. 1154 Cc). La jurisprudencia ha interpretado el precepto en el sentido de que el juez únicamente podrá moderarla cuando la cláusula penal prevea un incumplimiento de mayor entidad al que se corresponda con el efectivamente acaecido, de lo que se deriva que tan es posible moderar la pena prevista para el incumplimiento total, si el que se produce es sólo parcial (o cumplimiento defectuoso o irregular), como no poder hacerlo, si el incumplimiento previsto es el parcial y es precisamente éste el que se produce. En caso de coincidir el

²³⁶ MARÍN GARCÍA, I., «Cláusula penal: la facultad moderadora del juez. Comentario a la STS, 1ª, 17.10.2007», *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1/2008, Enero 2008, pp. 3-4.

²³⁷ En estos casos se asemeja la cláusula penal a los supuestos de los intereses legales especiales vistos con anterioridad. El tratamiento concursal de la cláusula penal ha sido objeto de diversas Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), por todas, la núm. 171/2009 de 15 mayo (JUR 421.519): «Esta distinción no es baladí, pues la función indemnizatoria o punitiva de la pena pactada condicionará la clasificación concursal del crédito surgido por la aplicación de la cláusula penal. Si la pena sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal garantizada, de modo que evita la discusión acerca de la existencia de los daños y de su valoración económica, el crédito derivado de su aplicación no tiene carácter sancionador sino indemnizatorio del incumplimiento contractual, lo que difícilmente cabe incluir dentro del art. 92.4 LC. Mientras que si la función perseguida con la pena es punitiva, sancionar el incumplimiento, el crédito surgido de su aplicación sí tiene cabida en el referido art. 92.4 LC. Desde nuestra anterior sentencia de 19 de enero de 2006 -confirmada por la STS de 21 de enero de 2009 - al incluir el recargo de demora dentro del concepto de sanción previsto en el art. 92.4 LC, venimos interpretando que la dicción legal de 'sanción' (...) también alcanza a la obligación accesoria de carácter pecuniario, que penaliza el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación principal, ya sea legal o de origen contractual, como es el caso de la cláusula penal. Para discernir en cada caso la naturaleza indemnizatoria o punitiva de la cláusula penal debemos atender a lo convenido por las partes. Aunque deberemos estar por encima de la calificación formal, si puede extraerse otra cosa de su contenido. Como recordábamos en la citada sentencia de 6 de noviembre de 2006, 'la doctrina entiende que para que la preventiva determinación de los daños por el incumplimiento tenga carácter penal, es necesario que su evaluación sobrepase la medida real del daño, de forma que este exceso actúe de modo eficaz como presión sobre el deudor para impulsarle al cumplimiento específico de la obligación, ante la amenaza de tener que pagar un resarcimiento que exceda del equivalente pecuniario de la prestación a que se obligó'».

incumplimiento previsto con el producido prevalecerá la autonomía de la voluntad y el principio *pacta sunt servanda*²³⁸.

En las cláusulas penales existe un tipo especial, la denominada pena moratoria, prevista expresamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación y dotada de un especial régimen jurídico. La regla general entonces es la compatibilidad natural de la exigencia del cumplimiento de la obligación y de la pena sobre la que, además, no es posible la aplicación de la facultad moderadora del Juez *ex* artículo 1154 Cc dado que, prevista la cláusula penal para el caso de retraso, éste no permite distinguir grados de incumplimiento²³⁹. Se produce una absoluta identificación de la naturaleza jurídica con la propia de los intereses moratorios y, por tanto, habría de desplegarse un idéntico tratamiento concursal a la cláusula penal moratoria.

7. LOS DIVIDENDOS O PARTICIPACIÓN EN BENEFICIOS

Los dividendos o participación en beneficios corresponden a cada partícipe de toda

²³⁸ STS (1ª), núm. 384/2009 de 1 junio (RJ 3192): *responde* [el artículo 1.154 Cc] *a la idea de que, cuando los contratantes han previsto una pena para el caso de un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de la sanción si el deudor la cumple en parte o deficientemente, ya que, en tal caso, se considera alterada la hipótesis prevista. En definitiva, la potestad judicial moderadora de la pena convencional está contemplada para los supuestos en que ‘la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor’, como establece el artículo 1.154 Cc - sentencias de 13 de julio de 1.984, 29 de marzo y 21 de junio de 2004- pero sólo si tal incumplimiento no hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes. Dicha doctrina ha sido sancionada por la jurisprudencia, que por respeto a la potencialidad normativa creadora de los contratantes -artículo 1.255 Cc- y al efecto vinculante de la regla contractual – ‘pacta sunt servanda’: artículo 1.091 Cc-, rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación. Así, la sentencia de 13 de febrero de 2.008 se remite a la de 14 de junio de 2.006, para declarar que ‘cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1.154 Cc si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes’.* No se profundizará en la cuestión de si es posible o no la moderación o revisión judicial de la pena por razones de equidad cuando ésta resulte desproporcionada al daño sufrido. *Vid.* MARÍN GARCÍA, I., «Cláusula penal: la facultad moderadora del juez», *est. cit.*, pp. 6-11 quien expone vías distintas a una interpretación no literal del artículo 1154Cc para conseguir tal resultado.

²³⁹ STS núm. 170/2010 de 31 marzo. En contra, MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses, ob. cit.*, pp. 222-223 entiende que si los intereses moratorios pactados son sensiblemente superiores al interés legal del dinero hay que distinguir lo que es propiamente indemnizatorio de lo que es una cláusula penal con carácter punitivo y «objeto de moderación tan sólo podrán ser los intereses que constituyen una pena y no los que tratan de compensar la privación del capital que sufre el acreedor en la mora del deudor». BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo, ob. cit.*, pp. 86-92 trata sobre el control de la abusividad de los intereses moratorios defendiendo que ésta concurrirá cuando el daño tasado supere no el efectivo, sino el que cabría esperar conforme al lógico devenir de las circunstancias.). Para esta cuestión *vid. supra.* IV.4.E), p. 98.

sociedad, en función de su aportación común, sea de capital o de industria, al logro del fin común; su reparto depende de la obtención de lucro y de su medida. Es habitual efectuar distinción entre los intereses y los dividendos –o participación en beneficios– sobre la base de que ser inciertos los últimos, en la medida que presuponen la existencia misma de beneficios y –en ciertos casos– del acuerdo de repartirlos, mientras que los intereses son siempre ciertos, al ser una deuda de suma cuya existencia se encuentra determinada –o es determinable– en el momento de constituir la obligación²⁴⁰.

La conexión o diferencia entre el concepto interés y dividendo –o participación en beneficios– procede sólo en relación con los intereses retributivos, pues ninguna identidad o semejanza se produce respecto de los moratorios en cuya esencia nada tienen en común. Si bien es cierto que, normalmente, el interés es cierto y determinado y los dividendos son inciertos, no altera la naturaleza jurídica de unos y de otros que el interés sea indeterminado ni que los dividendos estén determinados. El interés [retributivo] es la contraprestación debida a quien voluntariamente pone a disposición de otro un capital, con independencia de que el mismo se fije porcentualmente a la financiación ofrecida o se haga de forma distinta²⁴¹; el dividendo, en cambio, es la concreción del derecho a participar en los beneficios sociales y, por tanto, prestación en su caso debida en el ámbito del complejo contrato de sociedad, que no se altera porque el mismo esté predeterminado o garantizado²⁴². Por tanto, aunque quepan otras evidentes distinciones entre ellos, es claro que intereses retributivos y dividendos comparten la misma esencia jurídica de ser prestación desarrollada en el ámbito de un contrato –préstamo o sociedad– y que no merecen, por ello, los intereses retributivos un

²⁴⁰ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, ob. cit., p. 283; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, v. II, ob. cit., pp. 71; MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 216.

²⁴¹ V. gr. los préstamos participativos previstos en el artículo 20 del Real Decreto–Ley 7/1996, de 7 de junio en los que la prestamista percibe un interés variable, que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria, pudiendo tener en cuenta el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes; además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad. Para la STS núm. 566/2011, de 13 de julio: *es preciso abordar la naturaleza jurídica del préstamo participativo. Este es un préstamo y está sometido a las reglas esenciales del mismo, cuya principal obligación es la devolución del principal e intereses en el tiempo pactado. Es decir, cuando una persona, física o jurídica, precisa de un capital, lo puede obtener de muy diversas maneras, pero si lo hace en forma de préstamo, su obligación esencial es la devolución. Lo cual no viene alterado por el artículo 20 del Real Decreto–Ley 7/1996, de 7 de junio (...). De esta norma se desprende que no se altera la naturaleza jurídica de préstamo (...) por lo que deberá devolver el capital prestado y los intereses pactados, en virtud de la naturaleza de préstamo (artículos 1740 y siguientes del Código civil y 311 y siguientes del Código de Comercio) (...). En cuanto a que los préstamos participativos tienen la consideración de fondos propios, no altera la naturaleza jurídica del préstamo. El capital obtenido se integra en los fondos propios, pero no excluye la obligación de devolver el capital y pagar los intereses, conforme a la naturaleza del préstamo recibido.*

²⁴² Así, v. gr., no obsta a la consideración de dividendo y contraprestación a la condición de socio el dividendo mínimo garantizado a las acciones o participaciones sin voto ex art. 99 LSC.

peor tratamiento concursal que el correspondiente a los dividendos²⁴³.

8. LAS COMISIONES Y LOS GASTOS BANCARIOS

Si el interés es la retribución por el uso o mera detención de un capital ajeno, cuya cuantía, aun no necesariamente proporcional, depende de la duración del uso o disposición de ese capital, en cambio, las *comisiones* remuneran los servicios prestados por el banco (*v. gr.* comisión de mantenimiento y de administración por el servicio de caja objeto del contrato de cuenta corriente; comisión por retirada de efectivo en oficina distinta; por el uso de cajeros; por la realización de transferencias; comisión de apertura por los servicios de estudio de un préstamo, *etc.*) y los *gastos (suplidos) bancarios* representan los desembolsos económicos que soporta la entidad financiera para prestar el servicio al cliente y que, posteriormente, repercute sobre el mismo (*v. gr.* gastos correo, aranceles, timbres, *etc.*). Las comisiones bancarias y los gastos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos realmente habidos, sin que sea posible cobrarlas por servicios que no hayan sido solicitados o aceptados.

Las tarifas o precios de las comisiones bancarias son libres. Las entidades pueden poner los importes que deseen, salvo en contadas operaciones bancarias en las están limitados por Ley, como sucede con la cancelación o amortización anticipada de un préstamo hipotecario de los recogidos en la Ley 2/1994 –préstamos hipotecarios a tipo variable– o de un crédito al consumo a los que se refiere la Ley 16/2011. Salvo las comisiones por servicios de pago, deben aparecer en un folleto redactado de forma clara y fácilmente comprensible en el que se incluyen, divididos en epígrafes, los servicios tarifados y sus correspondientes precios²⁴⁴. Cuando se trata de las comisiones por servicios de pago (transferencias, cuentas, adeudos domiciliados, tarjetas de pago) la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, establece que la entidad deberá informar al cliente personalmente y por anticipado del coste del servicio.

Se ha defendido que el criterio distintivo entre estas figuras y los intereses se centra en el elemento de la dependencia del interés respecto a la duración de la deuda principal y en la causa de su devengo²⁴⁵. Pero lo importante es que ambas –interés y comisiones–

²⁴³ Tras la reforma operada por la Ley 38/2011 en el artículo 92.5º LC quedan excluidos de la subordinación los créditos que por dividendos pudiera tener un acreedor que obtuviera la calificación de persona especialmente relacionada con la concursada por el porcentaje de participación en la sociedad *ex arts.* 91.5º y 92 LC, que queda ahora limitado a los préstamos u operaciones de análoga naturaleza.

²⁴⁴ Los importes recogidos en el folleto de comisiones de cada entidad son máximos; no obstante, determinadas comisiones bancarias son, por su carácter especial, sólo orientativas, al depender de las características de la operación solicitada (*v. gr.* avales o servicios de factoraje sin recurso).

²⁴⁵ MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, *ob. cit.*, p. 229. En el mismo sentido BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo*, *ob. cit.*, p. 76 pone de manifiesto cómo la

comparten la función de retribuir las obligaciones asumidas por las entidades crediticias en los distintos contratos que celebran, aun cuando los intereses retribuyen la *puesta a disposición de fondos monetarios* y las comisiones otros servicios que pueden ser complementarios a operaciones de financiación (v. gr. comisiones de apertura o estudio) o independientes de ellos (v. gr. comisiones por emisión de cheques bancarios o por transferencia de fondos)²⁴⁶. Por tanto, los intereses retributivos y las comisiones se asemejan en cuanto a su naturaleza jurídica, comparten el carácter retributivo de una obligación contractual bancaria y son mercedores, pues, de idéntico tratamiento concursal.

comisión por cancelación anticipada, que es un *interés* que indemniza el daño por la anticipación del vencimiento, liquidándolo en abstracto sin necesidad de probarlo, no es interés en sentido estricto porque no depende del tiempo que transcurre, sino que tasa el daño *a forfait* y *a priori*; por ello, reconduce la figura a la cláusula penal, en la medida en que supere el daño realmente producido.

²⁴⁶ En este sentido, como se ha visto, para proteger a los consumidores facilitándoles la tarea de comparar los productos bancarios de distintas entidades, surge el concepto de TAE en cuyo cálculo se ha de incluir no sólo el puro interés, sino cualquier otra comisión asociada al servicio financiero que se ofrezca.

PARTE II

LOS INTERESES Y EL CONCURSO

CAPÍTULO PRIMERO

LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES COMO EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

I. INTRODUCCIÓN

La *insolvencia* del deudor constituye presupuesto objetivo del concurso, siendo definida como aquella situación en la que el deudor *no puede* [actual o inminentemente] *cumplir regularmente sus obligaciones exigibles* (art. 2 LC). El acaecimiento de la insolvencia abocará a la declaración –voluntaria o necesaria– de concurso de quien la padece, produciéndose, necesaria y consecuentemente, una serie de importantes efectos que afectarán al propio deudor, a quienes establecieron relaciones jurídico-patrimoniales con él y a las propias relaciones establecidas.

La LC, optando por la unidad de sistema y superando la tradicional dualidad de procedimientos liquidatorios –concurso de acreedores y quiebra– y procedimientos conservativos –beneficio de quita y espera y suspensión de pagos–, articula un único procedimiento aplicable a cualquier supuesto de insolvencia –tanto por falta de liquidez como por ausencia de solvencia– que se estructura sobre una fase común, a producirse en todo caso, que puede desembocar en otra fase, bien de convenio o de liquidación, alternativa o sucesivamente. Por ello, los efectos que el concurso ha de producir sobre las relaciones y los sujetos implicados vienen establecidos separadamente según los tres estadios, distinguiéndose entre los producidos por la simple declaración de concurso –vigentes durante la fase común y hasta la aprobación de un convenio o la apertura de la fase de liquidación– (arts. 40 a 73 LC), los propios del convenio (arts. 133 a 136 LC) y los desencadenados en la fase de liquidación (arts. 145 a 147 LC).

A regular los efectos ligados a la declaración de concurso se dedica el título III («*De los efectos de la declaración de concurso*») diferenciando en sucesivos capítulos –I a IV– según se proyecten sobre el deudor, sobre los acreedores, sobre los contratos y sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Precisamente por la configuración procedimental, dichos efectos se conciben de forma flexible para permitir su adaptación, según criterio y decisión judicial, a los visos liquidatorios o conservativos que se vayan presentando²⁴⁷.

Uno de los más significativos efectos ligados a la declaración de concurso, que afecta a los acreedores (cap. II) en cuanto titulares de un crédito en particular (secc. 3ª), es la *suspensión del devengo de intereses* determinada en el artículo 59 LC, cuya extensión e

²⁴⁷ V. gr. suspensión vs. intervención de las facultades de administración del deudor concursado (art. 40); mantenimiento vs interrupción de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 44); vigencia vs resolución de contratos con obligaciones recíprocas (art. 61); resolución vs cumplimiento ante el incumplimiento contractual (art.62), etc.

interpretación es objeto de análisis en el presente capítulo²⁴⁸.

En la interpretación que se viene efectuando del citado precepto no se alzan voces que pongan en duda la extensión de este efecto a todo tipo o clase de intereses, sea cual fuere su origen o naturaleza. Más polémicas, sin embargo, están siendo otras cuestiones (v. gr., las relativas a si la excepción legal respecto a los intereses derivados de créditos con garantía real es extensible a otros supuestos de privilegios especiales, o al significado que en ella tiene el límite del «alcance de la garantía»; si la excepción de los créditos salariales se refiere únicamente a los estrictamente salariales o también a otros créditos de índole laboral, etc.).

La polémica más viva y relevante es la referida a la forma de coordinar la regla de la suspensión del devengo de intereses del artículo 59 LC con la de la subordinación de los créditos por intereses del artículo 92.3º LC; la necesidad de conjugar ambos preceptos hará que la precisión del ámbito de la regla de la suspensión trascienda a la de la subordinación, concretamente, en orden a determinar si los intereses que se subordinan son sólo los preconcursales, los postconcursales o ambos. Tal necesidad exige tener en cuenta que los respectivos efectos concatenados a la declaración de concurso han de analizarse no sólo a través del prisma de la situación que los motiva –la insolvencia del deudor– sino también del de su relación e interacción con otros efectos –todos-, configurando adecuadamente el sistema concursal que se instaura.

La insolvencia del deudor legitima la defensa colectiva de los acreedores –el *interés del concurso*– que, bajo el principio *par conditio creditorum*, justifica la producción de profundas alteraciones y efectos sobre sus derechos para lograr distributivamente un equivalente grado de satisfacción [o pérdida] entre ellos. Desde esta única perspectiva, y en la medida en que el sacrificio resultara equivalente para todos los acreedores, sí parecería justificado el sacrificio global de suspender generalizadamente la producción de intereses. Pero este efecto, como cualquier otro, no puede considerarse aisladamente, sino que ha de ser interpretado sistemáticamente, en relación con los demás que le dan soporte o justificación y procuran el trato equitativo que exige la *par conditio*

²⁴⁸ «Artículo 59. Suspensión del devengo de intereses. 1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3 de esta Ley. 2. No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional.»

creditorum. Así, si a la declaración de concurso se ligara el efecto del vencimiento anticipado de todos los créditos, tendría pleno sentido y justificación la suspensión de todo tipo de intereses, moratorios o retributivos. Sin embargo, en un sistema que mantiene la vigencia de los contratos y de las obligaciones –y, por ende, sus plazos de cumplimiento, vencimiento y exigibilidad–, no parece tener encaje la suspensión generalizada del devengo de los intereses retributivos, que llevaría a un efecto contrario a la *par conditio creditorum* haciendo injustificadamente a unos acreedores de peor condición. Sobre estas hipótesis y premisas se aborda el estudio de la suspensión del devengo de intereses como efecto ligado a la declaración de concurso.

II. ANTECEDENTES DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES Y EN LA QUIEBRA

Los antecedentes de la suspensión del devengo de intereses en la legislación concursal española se encuentran en los artículos 1916 Cc y 884 CCom, vigentes durante más de un siglo hasta su derogación, respectivamente, por los números 2º y 3º del apartado tercero de la Disposición derogatoria única LC.

El artículo 1916 Cc, para el procedimiento de concurso de acreedores –procedimiento liquidatorio previsto para el deudor común «cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes» (art. 1913 Cc)– disponía que *desde la fecha de declaración dejarán de devengar interés todas las deudas del concursado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance su respectiva garantía. Si resultare remanente después de pagado el capital de deudas, se satisfarán los intereses, reducidos al tipo legal, salvo si el pactado fuera menor*. Este precepto venía precedido –y justificado– por aquel otro que establecía el vencimiento de todas las deudas a plazo del concursado como consecuencia de la declaración de concurso (artículo 1915 Cc), aclarando que «si llegaron a pagarse antes del tiempo prefijado en la obligación, sufrirán el descuento correspondiente al interés legal del dinero»²⁴⁹; lo que, a su vez, tenía su fundamento o premisa en el principio de universalidad y en la necesaria concurrencia de todos los acreedores al procedimiento.

²⁴⁹ Artículo 1915 Cc, que coincidía con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1172 LEC1881 «En virtud de la declaración de concurso se tendrán por vencidas todas las deudas pendientes del concursado».

De forma paralela, el artículo 884 CCom, para el procedimiento de quiebra – procedimiento liquidatorio previsto para el deudor comerciante–, disponía que *desde la fecha de la declaración de quiebra dejarán de devengar interés todas las deudas del quebrado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía*. Este efecto se ligaba a aquél otro establecido en el antepuesto artículo 883 CCom, el cual disponía que «en virtud de la declaración de quiebra, se tendrán por vencidas a la fecha de la misma las deudas pendientes del quebrado. Si el pago se verificase antes del tiempo prefijado en la obligación, se hará con el descuento correspondiente»; lo que también encontraba su base en el carácter de la quiebra como procedimiento de ejecución universal.

Existía, pues, un paralelismo en el tratamiento de las obligaciones a plazo del deudor en ambos procedimientos liquidatorios: (i) por efecto de la declaración del concurso o de la quiebra, las obligaciones aplazadas vencían, dejando de devengar intereses; (ii) si su pago se producía antes del vencimiento prefijado, las deudas respectivas sufrían el descuento correspondiente.

El artículo 59 LC no es más que la trasposición de ese común efecto histórico de la legislación concursal española. La duda estriba en comprobar si el sentido que dicho efecto tenía en la legislación derogada, así como sus presupuestos y justificación, se mantienen o no en el sistema [distinto] instaurado por la Ley Concursal. De partida, conviene precisar hasta qué punto la suspensión del devengo de intereses tenía su fundamento en el vencimiento anticipado de las deudas, en la inhabilitación del deudor para administrar sus bienes y en la universalidad del procedimiento a cuya masa pasiva debían integrarse, necesariamente, todos los acreedores; efectos todos ellos concatenados entre sí. Dicho de otro modo, procede determinar *a priori* hasta qué punto los artículos 1916 Cc y 884 CCom sólo estaban, en realidad, reconociendo la suspensión de los intereses retributivos, disponiendo la de los moratorios y estableciendo las excepciones a esa natural consecuencia de los distintos efectos de la declaración concursal.

A) LAS PREMISAS DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO DE ACREEDORES Y QUIEBRA.

- a) El principio de universalidad y el carácter de ejecución colectiva de los procedimientos de concurso de acreedores y quiebra.*

Con el presupuesto objetivo de una situación patrimonial en la que el activo resultaba

insuficiente para atender el pasivo²⁵⁰, la declaración de concurso de acreedores o quiebra producía frente a los acreedores, como primer y principal efecto, la pérdida del libre ejercicio de sus acciones individuales, habiéndose de agrupar en una masa (*masa pasiva o masa de acreedores*) a través de la que hacer efectivo el principio de igualdad de trato.

El carácter universal de tales procedimientos, su naturaleza de procedimientos de ejecución colectiva y la finalidad de satisfacer proporcionalmente a los acreedores acarrearban como consecuencia inexcusable la pérdida o paralización de las acciones individuales y aisladas. Aun no dispuesta expresamente en el Cc o el CCom, tal consecuencia se inducía fácilmente de las normas procesales ordenantes de la acumulación al juicio universal de todas las ejecuciones pendientes y de todas las demandas ejecutivas u ordinarias, salvo las tendentes al reconocimiento de créditos anteriores a la declaración, que podrían continuar o iniciarse contra los órganos del procedimiento, en unos casos como incidente en el seno del procedimiento, en otros, al margen del mismo²⁵¹.

La sustitución de las acciones individuales o aisladas de los acreedores por una acción conjunta o colectiva sólo podía conseguirse agrupando a los acreedores en una colectividad o consorcio que la ley denominaba *masa*. Por tanto, el auto de declaración de concurso de acreedores o de quiebra era constitutivo de una situación procesal de *litisconsorcio activo necesario* que obligaba a satisfacer sus pretensiones de cobro dentro de la quiebra o concurso a todos los acreedores afectos al procedimiento concursal, es decir, a todos los acreedores anteriores a la declaración (*acreedores concursales*), que fueran reconocidos (*acreedores concurrentes*) y que no gozaran de un derecho de ejecución separada (*acreedores extraconcursales*)²⁵².

b) El vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo en el concurso de acreedores y la quiebra

Tanto el art. 1915 Cc como el 883 CCom disponían, como efecto automático de la declaración concursal, el vencimiento de las obligaciones «a plazo» o «pendientes» del

²⁵⁰ Artículo 1913 Cc: «El deudor cuyo pasivo resulte mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida».

²⁵¹ Artículos 1173, 1186, 1187 y 1379 LEC1881.

²⁵² URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E. «Efectos de la declaración de quiebra», capítulo 95, en URÍA Y MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, v. II, Civitas, 2001, pp. 936-937; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 15ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 993-994.

concurado o del quebrado, respectivamente. La premisa de tal vencimiento anticipado se hallaba en el hecho de tratarse de procedimientos cuyo presupuesto objetivo era una situación de insuficiencia patrimonial –insolvencia– en la que el activo del deudor era inferior a su pasivo. Sobre esa base, el procedimiento concursal no podía más que tender a la liquidación ordenada del patrimonio, satisfaciendo a los acreedores en términos de paridad y en la medida que alcanzara la realización del activo disponible. Ambos procedimientos tendían, exclusivamente pues, a liquidar el patrimonio del deudor. Resultaban así coherentes con esta finalidad del procedimiento, soportada en tal presupuesto objetivo, efectos tales como la inhabilitación del deudor para la administración de sus bienes (art. 1914 Cc y 878 CCom), la integración de todos los acreedores en la masa pasiva con imposible ejercicio de acciones individuales y el vencimiento anticipado de los créditos «a plazo» o «pendientes» (arts. 1915 Cc y 883 CCom).

A la regla del vencimiento anticipado de los créditos se buscó justificación en la norma que, en sede de obligaciones a plazo, contiene el número 1º del artículo 1129 Cc, y según la cual *perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo (...) cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda*²⁵³. Sin embargo, por ser la quiebra y el concurso de acreedores procedimientos de ejecución universal, su fundamento radicaba certeramente en el *derecho actual* –al tiempo de la declaración concursal– *de todos los acreedores a su dividendo correspondiente*²⁵⁴. Ante la inexistencia de un activo suficiente para cubrir el pasivo, resultaba coherente el sometimiento de todos los acreedores a la ley del dividendo, sin perjudicar ni beneficiar a ninguno, y necesario, declarar el vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo, ya que, de otro modo, los acreedores de éstas se verían obligados a esperar su vencimiento, suponiéndole ello –normalmente– la imposibilidad de resarcirse con posterioridad, dado que el insuficiente activo habría quedado agotado por la previa satisfacción a los acreedores titulares de créditos ya vencidos y exigibles.

El anticipado vencimiento concursal no se concretaba, a diferencia de lo que sucede en el supuesto del artículo 1129.I Cc, en un derecho inmediato a la percepción del crédito, sino en un derecho a participar, junto con el resto de los acreedores, en el

²⁵³ RUBIO GARCÍA-MINA, J., «La declaración de quiebra y los créditos pendientes (Banca y quiebra)», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo X, 1959, pp. 217-246, p. 226.

²⁵⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La quiebra: Efectos sobre los créditos», en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (coord.), *Suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, v. I, 669-750, pp. 671-674; DE ANGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., «Artículo 59», en PRENDES CARRIL, P. (dir.), *Tratado Práctico Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, t. II, pp. 572-594, p. 578.

reparto del producto de la liquidación de los bienes del deudor²⁵⁵. Por tanto, no se estaba en la hipótesis del vencimiento «facultativo» *ex* artículo 1129.I Cc basado en la pérdida de confianza provocada por la insolvencia del deudor, sino en la de un vencimiento obligado, de carácter legal, ajeno a la voluntad del acreedor y del deudor, protector de los intereses de los titulares de créditos aplazados, e impuesto por el objetivo a que tendía la Ley²⁵⁶.

Tampoco el concursal vencimiento anticipado de las deudas tenía excepción y, por tanto, afectaba a toda clase de créditos diferidos en el tiempo y respecto de los que, al momento de declaración de quiebra o concurso de acreedores, no hubiera llegado el día cierto en que la obligación fuera exigible (artículo 1125 Cc); y ello, con independencia de tratarse de un término cierto o incierto, legal o convencional, civil o mercantil, ya fueran obligaciones de tracto único o ya de otro sucesivo, con vencimientos repetidos y periódicos, en cuyo caso se imponía la capitalización del crédito conforme a la Ley o al pacto²⁵⁷. El vencimiento anticipado afectaba tanto a los créditos ordinarios como a los privilegiados, incluyendo también, pues, a los garantizados con prenda o hipoteca, salvo que optaran por sustraerse del procedimiento²⁵⁸.

La distinta literalidad de los artículos 1915 Cc –«*deudas a plazo*»– y 883 CCom –«*deudas pendientes*»–, hizo surgir la duda interpretativa respecto del tratamiento de las obligaciones condicionales en la quiebra. La doctrina advirtió que sólo las deudas a plazo eran objeto de vencimiento anticipado, por lo que las obligaciones condicionales seguían su régimen normal, si bien el acreedor podía insinuar su crédito en la quiebra a resultas del cumplimiento o incumplimiento de la condición, según la naturaleza suspensiva o resolutoria de la misma, por lo dispuesto en el artículo 1121 Cc²⁵⁹.

²⁵⁵ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E. «Efectos de la declaración de quiebra», *est. cit.*, p. 938.

²⁵⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La quiebra», *est. cit.*, p. 671. En contra, RUBIO GARCÍA-MINA, J., «La declaración de quiebra y los créditos pendientes», *est. cit.*, pp. 220-227, que mantiene que la razón de ser del precepto es la misma que la del art. 1129 Cc, es decir, la pérdida de la confianza, encontrando «equivocada cuando menos por insuficiente, desde el ángulo finalista» y «superficial desde el punto de vista histórico-sistemático» la tesis mayoritaria de que el vencimiento anticipado es, en lo esencial, consecuencia inescindible de la liquidación en común.

²⁵⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La quiebra», *est. cit.*, p. 671; CLEMENTE MEORO, M., *Los supuestos legales del vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991, p. 150.

²⁵⁸ Lo que ocurría con todos los acreedores con derecho de ejecución separada –acreedores con prenda constituida en documento público, los acreedores con hipoteca naval, los acreedores hipotecarios ordinarios, los acreedores con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión y acreedores garantizados con reserva de dominio o prohibición de disponer– salvo que renunciaran a ese derecho.

²⁵⁹ DE ANGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 579. Para mayor detalle sobre la discusión doctrinal de si el efecto del vencimiento anticipado se podía extender o

Por otra parte, los párrafos segundos de ambos preceptos, en concordancia con lo establecido en el artículo 1172.2 LEC1881, preveían las consecuencias del hecho de haberse verificado el cobro de deudas *aplazadas* o *pendientes* antes del tiempo prefijado en la obligación. En tal caso, procedería practicar el correspondiente descuento conforme al interés legal del dinero por los días que mediaran entre el vencimiento pactado y el momento del pago²⁶⁰.

Por último, conviene aclarar que el vencimiento anticipado era sólo un vencimiento frente a la masa, no frente al deudor. Por ello, de un lado, quedaría sin efecto en caso de sobreseerse el procedimiento por cualquier causa, rehabilitándose el plazo para el deudor, sin perjuicio del ejercicio por el acreedor de la facultad de vencimiento anticipado *ex* artículo 1129 Cc; de otro, el vencimiento anticipado no se aplicaba ni frente al fiador del deudor ni frente a los coobligados solidarios²⁶¹.

B) LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES Y EN LA QUIEBRA

a) La suspensión como consecuencia natural de otros efectos ligados a la declaración concursal

La suspensión del devengo de intereses tras la declaración de concurso de acreedores o de quiebra alcanzaba y extendía su ámbito a todo tipo de intereses, retributivos o moratorios, tanto legales como convencionales, sea cual fuere el crédito de procedencia y la fórmula utilizada para su cómputo y pago. No obstante, la justificación y significado de ese efecto generalizado difería según su conexión con los intereses retributivos o con los moratorios. En ambos casos la premisa era el vencimiento anticipado de los créditos generadores, pero éste aportaba fundamentos jurídicos distintos a la respectiva suspensión en uno y otro caso.

(i) La suspensión del devengo de intereses *retributivos* encontraba su razón de ser en la previa declaración del *vencimiento anticipado* de todas las *deudas a plazo* del concursado (arts. 1915 Cc y 883 CCom).

no a las obligaciones condicionales *vid.* VITERI ZUBIA, I., *El pago anticipado en las obligaciones a plazo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 166-167.

²⁶⁰ Normas cuyo ámbito había que ceñir a los créditos no fructíferos conforme proponía TOMILLO URBINA, J.L., *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 137-139.

²⁶¹ Regla general que quedaba en cierta medida excepcionada para las obligaciones cambiarias en los casos previstos en el artículo 50 LCCH.

En las obligaciones a plazo, por definición, la exigibilidad de su cumplimiento queda sometida a la llegada del día cierto señalado, no siendo dable al acreedor, hasta entonces, iniciar acción de tipo alguno tendente a su cumplimiento; acción que, de ejercitarse, recibiría la excepción de inexigibilidad, oponible por el deudor con base en el artículo 1125 Cc. Cuando se difiere el cumplimiento de la obligación es posible que las partes, en justa reciprocidad, pacten el devengo de un interés, retributivo del plazo fijado; el interés retributivo se soporta causalmente en la existencia del plazo, en la pactada espera (art. 1274 Cc). Siendo esto así, una vez neutralizado el plazo, el pacto de interés resulta sin causa, por lo que ha de dejar de producir efectos (art. 1275 Cc). Desaparecido el plazo, la obligación es «exigible desde luego» por el acreedor, y el deudor debe cumplirla. Este momento, el del vencimiento de la obligación, es el que establece la frontera del distinto campo de aplicación de los intereses retributivos y los moratorios, que vienen a ser incompatibles²⁶².

Llegados a este punto, el hecho de que la declaración de concurso de acreedores o de quiebra llevara expresamente aparejado el efecto de reputarse vencidas [frente a la masa] todas las obligaciones a plazo del deudor significaba el cese de la obligación de espera del acreedor, que podía exigir el cumplimiento, si bien dentro del proceso concursal y sometido a la ley del dividendo. Por tanto, en realidad, respecto a los intereses retributivos nada añadían los especiales preceptos concursales, que se limitaban a constatar y precisar un efecto que, en ausencia de aquéllos, habría de venir ligado al vencimiento de las obligaciones aplazadas por aplicación del artículo 1275 Cc²⁶³.

(ii) La cuestión ha de ser distinta respecto de los intereses moratorios. Éstos no tienen como premisa el cumplimiento de la obligación de espera del acreedor, el respeto del plazo pactado, sino el incumplimiento de su obligación por el deudor: el retraso en el puntual cumplimiento de su obligación pecuniaria. Pues bien, en la medida en que todas las obligaciones del deudor se encontrarían vencidas –lo estuvieran antes o no– a consecuencia de la declaración de concurso o de quiebra, respecto de todas ellas el deudor retrasaría su cumplimiento, que es lo que, a la postre, vienen a indemnizar los intereses moratorios. Si se tiene en cuenta que, tras la

²⁶² MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, ob. cit., p. 365. Para más detalle de la función que cumple el interés en los contratos de financiación, *vid. supra* primera, III.1.E), pp. 47 y ss.

²⁶³ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses devengados por créditos concursales tras la declaración de concurso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 91 también constata, analizando el sentido de los artículos 884 CCom y 1916 Cc, que la eliminación momentánea del devengo de los intereses sólo podía afectar a los de mora porque «los remuneratorios habían sido prácticamente borrados de raíz con la regla del vencimiento anticipado de las deudas a plazo».

declaración concursal, resultaba imposible todo cumplimiento por el deudor al margen del propio procedimiento –tanto voluntario, por el efecto de su inhabilitación para la administración de sus bienes, como el forzoso, por la universalidad del procedimiento y la imposibilidad del ejercicio de acciones individuales–, se puede observar que dejaban de concurrir los presupuestos de la mora ordinaria²⁶⁴.

Por otra parte, salvedad hecha de los que gozaban de derecho de ejecución separada, carecía de sentido la institución de la mora pues, en el contexto liquidatorio extremo en el que se encontraba el deudor, la continuación del devengo y cómputo de intereses moratorios no aportaba nada; en la mejor de las hipótesis de tasas idénticas de demora, hubiera implicado expandir la regla del reparto proporcional hacia el pasivo nuevo constituido por los nuevos intereses moratorios devengados, sin que cada acreedor fuera a recibir más cantidad en el reparto puesto que no se incrementaba el activo ni se elevaba, pues, la moneda del dividendo²⁶⁵.

Además, los principios de la *par conditio creditorum* –equivalencia en el sacrificio económico de los acreedores y sometimiento de todos ellos a la ley del dividendo– eran respetados y procurados por este efecto suspensivo del devengo de los intereses moratorios ya que, estando todos los créditos vencidos y su cumplimiento sometido al procedimiento concursal, el sacrificio era exigido a todos los acreedores sin excepción, permitiendo, además, igualar las diferencias que pudieran presentarse entre acreedores que hubieran atendido o ignorado una previsión contractual de tipos de intereses moratorios distintos del tipo de cuantificación legal. Como colofón a todo ello, el artículo 1916.II Cc establecía que, en el caso de resultar remanente de la liquidación y, por tanto, poder atender el pago

²⁶⁴ VILA FLORENZA, P., «Artículo 59», en SAGRERA TIZÓN, J. M^a, SALA REIXACHS, A. Y FERRER BARRIENDOS (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial Bosch, Barcelona 2004, t. I, pp. 627-635, p. 628 tras afirmar que, conforme a la Exposición de Motivos del Código de Comercio, la suspensión del devengo de intereses sería también la consecuencia del vencimiento anticipado de las deudas a cargo del quebrado como efecto de la declaración de quiebra, pone el acento en la morosidad. «Tanto o más decisivo que los argumentos apuntados lo constituye el que, declarado el estado legal de quiebra, no se trataba ya de que el deudor quebrado incumpliera las obligaciones que venían a su cargo, como de que el cumplimiento de tales obligaciones quedaba sujeto a las normas de la quiebra, y es en este sentido que no le resultaban de aplicación las reglas generales de la morosidad, y, así, no le serían ya exigibles a la masa concursal ni el pago del interés convenido ni, en defecto de éste, el pago del interés legal (art. 1108 Cc)». Se comparte su opinión respecto de los moratorios y la extensión que hace a los de la mora procesal, pero no que dicho argumento pueda extenderse a los retributivos como parece mantener al afirmar que «lo expuesto para los intereses moratorios resultaba asimismo aplicable a los intereses remuneratorios, retributivos o compensatorios [en cuyos casos] no se tratará de que se produzca el incumplimiento de la obligación de restitución del capital debido, como de la sujeción de dicha obligación de restitución a la ley del dividendo». Pretende reconducir el tema de los intereses retributivos al incumplimiento de la obligación de restitución, cuando existe una incompatibilidad entre el devengo de los intereses retributivos (que parten de la premisa de que no está vencida la obligación de restitución) y los moratorios (que parten de la premisa contraria del incumplimiento de la misma).

²⁶⁵ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., p. 91.

de intereses, los acreedores serían igualados al verse aquéllos «reducidos al interés legal»²⁶⁶.

Se colige que para el cese del devengo de los intereses moratorios sí que era necesaria la expresa previsión legal, precisamente la añadida por los artículos 1916 Cc y 884 CCom. Por mor de dichas disposiciones, unos créditos que, cumplidos en cada caso los requisitos para la constitución en mora, habrían de devengar intereses moratorios, no lo hacen o dejan de hacerlo por el principio de universalidad y el superior valor de la *par conditio creditorum* que imponen a los acreedores la integración en la masa pasiva y el sometimiento a la ley del dividendo. Éstos son los que justificaban la suspensión del devengo de intereses moratorios²⁶⁷.

En conclusión, los intereses cuyo devengo se suspendía por la declaración de concurso de acreedores o de quiebra eran todos, los retributivos y los moratorios, si bien con fundamento jurídico diferente. El devengo de los retributivos se suspendía como efecto necesario subsiguiente al vencimiento anticipado (art. 1275 Cc), basado, a su vez, en la formación de la masa pasiva y la universalidad del procedimiento. En relación con éstos, nada añadía el artículo 1916 Cc ni el 884 CCom: los intereses retributivos, soportados causalmente en la existencia de un plazo para el cumplimiento de una obligación, han de dejar de devengarse cuando dicha obligación venza. El devengo de los intereses moratorios, por el contrario, se suspendía justificadamente, *ope legis*, con fundamento en los principios de universalidad y *par conditio creditorum* entre acreedores titulares todos de créditos ya vencidos. El vencimiento anticipado suponía, pues, por sí mismo, la causa de la suspensión del devengo de los intereses retributivos y la premisa para que la proclamación de la de los moratorios, basada en el principio de universalidad, resultara proporcionada y ajustada a la *par conditio creditorum*²⁶⁸.

²⁶⁶ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., p. 91 afirma que en este contexto liquidatorio y con la premisa de que los artículos 884 CCom y 1916 Cc realmente se estaban refiriendo a intereses moratorios, concluye que era una norma «escrupulosa con el respeto al «principio de igualdad de los acreedores en el procedimiento concursal» (entendido éste en su significado más recto, como principio que garantiza que el perjuicio que pueda sufrir cada titular de un crédito sea exactamente proporcional al que pueda derivarse para otro)».

²⁶⁷ A los efectos de que sirva de parangón para interpretar el régimen jurídico del crédito por intereses en la vigente LC, a la plena justificación y proporcionalidad que atribuimos a la medida de la suspensión del devengo de intereses retributivos y moratorios en el sistema de la legislación concursal derogada habría que yuxtaponer la contemplación del hecho de que en aquel sistema, además, los intereses devengados antes de la declaración de concurso, también retributivos o moratorios, eran tratados con el rango del crédito principal del que provinieran, sin que existiera entonces degradación alguna en el rango del crédito por intereses «preconcursoales».

²⁶⁸ La íntima conexión entre vencimiento anticipado y suspensión del devengo de intereses hacía que, en el la misma medida en que el vencimiento anticipado era frente a la masa, la suspensión sólo rigiera también frente a ella, por lo que ni afectaba al quebrado, quien, si se sobreesía la quiebra, respondía por ellos, ni afectaba a los fiadores del quebrado ni a los coobligados solidarios quienes permanecían

El propio legislador exponía las razones que le llevaban a declarar la suspensión del devengo de intereses que se veía, tanto para los retributivos como para los moratorios, como consecuencia natural de otros efectos que producía la situación concursal.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 18 de marzo de 1882, al analizar las disposiciones del Libro IV relativo a la Suspensión de pagos y quiebra, señalaba que *reputándose vencidas todas las deudas pendientes contra el quebrado en el día en que se hizo la declaración de la quiebra, y no siendo aplicables a ellas tampoco la doctrina general sobre la morosidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, síguese, como consecuencia natural, que no deben devengar interés desde dicho día las que sólo tienen por garantía la masa general de bienes del quebrado, puesto que el único derecho de tales acreedores consiste en distribuirse el haber del mismo en la debida proporción. No sucede lo propio respecto de los acreedores que se hallan garantidos especialmente con un objeto mueble o raíz, porque para ellos son diferentes las consecuencias de la declaración de quiebra, si voluntariamente no toma una parte activa en el procedimiento, y, por consiguiente, conservan en toda su integridad sus derechos, no sólo al capital sino también a los intereses hasta donde alcance el valor de la garantía, por la regla de que lo accesorio sigue a lo principal.*

No obstante, la determinación de las razones justificativas de la suspensión del devengo de intereses ha sido ampliamente discutida en la doctrina, dándose diversas explicaciones distintas a la aquí mantenida, que algunos formulan aisladamente y otros combinan y relacionan. Se podrían reducir a dos: las que la basan en la equidad y las que lo hacen en razones técnico-prácticas.

b) La equidad como finalidad y justificación de la suspensión del devengo de intereses

El análisis más completo y antiguo de esta postura doctrinal se encuentra en RUBIO, quien no veía convincentes las razones dadas por la Exposición de Motivos del Código de Comercio y criticaba las distintas explicaciones dadas en aquel entonces (1958) por la doctrina nacional y extranjera²⁶⁹. En su opinión, la razón decisiva del artículo 884

obligados a abonarlos (SAP Barcelona (4ª) de 20 de febrero de 2003- EDJ 2003/53606).

²⁶⁹ RUBIO GARCÍA-MINA, J., «La declaración de quiebra y los créditos pendientes», *est. cit.*, pp. 227-230. «Nos encontramos con tal variedad y abundancia de explicaciones jurídicas y algunas tan complicadas que nos hacen desconfiar de la existencia de alguna decisiva». La razón de que los intereses son posteriores a la declaración y, por tanto, no se deben –«tesis hoy dominante»– no le convenía porque, en su opinión, «lo posterior es el pago, pero la obligación sigue siendo anterior»; tampoco la de que la declaración de quiebra transforme los créditos en participaciones en el dividendo –tesis de la doctrina francesa–, porque «de lo que se trata es de fijar la cuantía de estas participaciones»; igual suerte la de que la declaración constituye como deudor una nueva persona, la masa de la quiebra, respecto de la cual no se deben intereses –tesis de BONELLI–, «teoría artificiosa que descansa en un supuesto técnico que no puede compartirse»; ni porque privándose al quebrado del goce de sus bienes, cuyos frutos van a acrecer la masa activa que se ha de repartir entre los acreedores, los créditos por intereses posteriores a la declaración de quiebra serían créditos sucesivos que no pueden ser satisfechos con bienes sometidos a la expropiación concursal –tesis del sector clásico de la doctrina alemana que inspira también a ROCCO– porque «no se trata de que el deudor (...) pague intereses, sino de que la masa que recibe los frutos pague

CCom, que extiende al artículo 1916 Cc, es «sin duda, una razón práctica apoyada en razones de equidad (...): el evitar la irritante desigualdad entre los acreedores del quebrado con interés normal (el crédito sin interés es rarísimo en el comercio) y los intereses elevados en aquellas obligaciones contraídas en momentos de dificultad próximos a la quiebra». Extendía el efecto a los intereses retributivos porque, en su opinión, se venía ahora a abolir la tradición romana contraria (Dig. 20, 4, Leyes 3-1, 12-6 y 18), constante en el Derecho común de la Edad Moderna, entre cuyos juristas dominaba la opinión de que los intereses contractuales continuaban durante el concurso y sólo se suspendían los moratorios. Añade que «por ello la regla de suspensión de los intereses no se aplica a los créditos con garantía real pues han sido contraídos en un momento para los bienes libres y con interés razonable, cabalmente por la existencia de garantía. Y porque esta garantía real ha sido estipulada en atención a una eventual insolvencia del deudor y con vistas a la totalidad de su crédito (capital e intereses) no resultaría fundado que desapareciese justamente en el momento en que se va a producir sus efectos. Pero tampoco debe ir más allá de la seguridad real ni gravar la masa de quirografarios»²⁷⁰.

No se comparten estas opiniones. Una mera y exclusiva base de equidad en la justificación del devengo suspendido de intereses carece de sentido en el caso de los retributivos, pues vencido el crédito y neutralizado el plazo, el pacto retributivo deviene sin sustento causal, habiendo necesariamente de dejar de producir efecto. Es en este sentido en el que la doctrina mayoritaria entonces afirmaba que «los intereses no se deben». No es que lo posterior a la declaración sea el pago pero la obligación fuera anterior, como argumenta; era una obligación anterior soportada en una causa, el plazo, que desaparece por efecto de la declaración –vencimiento anticipado–²⁷¹. La equidad, en cambio, sí parece relevante desde el prisma de los intereses moratorios, pues la suerte de «mora» que se produce tras la declaración concursal afecta a todos, produciendo la suspensión de su devengo el efecto de igualar la situación eventualmente desigual que se produciría de haber existido, en ciertos casos, un pacto de elevación [o minoración, añadiríamos] del tipo de interés moratorio legal. La equidad, en los intereses moratorios, no actuaba como causa, pues, sino como efecto de la suspensión. En cuanto a los créditos con garantía real, la razón de su excepción se halla precisamente, en que, en la medida que sus titulares gozan del derecho de ejecución separada y pueden, a su voluntad, sustraerse al procedimiento concursal, ninguno de los efectos que se concatenan a la necesaria concursalidad ha de desplegarse respecto de los acreedores y créditos no sometidos a ella. La concursalidad, el carácter de procedimiento de ejecución colectiva y universal trae como consecuencia necesaria el vencimiento anticipado y, con él, la suspensión del curso de los intereses; pero la posibilidad de la ejecución separada permite mantener la integridad de los derechos garantizados con la prenda o la hipoteca al no concurrir la premisa que justifica sus limitaciones o restricciones.

con ellos de un modo u otro. Es decir, reparta los bienes computando o no los intereses.»

²⁷⁰ Recoge sus argumentos VIGUERA RUBIO, J., «Lección 23. Derecho concursal mercantil» en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 5ª Edición, 1999, p. 559.

²⁷¹ Claro que para este autor tampoco el vencimiento anticipado es consecuencia del procedimiento concursal, sino de la pérdida de confianza en el deudor (art. 1129.I Cc).

Esta parece ser la fuente de muchos de los autores posteriores. Su tesis de la justificación en la equidad, que él recogía como mayoritaria entonces, es prácticamente ahora lugar común en la doctrina para justificar la suspensión del devengo de intereses. En efecto, la equidad subyace en los dos argumentos que venían utilizándose con mayor frecuencia para explicar la existencia de la regla: la *inmovilización o congelación de los créditos* integrados en la masa pasiva y la *insensibilidad del patrimonio del concursado*. Ambos son, en rigor, la cara y cruz de una misma moneda²⁷²: (i) con la *inmovilización de los créditos* se quiere expresar que la finalidad perseguida por la regla era evitar el agravamiento innecesario de la situación de los restantes acreedores que derivaría del incremento del nominal de los créditos fructíferos. Dado que el patrimonio del deudor se destinaba al reparto prorrateado entre todos los acreedores de igual condición, parecería injusto que algunos de ellos pudieran mejorar su posición aumentando el nominal de su crédito acordando unos intereses elevados, por lo que con la regla de la suspensión se impide que se acreciente durante el concurso la desigualdad entre los acreedores con créditos sin interés o con un interés bajo y aquellos otros acreedores que concedieron al deudor créditos con un interés más alto²⁷³; (ii) con la *insensibilidad del patrimonio del concursado* se defiende que la regla de la suspensión buscaría impedir el nacimiento de gravámenes posteriores a la fecha de declaración de concurso o quiebra que redujeran los activos disponibles para los acreedores y, por tanto, el propio

²⁷² BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses en el concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 2, 2005, pp. 235-254, p.238.

²⁷³ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E. «Efectos de la declaración de quiebra», *est. cit.*, p. 939, opinan que «esta suspensión tiene su justificación en razones de equidad, que exigen una estabilización de los créditos al tiempo de la declaración de quiebra»; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 24ª edición, Mc. Graw-Hill, 2002, V. II, p. 455, «la interrupción del curso de los intereses se justifica sobre la base de entender que los créditos desde el momento de la declaración de quiebra quedan inmovilizados»; FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Edersa, 1991, p. 654, para quien «con esta medida se consigue inmovilizar el pasivo del quebrado, pues, de otro modo, aquel crecería de tal manera que podría hacer inviable cualquier solución de convenio con los acreedores»; BROSETA PONT, M/ MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 2003, v. II, p. 530, la regla «tiene también por finalidad, una vez más, igualar a todos los acreedores, sin beneficiar en especial a los que, por haber concedido crédito al deudor en la fase más próxima a la declaración de quiebra, pudieron aprovechar la situación de dificultad económica para pactar un interés más elevado» opinión que comparten BADENAS CARPIO, J.M. y BOLDÓ RODA, C., «Artículo 59», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 644-658, p. 648 «asimismo, esta medida legal tiene por objetivo igualar a todos los acreedores, sin beneficiar en especial a los que, por haber concedido crédito al deudor en la fase más próxima a la declaración de quiebra pudieron aprovechar la situación de dificultad económica para pactar un interés más elevado»; CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho concursal*, Colex, Madrid, 2000, p. 114. En términos similares se pronuncian DE ANGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 576: «el art. 1916 Cc contenía una regla básica, encaminada, como la del 1915 Cc a establecer un régimen de igualdad entre todos los acreedores a efectos de formación de la llamada «masa pasiva» del concurso» para quienes «también puede estar en la raíz de este principio la presencia de la *par conditio creditorum*, pues es evidente que la singular situación del deudor común que constituye el concurso explica que, aun a costa de sacrificar a algunos acreedores, todos ellos experimenten las consecuencias de la situación» (*ibídem* pp. 580-581).

dividendo concursal²⁷⁴.

Sin embargo, parece confundirse el fundamento de la regla con sus consecuencias; la causa con el efecto. Tales no eran las razones justificantes de la suspensión del devengo de intereses sino las consecuencias, siquiera convenientes o pertinentes, de ella. Una cosa es que la suspensión del devengo de intereses produzca la inmovilización [evidente] de la cifra del pasivo y otra bien distinta que sea la necesidad de esa inmovilización la que justifique y soporte causalmente el establecimiento de la regla. Los intereses dejaban de devengarse porque ello era consecuencia natural de otros efectos ligados a la situación concursal y al procedimiento liquidatorio: vencimiento anticipado, principio de universalidad, sometimiento a la ley del dividendo y *par conditio creditorum*.

c) Las exigencias formales, técnico-prácticas, del procedimiento como finalidad y justificación de la suspensión del devengo de intereses

Desde una perspectiva más técnico-práctica que jurídica se argumenta que, en la medida que se suspende el flujo de intereses, se fija el importe de los créditos y opera una «cristalización» de la masa pasiva que simplifica las operaciones concursales, que sería lo pretendido por la regla de la suspensión²⁷⁵.

²⁷⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La quiebra», *est. cit.*, p. 674 argumenta que, en tanto los intereses representan obligaciones futuras, «la paralización deriva de la denominada insensibilidad del patrimonio del deudor tras la declaración que exige, en aras a la equidad, que todos los créditos se establezcan en la fecha de la declaración de modo que el patrimonio del deudor común, en tutela de los acreedores existentes en tal momento, no sufran ulteriores disminuciones durante el periodo de la liquidación y así que, tras ella no pueda surgir crédito alguno ni pueda modificarse la consistencia de los ya existentes. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 1991, p. 940 «tal suspensión se justifica en razón a que el patrimonio del quebrado no debe ser gravado con ulteriores deudas una vez que se inicia el procedimiento de ejecución colectiva».

²⁷⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 59», en SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, t. I, pp. 1099-1117, p. 1103-1104 «entiendo que el hecho de que se dejaran de devengar intereses desde la declaración de concurso o quiebra no era entonces consecuencia necesaria del vencimiento anticipado de los créditos aplazados, sino un efecto aplicable con independencia del mismo (...) la suspensión deriva de la necesidad de determinar con claridad la masa pasiva que se produce con la declaración de concurso (...)»; BROSETA PONT, M/ MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, op. cit. (2003)*, p. 530, «esta norma imperativa se comprende pensando que así lo exige la necesidad de inmovilizar el pasivo del quebrado, haciéndolo cierto y determinado. De no ser así, el devengo de intereses de todas las deudas del quebrado provocaría un paulatino incremento del importe de la masa pasiva, el cual, por su indeterminación, dificultaría los cálculos indispensables para proceder al pago de los acreedores a prorrata del importe de sus créditos»; BADENAS CARPIO, J.M. y BOLDÓ RÓDA, C., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 648, para quienes la ratio de la regla «es la necesidad de inmovilizar el pasivo del concursado para que ostente las características de ser cierto y determinado. Si este imperativo legal no existiera, el devengo de intereses de todas las deudas del concursado provocaría un paulatino incremento del importe de la masa pasiva, el cual, debido a su indeterminación haría muy difíciles los cálculos necesarios para pagar a los acreedores a prorrata del importe de sus créditos». CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho concursal, op. cit.*, p. 115. También hallan esta justificación DE

Pero el efecto meramente práctico o útil a la tramitación del procedimiento no era la causa ni tenía la suficiente entidad como para, por sí sola, justificar la suspensión del devengo de intereses. Vuelve a confundirse causa con efecto. Sobre esto se habrá de volver, necesariamente, cuando se analice la extensión de la suspensión del devengo de intereses en aplicación del artículo 59 LC una vez que, en la hipótesis mantenida, con la desaparición del vencimiento anticipado debiera desaparecer la suspensión de los intereses retributivos.

2. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS

En el procedimiento conservativo de la suspensión de pagos no se contenía una disposición que regulara expresamente el tratamiento que habían de recibir los intereses tras su declaración²⁷⁶. Surgió entonces la polémica doctrinal y jurisprudencial de cuál habría de ser el tratamiento que habrían de recibir dichos créditos en esa sede, para lo que se proponían las disímiles alternativas de considerar si la declaración de suspensión de pagos suponía o no la interrupción de la maduración del curso de los intereses, con base en la aplicación analógica o no, conforme a las premisas del artículo 4.1 Cc, del artículo 884 CCom. A los efectos de esta memoria, resultará útil analizar, más que la respuesta a la cuestión, los argumentos utilizados para reconocer o negar la analogía entre la quiebra y la suspensión de pagos en este extremo.

A) LA DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS CONLLEVABA LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES

La propuesta doctrinal de extender a la suspensión de pagos la regla de la suspensión del devengo de intereses propia de la quiebra se efectuaba sobre la conveniencia de su paralización a fin de cuantificar el pasivo del deudor, impidiendo las variaciones a que se vería sometido de mantenerse un continuado devengo de intereses²⁷⁷. El análisis

ANGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., «Artículo 59», *est. cit.*, pp. 580 y 581, cuando afirman que «se trata de un principio clásico cuya evidente finalidad es de, por decirlo gráficamente, *congelar* la masa pasiva del concurso, de suerte que sea posible, o al menos más fácil, determinar el montante de esa masa pasiva». También la observa como uno de los mecanismos para obtener la «insensibilización de la masa activa», junto con la incapacidad del quebrado y la prohibición de compensación LOPEZ MATEO, P., «Artículo 59», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 317-320, p. 317.

²⁷⁶ Se limita el estudio al régimen en la suspensión de pagos dado que por la nula frecuencia con la que en la práctica se presentaba el equivalente para el deudor común -procedimiento del beneficio de quita y espera- no se ha localizado jurisprudencia.

²⁷⁷ TORRES DE CRUELLS, J y MAS Y CALVET, R., *La suspensión de pagos*, 2ª Edición, Barcelona, 1995, pp. 250-251.

jurisprudencial no arroja doctrina del TS, pero en jurisprudencia menor se hallan resoluciones judiciales que acogen esta solución extensiva por distintos motivos.

Resoluciones judiciales recaídas en incidentes de reconocimiento de créditos planteados por entidades bancarias, solicitantes del cómputo en la quiebra de los intereses retributivos devengados durante la previa suspensión de pagos y hasta la declaración de quiebra, deniegan tal reconocimiento sobre la base de la paralización en la suspensión de pagos –como en la quiebra– de las ejecuciones individuales y de la procedente aplicación analógica del efecto establecido por el artículo 884 CCom²⁷⁸. Se yerra tanto en el argumento como en la solución. La paralización de las ejecuciones individuales justifica la suspensión de los intereses moratorios porque dejan de concurrir los presupuestos de la mora ordinaria en los términos analizados (*vid. supra* II.1.B).a), pp. 134 y ss). Pero esto no es aplicable, en forma alguna, a los intereses retributivos de los que se trataba, ya que la suspensión de su devengo sólo se justificaría con el vencimiento anticipado de la obligación aplazada; si existen intereses retributivos es porque se trata, necesariamente, de obligaciones a plazo no vencidas. Por tanto, la imposibilidad de ejecutar el crédito no deriva de la situación concursal, sino de la falta de vencimiento del crédito y la mera aplicación del artículo 1125 Cc.

Cuestión distinta es la aplicación de la suspensión del devengo de intereses en supuestos de suspensiones de pagos que van seguidas, por la frustración del fin de aquéllas, por la declaración de quiebra²⁷⁹. Como el argumento utilizado no es el de la extensión analógica del artículo 884 CCom al procedimiento de suspensión de pagos, sino la consideración de ésta como un estadio precursor de la quiebra, esta doctrina jurisprudencial no arroja luz a esta investigación.

²⁷⁸ El artículo 9 LSP indicaba que «los juicios ordinarios y los ejecutivos en que no se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados, que se hallaren en curso al declararse la suspensión de pagos, seguirán su tramitación hasta la sentencia, cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente.» En este sentido, SAP Lugo nº 76/1999, de 30 de enero de 1999 (EL DERECHO, EDJ 1999/4.274) y SAP Ciudad Real (2ª), nº 345/1999, de 3 de diciembre, (EL DERECHO, EDJ 1999/51.874).

²⁷⁹ La SAP Málaga (5ª) nº 66/2003, de 27 de febrero de 2003 (EL DERECHO, EDJ 2003/67.155) establece que la suspensión del devengo de intereses moratorios de las deudas tributarias deben producirse desde la declaración de suspensión de pagos, pero sólo por el hecho de que a la misma siguió la quiebra, de que no pudo finalizar correctamente con convenio, por lo que «*si la quiebra analizada es continuación de la suspensión, es obvio que, cuando fue admitida a trámite ésta, dejaron de devengar intereses los derechos allí reconocidos, con las excepciones legales anteriormente citadas*», solución a la que no se llegaría de igual modo si se tratase de un «*procedimiento independiente, interpuesto, voluntaria o forzosamente, contra el quebrado*» en cuyo caso los intereses cesarían a partir de la declaración de quiebra. En el mismo sentido se pronuncia la ya citada SAP Lugo número 76/1999, de 30 de enero de 1999.

B) LA SUSPENSIÓN DE PAGOS PERMITÍA LA CONTINUACIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES

La negación doctrinal de la extensión del efecto de la suspensión del devengo de intereses a la suspensión de pagos se basa en considerar que no concurren los requisitos para una aplicación analógica del artículo 884 CCom por la distinta finalidad de uno y otro procedimiento y, consiguientemente, los distintos efectos que comporta la declaración de quiebra o la de suspensión de pagos²⁸⁰. En la jurisprudencia, la STS nº 169/1998, de 2 de marzo de 1998 resolviendo, entre otros, la impugnación de los intereses reconocidos a una sociedad en suspensión de pagos, niega esa aplicación analógica y establece unas consideraciones que, aunque no puedan calificarse técnicamente como doctrina jurisprudencial (art. 1.6 Cc), son utilizadas como referente en la jurisprudencia menor posterior²⁸¹.

Trata la cuestión la SAP Madrid (Sección 28ª) nº 102/2009, de 24 abril de 2009 (JUR 2009\472976). El supuesto de hecho consiste en la no aceptación por la junta de reconocimiento del crédito por los intereses –retributivos y moratorios– devengados antes de la declaración de quiebra, sobre la hipótesis de haber habido un convenio en un previo procedimiento de suspensión de pagos que resultó con posterioridad rescindido por incumplimiento. El Tribunal, confirmando la sentencia de instancia, considera que, aplicando la tesis de la STS de 2 de marzo de 1998, han de reconocerse los intereses devengados antes de la fecha de la declaración de quiebra²⁸². Más interesantes y completos resultan los fundamentos de la SAP Valencia (Sección 6ª) nº 191/1999, de 10 de junio de 1999 (EL DERECHO, EDJ 1999/26898), dictada con ocasión de la impugnación de la liquidación de intereses practicada en un juicio ejecutivo interpuesto contra con quien, con posterioridad, es declarado en suspensión de pagos. Se argumenta la inaplicación analógica del artículo 884 CCom sobre la base de la falta de identidad en los fines y mecanismos de uno y otro procedimiento concursal²⁸³.

²⁸⁰ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E., «Efectos de la declaración de quiebra», *est. cit.*, p. 1010.

²⁸¹ «El artículo 884 CCom dispone que desde la fecha de la declaración de quiebra dejarán de devengar interés todas las deudas del quebrado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía, pero **no existe una declaración legal similar respecto a la suspensión de pagos, lo que es secuela de la esencia de ésta, que se dirige exclusivamente a la evitación del estado de quiebra mediante el convenio entre el deudor y los acreedores, y que presupone, como señala la resolución recurrida, que aquel continúe en la posesión y administración de sus bienes**».

²⁸² El fundamento es que «durante la tramitación de la suspensión de pagos no cesa el devengo de intereses y una vez rescindido el convenio por incumplimiento, quedaron alzadas las restricciones que éste pudiera contener respecto de los intereses, colocando a los acreedores en el expediente de quiebra en la misma posición que hubieran tenido si el convenio no se hubiera aprobado».

²⁸³ SAP Valencia (Sección 6ª) nº 191/1999, de 10 de junio de 1999 (EL DERECHO, EDJ 1999/26898): «La sentencia del Tribunal Supremo de 2-3-1998, núm. 169/1998 enseña que (...). A diferencia de lo que ocurre en la quiebra, la finalidad de la suspensión de pagos es precisamente, evitar la ejecución patrimonial del deudor, por ello ni el deudor suspenso es automáticamente separado de la administración de sus bienes, ni su patrimonio queda afectado a su ejecución concursal, ni los efectos de la suspensión de pagos sobre los créditos son tan enérgicos como los que genera la quiebra, de manera que ni se produce el vencimiento anticipado de las deudas del suspenso (aunque puede acordarse en el

Efectivamente, eran bien distintas las finalidades perseguidas por la suspensión de pagos y por la quiebra y, con ellas, distintos también los efectos que sobre el deudor y los acreedores producían una y otra declaración, conforme pusieron de manifiesto tanto la doctrina como los tribunales²⁸⁴. Ni por la finalidad que perseguía el procedimiento ni, consecuentemente con ello, por los distintos efectos derivados de uno y otro, concurrían los presupuestos para aplicar analógicamente y en todo caso el artículo 884 CCom. Pero, en coherencia con lo que en esta memoria se viene manteniendo, ni cabía en todo caso la aplicación analógica del precepto a la suspensión de pagos, ni cabía negarla en todo supuesto, siendo preciso distinguir entre los intereses moratorios y los retributivos. En la medida en que se paralizaban las ejecuciones individuales, dejaban de presentarse los presupuestos de la mora ordinaria por lo que, en este sentido, debería considerarse suspendido el curso de los intereses moratorios. Ningún acreedor «ordinario» podía intentar ejecutar al margen del procedimiento, constante la suspensión de pagos o quiebra, como ningún concursado o suspenso podía, al margen del mismo, satisfacer voluntariamente los créditos; por eso, los créditos vencidos, que serían exigibles de no existir la pendencia del procedimiento concursal, habían de sufrir la paralización del devengo de intereses moratorios. Pero en la medida en que la declaración de suspensión de pagos no suponía el vencimiento anticipado de los créditos y, por tanto, seguía obligando el plazo al acreedor y beneficiando el mismo al deudor, el flujo de los intereses retributivos debía considerarse mantenido.

convenio), ni tampoco la paralización del devengo de intereses de estas deudas (que también puede acordarse en el convenio). Esa paralización de la producción de intereses no se produce ni siquiera cuando la insolvencia del deudor es definitiva por ser su activo patrimonial inferior al valor de su pasivo, en cuyo caso los arts. 21 y 22 LSP declaran aplicables a la suspensión de pagos las normas sobre retroacción de la quiebra contenidas en los arts. 879 a 882 CCom, y las normas sobre reducción de la masa contenidas en los arts. 908 a 910 del mismo cuerpo legal, pero no su art. 884. En consecuencia, si esta norma pensada para la quiebra no se extiende por la ley a la suspensión de pagos, si este proceso tiene una finalidad sustancialmente diferente de la que preside la quiebra, y si la capacidad del inmerso en uno y otro procesos universales son notoriamente distintas, resulta que no concurre la analogía que podría justificar la aplicación del controvertido art. 884».

²⁸⁴ Además de las ya citadas, SAP Almería (2ª) nº 59/2000, de 18 de febrero (JUR 2000\12409). En jurisprudencia menor en aplicación de esta «doctrina» jurisprudencial VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., p. 90, nota 89, cita la SAP Zaragoza (Sección 2ª) nº 458/2003, de 28 julio de 2003 (JUR 2003\195442) que, analizada, en realidad no arroja luz a la cuestión, pues en el caso se interpreta que en el convenio con el que concluyó la suspensión de pagos fue voluntad de las partes la de excluir el devengo de los intereses que se reclaman.

III. OTROS ANTECEDENTES DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES

1. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL DERECHO COMPARADO

La suspensión del devengo de intereses como efecto de la declaración concursal no sólo es propia de los sistemas liquidativos de la tradición legislativa patria, sino que también es acogida en la mayoría de los procedimientos liquidativos establecidos en los regímenes concursales de nuestro entorno²⁸⁵.

En Francia, la apertura de cualquiera de los tres procedimientos judiciales de insolvencia (procedimiento de salvaguarda y de saneamiento –ambos conservativos– o de liquidación judicial) lleva aparejada, como regla general, la suspensión del curso de los intereses y recargos²⁸⁶. Se proclama la suspensión del curso de todo tipo de intereses, salvo que se trate de intereses de préstamos o aplazamientos voluntarios de pago de otros contratos de duración igual o superior a un año, teniendo en cuenta que, salvo en el caso de la liquidación judicial (art. L643-1), la apertura del procedimiento no implica el vencimiento anticipado de los créditos (L-622-29). De esta suspensión se benefician también los garantes o coobligados solidarios del deudor aunque sólo en el caso del procedimiento de salvaguarda.

²⁸⁵ Se señalan a continuación las normas que establecen tal suspensión con una mera descripción de su régimen, pues el análisis y valoración de su incardinación en los distintos sistemas concursales y las repercusiones que sus conclusiones han de tener en el presente, han de ser consideradas, sistemáticamente, en otro lugar (*vid. infra* cap. 3º.II.1, pp. 293 y ss). A estas legislaciones comparadas que recogen la suspensión del devengo de intereses cabría añadir la cita al artículo 89 de la Ley de Concursos Mercantiles mejicana, los artículos 19 y 129 de la Ley de Concursos y Quiebras argentina y el artículo 17 de la Ley General del Sistema Concursal peruana, todas ellas recogidas por VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 27. Además, en el sistema concursal norteamericano también se viene a establecer, en el procedimiento de liquidación, una suerte de suspensión de los intereses moratorios postconcursoales (11USC§726 y 11USC§510). No obstante, como suele citarse como antecedente de la subordinación crediticia, será analizado también y con mayor profundidad en otro lugar (*vid. infra* cap. 2º.II.1.A), p. 215).

²⁸⁶ Código Civil francés, Artículo L622-28, en sede de procedimiento de salvaguarda aplicable, por expresa remisión de los artículos L631-14 y L641-3, respectivamente, a los de saneamiento judicial y liquidación judicial. «*Article L622-28. Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. 2. Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans. Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires.*»

En Italia, también la apertura de cualquiera de los dos procedimientos concursales establecidos implica el cese del devengo de intereses. En el *fallimento*, por el artículo 55 *lf* que, al mismo tiempo, declara el vencimiento anticipado de todas las deudas a plazo; en el *concordato preventivo* por la remisión del artículo 169 *lf*²⁸⁷.

En EE.UU., la suspensión del devengo de intereses moratorios en el procedimiento liquidativo viene establecida de forma indirecta. El efecto se deduce de la conjunción del precepto que no incardina en el elenco de los subordinados al crédito por intereses (§510 *US Code*) con aquel otro que establece que, en liquidación, si quedare remanente tras el pago de los créditos concursales, antes de su entrega al deudor, se atenderá el pago de los intereses moratorios de los créditos concursales desde la fecha de la declaración y al tipo de interés legal (§726 *US Code*)²⁸⁸.

2. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN LOS SUCESIVOS PROYECTOS DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

En todos los frustrados intentos de reforma concursal que precedieron a la LC se encuentra traspuesto el efecto histórico de la suspensión del devengo de intereses. Si bien el análisis en profundidad y la valoración de la incardinación de este efecto en el respectivo sistema concursal previsto en cada anteproyecto se efectuará después (*vid. infra* cap.3º.II.3, pp. 303 y ss), quedan enunciadas ahora las reglas de la suspensión en los términos en que ésta se planteaba en cada propuesta legislativa.

(i) El Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959, primer intento serio de reforma del sistema concursal, decretaba la suspensión del devengo de intereses moratorios en el procedimiento liquidativo desde la declaración de concurso de acreedores (art. 22) pero, sin embargo, mantenía su devengo en el procedimiento conservativo del concordato judicial (art. 140).

(ii) El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 regulaba la suspensión del devengo de intereses distinguiendo el caso de los intereses moratorios de obligaciones vencidas de aquel otro de intereses retributivos de obligaciones sin vencer. A los efectos de la

²⁸⁷ «*Legge Fallimentare. Art. 55. Effetti del fallimento sui debiti pecuniari. La dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell'articolo precedente. I debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento.*»

²⁸⁸ § 726 USC 11 «(a) Except as provided in section 510 of this title, property of the estate shall be distributed: (...) (5) fifth, in payment of interest at the legal rate from the date of the filing of the petition, on any claim paid under paragraph (1), (2), (3), or (4) of this subsection; and (6) sixth, to the debtor.»

determinación de la masa pasiva y del cómputo en dinero de los créditos concursales (art. 170):

- Los créditos vencidos a la fecha de la declaración se computaban por el principal e intereses devengados; desde la declaración quedaba interrumpido el curso de los intereses, salvo los hipotecarios y pignoraticios hasta donde alcanzara la respectiva garantía.
- Los créditos aplazados se computaban por su importe íntegro más los intereses devengados hasta la fecha de la declaración y los intereses correspondientes a cantidades aplazadas quedaban interrumpidos o se deducían, según procediera. Los créditos aplazados que no devengaran intereses sufrirían la deducción del interés legal correspondiente al tiempo que mediara entre la fecha de la declaración del concurso y la de su vencimiento.

Hay que traer a colación y adelantar que, dada la finalidad básica que configuraba el sistema, que ya no era la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común, se prescindía del coactivo vencimiento anticipado propio del Derecho anterior por responder éste a parámetros opuestos, liquidativos. Por tanto, la suspensión del devengo de intereses que se regulaba lo era a los solos efectos de la determinación de la masa pasiva y lo era en consonancia con la nueva concepción concursal²⁸⁹.

Además, esta disposición del artículo 170 ALC 1983 ha de ponerse en relación con la de su artículo 330, según la cual «concluido el concurso, los acreedores recobrarán el libre ejercicio de sus acciones contra el deudor por la parte de sus créditos que pudiera resultar no satisfecha por el principal e intereses, salvo lo dispuesto en el artículo 235» [«no mediando pacto expreso en contrario, los créditos quedarán extinguidos por virtud del convenio en la parte de que se hubiera hecho remisión al concursado aun cuando le quedare algún sobrante de los bienes del concurso o posteriormente llegase a mejor fortuna»]. Los intereses de los créditos que hayan dejado de correr a consecuencia de la declaración judicial de concurso podrán ser exigidos al deudor una vez concluido el procedimiento, salvo que en el convenio se hubiese pactado expresamente la condonación de tales intereses.»

²⁸⁹ Exposición de Motivos del Anteproyecto (V): «Al regular los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores no podía por menos la Ley ser consecuente con la nueva concepción de la institución concursal. En este sentido, la apertura del procedimiento tampoco supone el vencimiento anticipado de los créditos anteriores ni tampoco la extinción automática de los contratos o de las relaciones laborales.»

(iii) La Propuesta Rojo de 1995 mantenía la suspensión del devengo de intereses, legales o convencionales, desde la fecha de la declaración, salvo los créditos hipotecarios y los pignoraticios hasta donde alcance la respectiva garantía, tanto en el procedimiento de concurso de acreedores (art. 68) como en el de la suspensión de pagos (art. 283), y además la yuxtaposición a la subordinación del crédito por intereses que instauraba, si bien con contornos distintos a los previstos en la LC (*vid. infra* cap.2º.II.2, p. 223).

3. EL ITINERARIO PARLAMENTARIO DEL ARTÍCULO 59 LC

El Proyecto de Ley aprobado en Consejo de Ministros y llevado al trámite parlamentario²⁹⁰ regulaba la cuestión de la suspensión del devengo de intereses en el [entonces] artículo 58 PLC que, rubricado como «*Interrupción del devengo de intereses*», disponía:

«1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. 2. No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiere resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultase remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados conforme a la regla anterior.»

En el itinerario parlamentario, el párrafo primero del precepto recibió la misma enmienda planteada por seis grupos parlamentarios diferentes:

«El artículo 58.1 tendrá la siguiente redacción: ‘Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales; salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía y con un máximo de una vez y media el interés legal del dinero vigente en cada momento, y los correspondientes a los créditos salariales, en cuantía equivalente a la variación experimentada por el índice general de precios al consumo.’»

La justificación, idéntica en todas las enmiendas: «el reconocimiento genérico de que los créditos con garantía real continúan devengando intereses pactados, a pesar de que se establezcan medidas suspensivas de dicha ejecución, puede dar lugar a la aplicación de tipos de interés abusivos, que supongan una carga sustancial para el patrimonio del deudor, en detrimento de los demás acreedores. Por otra parte, es necesario mantener el

²⁹⁰ Para mayor detalle de la génesis de los anteproyecto y proyecto de Ley Concursal y de los hitos de su tramitación parlamentaria *vid. infra* cap. 3º.II.3.D), pp. 315 y ss.

poder adquisitivo de los salarios, aunque pueda significar una merma también para las deudas laborales, al no aplicarse el interés legal del diez por ciento previsto en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores»²⁹¹.

En cuanto al párrafo segundo, la única enmienda fue la núm. 483 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) que proponía la siguiente redacción:

«Artículo cincuenta y ocho. Interrupción del devengo de intereses. (...) 2. No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiere resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultare remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados *al tipo convencional*.»

Se exponía como justificación que «en el caso de que en el concurso, después del pago de la totalidad de los créditos concursales, resulte remanente no existe justificación para limitar el pago de los intereses al tipo legal. Ello supone tan sólo beneficiar al deudor que a través del concurso pagará, sin que exista razón para ello, unos intereses menores de los pactados contractualmente»²⁹².

El texto recogido por el Informe de la Ponencia²⁹³, que se asume sin modificaciones tras el Dictamen de la Comisión²⁹⁴, y que resultó aprobado por el Pleno del Congreso²⁹⁵ fue el que se transcribe a continuación resaltando (en cursiva) las modificaciones habidas en la redacción original:

²⁹¹ Enmienda número 76 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida; enmienda número 141, del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV); enmienda número 175, del Sr. Labordeta del Grupo Parlamentario Mixto; enmienda número 207, del Sr. Puigcercós del Grupo Parlamentario Mixto; enmienda número 286, del Grupo Parlamentario Socialista; y enmienda número 482, del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). La enmienda número 286 del Grupo Parlamentario Socialista tenía idéntica motivación y venía a ser prácticamente la misma pero en ella, junto a los créditos salariales, se aludía a los créditos administrativos y además proponía modificar la rúbrica del precepto sustituyendo la expresión «*interrupción*» por la de «*suspensión*». Vid. índice de enmiendas al articulado en BOCG Congreso Núm. A-101-16 de 10/12/2002, p. 347 [http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-16.PDF] [última consulta 11/XII/13] y para el texto completo de las enmiendas, BOCG Congreso Núm. A-101-15 de 02/12/2002, p. 97 [http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-15.PDF] [última consulta 11/XII/13].

²⁹² Para la localización del índice de enmiendas y su texto completo *vid.* nota anterior.

²⁹³ BOCG. Congreso Núm. A-101-17 de 24/03/2003 P.: 369, en http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-17.PDF [última consulta 11/XII/13]

²⁹⁴ BOCG. Congreso Núm. A-101-19 de 01/04/2003 P.: 447, consultado en http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-19.PDF [última consulta 11/XII/13]

²⁹⁵ BOCG. Congreso Núm. A-101-22 de 11/04/2003 P.: 527 consultado en http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-22.PDF [última consulta 11/XII/13].

«Artículo 58. Interrupción del devengo de intereses. 1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. *Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 91.3.º de esta Ley.* 2. No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiere resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultare remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo *convencional*.»

Las enmiendas no atendidas en el Congreso fueron, pues, la limitación del tipo de interés en el caso de la excepción de los créditos con garantía real, y la extensión de la excepción de los créditos salariales a los administrativos, por lo que en el Senado, el [ya] artículo 59 recibió enmiendas que reiteraban las propuestas rechazadas en el Congreso y su justificación²⁹⁶. En el Informe de la Ponencia del Senado²⁹⁷ se aceptó, como corrección técnica, la modificación de la rúbrica del precepto, que pasó a ser «*Suspensión del devengo de intereses*», siendo rechazadas, por mayoría, el resto de las enmiendas. En lo demás, se aprobó por la Ponencia el texto del Congreso de los Diputados y así fue asumido tanto en el Dictamen de la Comisión²⁹⁸ como en el texto aprobado por el Pleno del Senado²⁹⁹, convirtiéndose en Ley por su aprobación definitiva en el Congreso de los Diputados³⁰⁰.

En conclusión, aparte de la corrección técnica del cambio de rúbrica, en el itinerario parlamentario se modificó mínimamente en este extremo el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno, aceptándose como excepción al principio general el devengo de intereses de los créditos salariales –conforme al interés legal del dinero–, y modificándose el tipo de interés a aplicar en el caso de «reactivación» de los intereses

²⁹⁶ Enmienda núm. 80 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), enmienda núm. 143 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) y enmienda núm. 268 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), publicadas en el BOCG Senado Núm. II-120-c de 09/05/2003, p. 93. http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/BOCG/II/II0120C.PDF [última consulta 11/XII/13]

²⁹⁷ BOCG Senado Núm. II-120-d de 27/05/2003, p. 251, http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/BOCG/II/II0120D.PDF [última consulta 11/XII/13]

²⁹⁸ BOCG Senado Núm. II-120-e de 04/06/2003, p. 361, http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/BOCG/II/II0120E.PDF [última consulta 11/XII/13]

²⁹⁹ BOCG Senado Núm. II-120-f de 17/06/2003, p. 455, http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/BOCG/II/II0120F.PDF [última consulta 11/XII/13]

³⁰⁰ BOCG Congreso Núm. A-101-24 de 27/06/2003, p. 765, http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-24.PDF [última consulta 11/XII/13].

en los supuestos de liquidación con íntegra satisfacción de los acreedores concursales – que pasó del legal al contractual–. Además, se añadió al párrafo primero la coetilla final de la consideración de los intereses de los créditos salariales como subordinados, que no estaba inicialmente en la enmienda, sin dar a conocer el origen y justificación de tal modificación que, como se verá, ha dado lugar a problemas interpretativos sobre su significado y alcance (*vid. infra* cap.1º.VI.2.D), p. 197).

En la tramitación parlamentaria no se encuentra ninguna referencia a si la suspensión del devengo de intereses había de considerarse en relación con toda clase de ellos o sólo con alguna. Las únicas intervenciones referidas a este efecto las hicieron los representantes del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso –Sr. Silva i Sánchez, en la Comisión de Justicia e Interior– y en el Senado –Sr. Capdevila i Bas en el Pleno–³⁰¹ que, en defensa de su enmienda para limitar los tipos de interés de las deudas garantizadas con prenda e hipoteca (al de una vez y media el interés legal del dinero vigente en cada momento), argumentaban que así se evitaría la tentación de las entidades bancarias de aplicar tipos de interés exorbitados en detrimento de los demás acreedores. Aun cuando esta estrategia bancaria tiene sentido comercial sólo en intereses moratorios (de imponerse en los retributivos los préstamos no se «venderían»), las enmiendas se pueden considerar dirigidas a la limitación tanto de los tipos contractuales de los intereses moratorios como de los retributivos y, en la medida que no fueron contestadas en debate parlamentario, no arrojan luz sobre las clases de intereses a las que se pretendía extender el efecto de la suspensión de su devengo.

IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL SISTEMA DE LA LEY CONCURSAL

1. LA TESIS MAYORITARIA: LA PLENA JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE TODO TIPO DE INTERESES

Es opinión doctrinal unánime que el efecto de la suspensión del devengo de intereses, ligado a la declaración de concurso, se despliega tanto en relación con los intereses moratorios como con los retributivos³⁰². Aun cuando los argumentos para

³⁰¹ Diario de Sesiones del Congreso, Comisiones, Justicia e Interior, número 717, Sesión del 25 de marzo de 2003, p. 23.035 http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_717.PDF [última consulta 11/XII/13] y Diario de Sesiones del Senado Núm. 140 de 11/06/2003, p. 8711, http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/DS/PL/PS0140.PDF [última consulta 11/XII/13], respectivamente

³⁰² JUAN Y MATEU, F., «Suspensión del devengo de Intereses» (art. 59), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1103-1108, p. 1104; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 1107 y también en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La suspensión del devengo de intereses como efecto de la declaración de concurso», GONZÁLEZ/MENDEZ (Coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia, 2004, T. I, pp. 1315-1332, p. 1322; BADENAS CARPIO, J.M. y BOLDÓ RODA, C., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 656; DE ANGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 582; VILA FLORENSA, P., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 631; BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 251; GARCÍA-CHAMÓN, E., *Efectos del concurso sobre los créditos. Compensación, suspensión del devengo de*

rebatir dicha posición se habrán de verter más adelante, parece adecuado analizar ahora las razones que se dan para justificar esta medida generalizada y aplicada a todo tipo de intereses con independencia de su origen o causa; razones que son omitidas en la Exposición de Motivos como fundamento de su adopción³⁰³.

Las tesis mayoritarias, valorando positivamente la medida, apuntan como razones de base la equidad, la *par conditio creditorum* y los criterios prácticos de facilitación del procedimiento, apuntadas ya bajo el régimen anterior, a las que algunos añaden el argumento de la accesoriedad del crédito por intereses³⁰⁴. La Sentencia del Juzgado de

intereses e interrupción de la prescripción, Tirant lo Blanch, 2009, pp.9-10; LUQUE CORTELLA, A., *La Hacienda pública y el crédito tributario en los procesos concursales*, Marcial Pons, 2008, p. 79; MORAN BOVIO, D. «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, pp. 3006-3007; ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho concursal*, 2ª edición, La Ley, 2009, p. 466.

³⁰³ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 87 pone de manifiesto el contraste de cómo la Exposición de Motivos da expresamente la explicación a la subordinación del crédito por intereses en su accesoriedad, pero omite referirse a la justificación de la suspensión; esto le lleva a plantearse si, en realidad, por la conexión de ambas instituciones, las justificaciones son idénticas y ambas se encontrarían en la accesoriedad. Sin embargo, la explicación de esta diferencia aquí se encuentra en el hecho de ser la suspensión algo que la LC incorpora como «principio clásico» de la tradición concursal española y ser la subordinación una novedad que se introduce *ex novo*, sintiendo el legislador sólo la necesidad de explicar la justificación de la novedosa.

³⁰⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 1105 y «La suspensión del devengo de intereses», *est. cit.*, p. 1320: «todo gira en torno a la necesidad de inmovilizar de alguna manera la masa pasiva, de mantener el patrimonio del concursado tal como se hallaba en ese momento. Se trata entonces más bien de impedir que, tras la declaración de concurso, se agrave la situación del concursado incrementando sus obligaciones en perjuicio de los acreedores: por ello se imposibilita que los créditos sigan devengando nuevos intereses con posterioridad a la declaración (...) Por otro lado, también se contempla la situación desde la perspectiva de los acreedores, pues sería contrario a la igualdad que unos tuvieran que padecer la dilatación del procedimiento mientras que otros continuaban acrecentando sus intereses. En el fondo parece que de lo que se trata es de simplificar el procedimiento, de manera que en la fase de comunicación y reconocimiento de los créditos, se eviten operaciones de cálculo enormemente dificultosas, dado que la fecha del pago, dentro del concurso, todavía se desconoce». DE ANGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., «Artículo 59», *est. cit.*, pp. 580 y 581, apuntan a que este «principio clásico» tiene como «evidente finalidad (...) «congelar» la masa pasiva del concurso de suerte que sea posible, o al menos más fácil, determinar el importe de la masa pasiva (...)» y «la presencia del de la *par conditio creditorum* pues es evidente que la singular situación del deudor común que constituye el concurso explica que, aun a costa de «sacrificar» a algunos acreedores, todos ellos experimenten las consecuencias de la situación». MORAN BOVIO, D., «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, p. 3002 la enlaza con «la necesidad, tan provisional como indispensable, de aclarar o cerrar el montante de la masa pasiva»³⁰⁴ y VILA FLORENSA, P., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 631 encuentra la justificación en la «oportunidad de que no sobrevengan a la masa concursal nuevas obligaciones accesorias respecto de las principales que la integran en el momento de la declaración de concurso» pues son esas principales las únicas a cuya satisfacción tiende, por vía convencional o por la liquidación, el procedimiento de concurso añadiendo, a tal efecto, que «el carácter accesorio de los intereses en relación con la obligación principal se hace latente en la L.C. (...) [también] con la no menos trascendente previsión de que a los ya devengados hasta ese momento se les atribuya la calificación de créditos subordinados (art. 92.3º LC)». FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, Aranzadi, 2006, pp. 253-254 quien tras exponer las distintas justificaciones se alinea con las que lo explican desde la necesidad práctica de una liquidación fácil y la razón de equidad de evitar desigualdades entre acreedores; ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho concursal*, *ob. cit.*, p. 466 para quien la suspensión tiene la «evidente vocación de que no se grave la masa activa con nuevas deudas sin contraprestación»; MARTÍNEZ GALLEGÓ, E.Mª., «Artículo 59», en LÓPEZ LÓPEZ/MACÍAS CASTILLO (coords.), *Comentario práctico a la Nueva Ley Concursal*, La Ley, 2012, pp. 333-342, p. 334 «la clara finalidad a la que atiende la regla es, de un lado inmovilizar en lo posible el pasivo del concurso, evitando que éste siga

lo Mercantil nº 1 de Oviedo, núm. 32/2005, de 14 de junio, pionera en el tratamiento concursal del crédito por intereses y reproducida en otras posteriores, acoge la justificación de la suspensión del devengo de intereses en la inmovilización del pasivo y la equiparación del trato a los acreedores concursales. La más moderna doctrina del Tribunal Supremo (por todas, SSTS núm. 153/2013 de 19 marzo y 237/2013 de 9 de abril) la justifica sobre los efectos de la concursalidad y la ventaja práctica de cifrar la participación de los créditos concursales en el concurso³⁰⁵.

2. CRÍTICA A LA TESIS MAYORITARIA. LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA REGLA DE SUSPENSIÓN DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS.

La práctica unanimidad de las opiniones doctrinales vertidas para valorar y justificar la regla del artículo 59 LC dan por sentado que el efecto de la suspensión del devengo de intereses es un efecto propio o consustancial, dogmáticamente indisociable, de la declaración de concurso. La explicación podría encontrarse en la inercia intelectual consecuente de ser reiteración de la legislación derogada, sin que, en general, haya sido sometida esta regla a una seria reflexión sobre su encaje en el nuevo sistema instaurado por la LC.

Una excepción a esta postura conformista con el postulado del artículo 59 LC la representa BERMEJO, afirmando que «difícilmente puede defenderse que los acreedores no ejerciten frente al concurso pretensiones que les corresponden en atención a lo que contrataron, cuando los restantes acreedores pudieron pactar también el devengo de intereses y, sin embargo no lo hicieron; asimismo, difícilmente puede hablarse de insensibilidad del patrimonio concursal cuando existen créditos prededucibles o deudas de la masa que gravan

aumentando durante el transcurso del procedimiento en perjuicio de la perspectiva de cobro del resto de acreedores y entorpeciendo notablemente la consecución de una solución concursal, ya sea la convencional o la liquidativa, y de otro lado, equiparar en el trato a los distintos acreedores concursales sin hacer de peor condición a los titulares de créditos que no tuvieran a su favor dicho devengo».

³⁰⁵ SJMER Oviedo 1, núm. 32/2005, de 14 de junio: «*La clara finalidad a la que atiende la regla de suspensión del devengo de intereses del art. 59 LC es, por un lado, la de inmovilizar en lo posible el pasivo del concurso, evitando que éste siga aumentando durante el transcurso del procedimiento en perjuicio de la perspectiva de cobro del resto de acreedores y entorpeciendo notablemente la consecución de una solución concursal, ya sea la convencional o la liquidativa, y de otro lado equiparar en el trato a los distintos acreedores concursales sin hacer de peor condición a los titulares de créditos que no tuvieran a su favor dicho devengo*». Recoge literalmente tal justificación la SAP Palencia (1ª) núm. 345/2011, de 30 diciembre (AC 2012\84). **SSTS núm. 153/2013 de 19 marzo y 237/2013 de 9 de abril:** «*La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles estos créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, ‘si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional’*».

el patrimonio del deudor una vez que ha sido declarado el concurso». Sobre esta premisa «la suspensión del devengo de intereses es un efecto del concurso que facilita la participación de los créditos fructíferos en dicho procedimiento. Como tal efecto del concurso sobre los créditos comparte la lógica de éstos, a saber, valorar de forma homogénea los créditos concursales que participan en el procedimiento. Sólo de esta forma se puede determinar cuál es la cuota de responsabilidad que corresponde a cada uno de ellos (...) se trata de obtener una fotografía del valor de dichos créditos en ese instante», justificándose que sea la fecha de la declaración de concurso aquella en la que tomar esa «instantánea» en el hecho de que es a partir de ella cuando los acreedores pierden la posibilidad de agredir individualmente el patrimonio del deudor. La suspensión del devengo de los intereses sería sólo una «ficción» y la suspensión «se limita a tratar a los créditos fructíferos como si hubieran dejado de serlo a los efectos de ser comunicados al procedimiento por su valor al momento de la declaración (...); significa simple y llanamente no tomarlos en consideración en la cuantificación del crédito principal como crédito concursal». En realidad, estima esta autora que los intereses se siguen devengando tras la declaración de concurso y deben, incluso, satisfacerse en el seno del procedimiento concursal, pues se trata de créditos con origen en una relación obligatoria anterior a la declaración y, por tanto, créditos concursales, con independencia de la calificación que hayan de recibir, lo que explica que, frente a sujetos obligados no sometidos al concurso (codeudores, fiadores, *etc.*) los intereses puedan exigirse con toda normalidad. Coincidiendo, en general, con su crítica y argumentos, sin embargo resulta censurable la falta de distinción entre intereses moratorios y retributivos por lo que no pueden compartirse sus conclusiones³⁰⁶.

Otra línea diferencial viene representada por VÁZQUEZ CUETO, quien, con un pormenorizado análisis de los antecedentes legislativos y la justificación que en ellos encontraba la regla de la suspensión, se plantea y critica la medida vigente desde la óptica de la distinción entre intereses retributivos y moratorios, concluyendo que la suspensión del devengo de los intereses remuneratorios «se antoja injusta, por no decir abiertamente expropiatoria y peligrosamente perturbadora a medio o largo plazo para el desarrollo del tráfico económico profesional». La bondad de sus argumentos contrasta su lamento conclusivo, al que se aquieta, de haber traído la LC «tan alegremente una solución pergeñada para los intereses moratorios al campo de los remuneratorios»³⁰⁷.

³⁰⁶ BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, pp. 238-239. Se verá cómo esta autora tiene una tesis original sobre la forma de coordinar la regla de suspensión del devengo de intereses con la de la subordinación del crédito por intereses que le lleva a considerar que los únicos que se subordinan son los intereses devengados con posterioridad a la declaración de concurso –que para ella se siguen devengando al ser la suspensión una mera ficción– y que los «preconcursoales» siguen el rango del crédito principal del que derivan. *Vid. infra* cap. 3º, III, pp. 337 y ss.

³⁰⁷ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, pp. 87-100, tras haber afirmado en pp. 57-58 que «considerar que el devengo de los intereses remuneratorios derivados de todas las deudas contraídas a plazo por el concursado y pendientes de vencimiento a la fecha de declaración de concurso, entre los que se encontrarían –por citar sólo a las más relevantes económicamente– las derivadas de préstamos bancarios, o aperturas de crédito o adquisiciones de bienes a plazo en las que el financiador o proveedor ya hubieran cumplido por completo sus prestaciones– se ven por lo general (excepciones aparte) suspendidos, se antoja una medida excesivamente radical, demasiado severa para quienes ni son los que padecen la crisis económica extrema ni han tenido por qué beneficiarse de esa situación de su contraparte para establecer cláusulas de intereses excesivas. Adviértase que se trata de una solución peor incluso que la del vencimiento anticipado de las deudas, pues con ésta última, suspendidos los intereses de demora, al menos era posible (...) un pago anticipado del crédito. Ahora, se pagarán a su vencimiento, como muy pronto, pero sin tener en cuenta la productividad del capital con el transcurso del tiempo.»

A) LAS PREMISAS DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL SISTEMA DE LA LEY CONCURSAL

La interrupción del devengo de intereses *ex* artículos 884 CCom y 1916 Cc se justificaba, como se ha escrito, en la misma esencia de los procedimientos de quiebra y de concurso de acreedores, orientados a la liquidación del patrimonio del deudor, donde se insertaba. La declaración concursal implicaba una absoluta paralización de la actividad del deudor tanto activa –el deudor y los órganos concursales de administración no podían contraer nuevas deudas más allá de las derivadas de la gestión del propio proceso o que resultaran imprescindibles para el mantenimiento de los activos en espera de su realización– como pasivamente –no se podían efectuar pagos voluntarios al margen del procedimiento, ni los acreedores ejercitar ejecuciones individuales– y, por supuesto, traía consigo también el vencimiento anticipado de todas las deudas a plazo.

El sistema instaurado por la LC es radicalmente distinto. La liquidación es contemplada sólo como una de las posibles soluciones del concurso; es más, como un mal menor al que se llega sólo cuando no se desea o se frustra el convenio, que se fomenta como medio de satisfacer al conjunto de acreedores permitiendo la continuación de la actividad del deudor, prohibiendo los convenios de corte liquidatorio (*vid.* EM IV). A tal fin es necesario, y así se hace, adoptar medidas oportunas que lo faciliten, tales como el mantenimiento de la actividad del deudor (art. 44), la conservación –aun con intervención– de sus facultades patrimoniales (art. 40), el mantenimiento de las acciones meramente declarativas individuales (art. 51), la vigencia de las obligaciones recíprocas y los contratos (arts. 61 y 62) y, con ello, el no establecimiento del vencimiento automático anticipado de las deudas a plazo, efecto sólo ligado a la apertura de la liquidación (art. 146 LC). Junto a tales medidas se mantiene, no obstante, la concursabilidad del procedimiento, el tratamiento común de los créditos y la formación de la masa pasiva que exige una congelación general en los pagos voluntarios o ejecutivos, al menos, hasta que se alcance una solución o, en los casos de los artículos 56 y 57 LC, que transcurra un plazo razonable para ello.

B) LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES MORATORIOS

Tratándose de intereses moratorios, que resarcen del retraso en el puntual cumplimiento de las obligaciones, siempre existirá una obligación principal ya vencida en relación con la cual el acreedor estaría en disposición, si le conviniera, de ejercitar las acciones procedentes exigiendo su cumplimiento e indemnización. Sin embargo, una vez declarado el concurso, el principio de concursabilidad –la integración de todos los

acreedores en la masa pasiva y el sometimiento de todos a la ley del dividendo—, determina que queden privados de una satisfacción voluntaria o coactiva de su crédito al margen del procedimiento, habiendo de estar a resultas del mismo.

Se mantienen, pues, en el sistema concursal vigente las premisas que en el derogado permitían sostener la neutralización de los presupuestos de la mora ordinaria y que, por tanto, justificaban la determinación legal de interrumpir el devengo de los intereses moratorios: no es que el deudor no quiera pagar, es que no puede hacerlo voluntariamente, ni ser compelido a hacerlo fuera del procedimiento. La razón no es otra que la defensa colectiva del común de los intereses de los acreedores (*interés del concurso*); es por el interés de la masa, y no por la voluntad del deudor, por lo que no se satisfacen los créditos vencidos. En definitiva, pues, desaparece el presupuesto de base de la institución de la mora a cargo del deudor —incumplimiento voluntario—, pasando a encontrarse la razón del incumplimiento en la propia existencia de la masa pasiva —concursalidad—. Además, si se mantuviera el devengo de los intereses moratorios, éstos irían a cargo de la propia masa pasiva porque se reduciría, proporcionalmente, la cuota de reparto correspondiente a cada acreedor³⁰⁸.

De ahí que se ligen a la declaración de concurso dos efectos distintos, que no se suelen poner en relación, pero que se hallan intrínsecamente unidos: la suspensión de los intereses [moratorios] y la interrupción de la prescripción regulada en el artículo 60 LC³⁰⁹. Se interrumpe la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración de concurso porque sólo a éstos afecta la concursalidad del

³⁰⁸ Argumentos similares se encuentran en la SAP Salamanca (Sección 1ª), núm. 348/2008 de 25 noviembre (JUR\2009\104066). «*En definitiva, incluido un crédito en la masa pasiva, en el ámbito del procedimiento concursal, no se produce mora en el pago de los créditos concursales, puesto que cursan dentro del concurso, condicionados a los términos de salvaguarda e integridad de la masa, que les sujeta al buen fin de la misma, lo que impide, en estos casos, que opere la mora como causa de los intereses moratorios. En consecuencia, teniendo en cuenta que no se pueden pagar los créditos concursales hasta que se apruebe el convenio o el plan de liquidación, no se cumple el presupuesto que justifique el devengo de los intereses moratorios*». Compartimos las afirmaciones pero disentimos de las conclusiones porque el argumento no sirve para los préstamos hipotecarios de los que era el caso. Si la suspensión de los intereses moratorios se justifica por la ausencia, en el procediendo concursal, de los presupuestos de la mora ordinaria, eso sólo es predicable de los acreedores sometidos a la concursalidad del procedimiento, cual no es el caso de los acreedores con garantía real que, precisamente porque gozan del derecho de ejecución separada, quedan excluidos, expresamente, de las reglas de la suspensión del devengo de intereses.

³⁰⁹ Artículo 60. Interrupción de la prescripción. 1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración. 2. La interrupción de la prescripción no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a los fiadores y avalistas. 3. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora. También quedará interrumpida la prescripción de las acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley. 4. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso.

procedimiento y el veto a las acciones individuales; y se mantiene hasta la conclusión del concurso porque, durante su pendencia, los acreedores no es que quieran hacer dejación de su derecho, sustento de la extinción prescriptiva, sino que les viene vedado ejercitarlo de forma separada.

Aunque se ha apuntado como explicación de la medida en el sistema actual que la suspensión del devengo de intereses constituye un mecanismo de tutela de la *par conditio creditorum*, evitando que unos acreedores adquieran el derecho a percibir unos intereses moratorios superiores a otros, en realidad, la *par conditio creditorum* no sirve de soporte, explicación o justificación. Este principio consiente que así resulte dispuesto por la ley, pero no es causa sino consecuencia de la suspensión del devengo de los intereses moratorios que encuentra su justificación y soporte en la concursabilidad y en el veto a las acciones individuales; y que, además, resulta plenamente proporcionada porque la respeta en la medida que afectará por igual a todos los acreedores cuyos créditos se encuentren vencidos. No se trata de que la medida se adopte para igualar a los acreedores, sino que puede –en términos de justicia, paridad, equidad– adoptarse porque no supone un tratamiento desigual para ninguno de ellos. Por otro lado, si en realidad se tratara de igualar a todos los acreedores, no se permitiría en caso alguno que la reactivación se produjera al tipo contractual, cosa que puede acontecer tanto en el caso de finalización por convenio como por liquidación (art. 59.2 LC)³¹⁰.

C) LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES RETRIBUTIVOS

La premisa de la generación de intereses retributivos es diametralmente opuesta a la de los moratorios: siempre existirá una obligación principal sometida a plazo y, por tanto, pendiente de vencer, no siendo exigible ni encontrándose causalmente legitimado

³¹⁰ Aun crítico con la medida, es la razón señalada por VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., pp. 95-96. En realidad, ni siquiera para este autor que la apunta, la razón de la tutela de la *par conditio creditorum* tiene suficiente entidad añadiéndose que «si ése queda como el único fundamento mínimamente aceptable para la suspensión del devengo, mejor hubiera sido establecer, antes que una suspensión, una limitación del cómputo a una misma tasa de interés para todos (v. gr. al interés legal), dejando lo que excediera, si acaso, sometido a la regla de la suspensión y a expensas de una eventual reactivación». Además, para él la suspensión de los intereses moratorios se ha quedado sin otro fundamento en el sistema actual porque aun cuando en la legislación derogada no, en la vigente sí tiene utilidad el mantenimiento de los intereses, incluso los moratorios pues «la continuación en la actividad del deudor y la exclusión de un objetivo liquidatorio impuesto de antemano pueden facilitar el incremento del activo del concursado y, en consecuencia, mejorar el cobro en ‘moneda de dividendos’ para la masa pasiva, llegando incluso hasta la íntegra satisfacción de sus créditos» dado que ni siquiera la insuficiencia patrimonial es presupuesto objetivo del concurso a tenor del concepto de insolvencia que se maneja en el art. 2 LC. A pesar de que recoge expresamente el hecho de que se paralizan, salvo excepciones, las acciones ejecutivas individuales y que ni el deudor ni los administradores concursales pueden atender los créditos a su propia iniciativa hasta que el concurso no se solucione, no deduce de los mismos, como aquí se hace, la plena justificación de la suspensión del devengo de intereses moratorios.

el acreedor para ejercitar la acción de cumplimiento hasta tanto el término fijado no llegue. Partiendo de ella, se encuentran diversos argumentos sobre lo injustificado de la suspensión del devengo de los intereses retributivos:

- (i). El cambio de orientación en la finalidad del concurso es clara. La LC no impone un objetivo liquidatorio; todo lo contrario, favorece, en la medida de lo posible, una solución convencional que pase por el mantenimiento de empresas objetivamente viables. Para ello: se establece un amplio presupuesto objetivo que abarca situaciones carentes de déficit patrimonial (art. 2); se articulan medidas en pro de un adelanto de la situación concursal al tiempo en que la recuperación sea, todavía, posible –v. gr. establecimiento del deber de declaración del concurso (art. 5) ligado a los efectos que su incumplimiento trae en la calificación del mismo (art. 165.1º), privilegio crediticio del acreedor instante (art. 91.7º), *etc.* –; se procura el mantenimiento de la actividad económica del concursado durante la pendencia del procedimiento –v. gr. continuidad de la actividad del deudor (art. 44), de sus facultades patrimoniales (art. 40), de los contratos y las obligaciones pendientes de cumplimiento (arts. 61 a 67), rehabilitación de contratos de financiación y otros (arts. 68 a 70), *etc.* –. Todo ello conduce en el diseño del sistema, al menos teóricamente, al aumento de la expectativa de cobro en moneda de dividendo concursal, siendo incluso planteable la hipótesis de íntegra satisfacción de los créditos contemplada como supuesto de reactivación (art. 59 LC)³¹¹. Por tanto, el cómputo de intereses remuneratorios tras la declaración de concurso tiene, ahora, una utilidad de la que carecía en la legislación derogada³¹², de modo que la regla tradicional de suspensión del devengo de intereses no puede ser trasladada simplemente, por mera inercia, a un sistema concursal que parte de presupuestos contrarios.
- (ii). Tampoco hoy la declaración de concurso tiene como efecto automático el vencimiento anticipado de las deudas a plazo (arts. 61 y 146), habiendo de figurar los créditos aun no vencidos en la lista de acreedores (art. 94.2). La declaración de concurso, pues, no merma el soporte causal del pacto de intereses que retribuya el plazo de espera pactado, sin que, por tanto, sea ésta la razón que pueda soportar ahora, como lo hacía en el sistema derogado, la suspensión del

³¹¹ No se niega que estas hipótesis quedan, en la práctica, como algo «ensoñadoras». Es cierto que la aplastante mayoría de los concursos que se tramitan van abocados y terminan en liquidación, con un grado mínimo de satisfacción de los acreedores. No es lugar éste el de analizar las razones de diseño legislativo, de coste procedimental o incluso de cultura empresarial y social que llevan a esta situación. Lo procedente aquí es partir para la interpretación de la ley de su concepción sistémica, con independencia de que las intenciones del legislador se vean más o menos frustradas en la práctica.

³¹² VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 94.

devengo de los intereses retributivos³¹³.

El contrato del que ha nacido la obligación principal aplazada se mantiene en vigor (art. 61) y, salvo que concurran alguno de los supuestos de resolución previstos en la Ley y así sea acordada (arts. 61 y 62), el acreedor mantendrá su obligación de espera en la exigibilidad del cumplimiento; en definitiva, se mantendrá el plazo³¹⁴. La solución de mantener el contrato y su plazo pero suspender el devengo de los intereses que lo retribuyen sería equivalente a mantener la vigencia de un contrato de arrendamiento privando al arrendador del derecho a las rentas arrendaticias post-concursales. Cuestión distinta, e intrínsecamente relacionada, será la de determinar la condición de los intereses retributivos postconcursoales como créditos concursales –y, en tal caso, cuál sea su rango– o créditos contra la masa³¹⁵.

- (iii). Aunque la Exposición de Motivos de la LC no fundamenta la suspensión del devengo de intereses, sí lo hace lo propio en cuanto a la subordinación del crédito por intereses basándola en el carácter accesorio de éstos³¹⁶. La accesoriedad de la obligación de intereses puede contemplarse como equivalente de obligación secundaria o accidental –vs. esencial o principal– o bien de obligación dependiente –vs. independiente o autónoma–. En este último sentido, la accesoriedad de una obligación respecto de otra significa que aquella depende de ésta y sigue su suerte en su nacimiento y, si acaso, desenvolvimiento y extinción.

³¹³ Se defendió que la legislación derogada venía a «reconocer» más que a «disponer» la interrupción del devengo de los intereses retributivos que era, en realidad, consecuencia necesaria del vencimiento anticipado y automático del plazo y la desaparición de la causa que soportaba el pacto de intereses. En contra, VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., p. 94 defiende que, en la actualidad, la suspensión del devengo de intereses perjudica también a los remuneratorios «lo que supone una importante e inquietante novedad respecto de la disciplina anterior» que considera que sólo afectaba a los moratorios.

³¹⁴ Plazo que sólo se perderá si, en caso de convenio, el aprobado prevé su novación o, en liquidación, por el efecto del vencimiento anticipado ligado a su apertura (art. 146). MORAN BOVIO, D., «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, pp. 3006-3007 entiende que como los contratos se mantienen en vigor los intereses retributivos siguen devengándose, pero su satisfacción es *condicional*, sometida a que concurra alguno de los supuestos de reactivación del artículo 59 LC.

³¹⁵ Cabría plantearse, al hilo de este planteamiento, si en un escenario de concurso este mantenimiento de los plazos conviene o no al interés del concurso. La respuesta dependerá de la situación patrimonial y los visos convenidos o liquidatorios que presente el concurso. Si el concurso va abocado a la liquidación no cabe duda alguna que, ante el propugnado mantenimiento de los intereses retributivos, conviene al concurso –y debería la administración concursal– solicitar la declaración de su resolución (vencimiento anticipado) para que los intereses dejaran de devengarse en contra del concurso; por el contrario, si es el convenio la suerte que haya de seguirse, el planteamiento es distinto, pues podría convenir el mantenimiento de los plazos pactados pues los créditos aplazados sólo deberán satisfacerse cuando venzan, salvo que expresamente se pactara lo contrario. *Vid. infra* cap.3º.IV.4, p. 348.

³¹⁶ EM V.3 LC: *Las excepciones negativas son las de los créditos subordinados, una nueva categoría que introduce la Ley para clasificar aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de (...) su carácter accesorio (intereses).*

Vista así, la dependencia no justificaría un trato desigual de la deuda de intereses en relación con la derivada de la obligación principal sino, precisamente, todo lo contrario; la accesoriedad/dependencia no serviría, pues, para justificar la subordinación. Cuando la EM se refiere a la accesoriedad quiere hacerlo a la secundariedad, accidentalidad, menor importancia o menor merecimiento de tutela del crédito por intereses; y en esta línea, los intereses retributivos no son secundarios, menos importantes o desmerecedores de una tutela equivalente a la que se otorgue a su principal: son la causa del pacto de espera que, en los contratos de financiación, especialmente en los celebrados con financiadores profesionales, se alzan en causa no ya sólo del plazo, sino del propio contrato³¹⁷.

- (iv). Ciertamente, la suspensión del devengo de intereses remuneratorios traería como consecuencia la evidente *congelación* o *insensibilización* de la masa pasiva y dotaría al procedimiento de una mayor simplificación en las operaciones de cuantificación del pasivo, ya de sí complicadas y, además, trascendentales para la propia organización del procedimiento, sea cual sea la solución que se adopte en el mismo³¹⁸. En contrapunto, mantener el devengo de intereses remuneratorios supondría una evidente complicación en la valoración de los créditos fructíferos que, además, no se producirían de forma uniforme, sino en función, según el caso, del tipo convencional pactado, el momento del vencimiento, la fórmula pactada para su liquidación y pago en función de los distintos sistemas de amortización, *etc.*

Sin embargo, esta mera complicación práctica o técnica no tiene relevancia suficiente en Derecho para justificar una solución expropiatoria de legítimos derechos de los acreedores. La facilitación técnico-práctica de la cuantificación del pasivo, ya usada como argumento en tiempos de la quiebra, no se alzaba entonces como causa justificativa, sino como consecuencia lógica y evidente de la suspensión del devengo de intereses, sin que, por tanto, fuera la base del régimen previsto en la legislación anterior. Ahora se insiste en ello, entendiendo

³¹⁷ En cuanto a la principalidad e independencia de la obligación de intereses en el préstamo y la función que en ese contrato tiene el pacto de interés *vid. supra* primera, III.2. B), p. 65 y C), p. 69.

³¹⁸ El importe por el que los distintos créditos vayan a ser reconocidos y graduados va a fijar su «cuota de responsabilidad» en el procedimiento y en función de la misma quedarán fijados sus derechos de participación y cobro en el mismo porque servirá para cuantificar los respectivos derechos de voto y adhesión al convenio, su satisfacción a resultas del contenido del mismo o, en su caso, la correspondiente cuota de liquidación. Así lo pone de manifiesto BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 238. Además, como señala VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses, ob. cit.*, p. 97-98, la cuantificación del pasivo también servirá para efectuar los cálculos que la Ley impone para proponer convenios, adherirse a ellos, constituir juntas de acreedores, adoptar en ella soluciones convenidas a las que se podrían añadir tantas otras como las necesarias para oponerse en ciertos casos a la aprobación del convenio, la tramitación de propuestas anticipadas, *etc.*

que no es éste el argumento que ha llevado a decretar la suspensión³¹⁹. En realidad, la LC tampoco decreta la insensibilización de la masa ante un eventual incremento de deudas, como lo evidencian las diversas circunstancias y situaciones toleradas por la Ley en las que la masa pasiva sigue incrementándose tras la declaración de concurso: las deudas de la masa, que no sólo siguen devengándose sino que tienen carácter prededucible³²⁰; los intereses [retributivos y moratorios] de los créditos con garantía real, que siguen devengándose y extendiéndose a ellos el privilegio especial³²¹; otras deudas previstas antes de la declaración aunque no hayan nacido aún como tales (*v. gr.* obligaciones condicionales, créditos litigiosos), *etc.* Por todo ello, la «congelación» no explica la suspensión del devengo de intereses retributivos, no siendo su causa ni consecuencia; consecuencia que sólo se justifica en relación con los intereses moratorios³²².

- (v). La *par conditio creditorum* tampoco justifica la medida de la suspensión del devengo de los intereses remuneratorios; antes al contrario, la impide y desacredita. Contemplando el sistema concursal en su integridad, con tal medida se estaría obligando a ciertos acreedores concursales a respetar el plazo pactado, negándoles el derecho a la recíproca retribución. Se estaría, pues, manteniendo una obligación devenida sin causa y haciendo que, con el sacrificio de unos pocos –los titulares de créditos fructíferos– se beneficien los demás, transformando un pretendido «enriquecimiento injusto del acreedor a plazo» en un «enriquecimiento injusto de la masa pasiva». El escollo que pudiera suponer un hipotético abuso en la fijación de altos tipos de interés, es decir, «la irritante desigualdad entre los acreedores del deudor [concurtido] con interés normal y

³¹⁹ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 100, una vez ha analizado la improcedencia de todas las justificaciones apuntadas por la doctrina para la suspensión del devengo de intereses –todos para él– afirma que «no parece que tal simplificación pueda erigirse en la piedra angular de una regulación por encima y en detrimento, de un modo desigual, además, de derechos individuales de algunos acreedores adquiridos en virtud de estipulaciones libremente negociadas en ejercicio de su actividad habitual en el mercado y sin tener en consideración eventuales incumplimientos del deudor; no hay motivos para discriminar de este modo a los que pactaron prestaciones a plazo de los que ya la tenían exigible antes del concurso». Para clarificar lo que aquí queremos expresar, permítase la hipérbole: puestos a ser prácticos y facilitar la gestión y solución del concurso, si no han de importar los legítimos derechos de los acreedores, ni la justificación o proporcionalidad de las medidas a adoptar, tratándose sólo de que los que cobren, cobren lo más posible y de forma sencilla, sería más directo, *v. gr.*, que a la declaración de concurso se ligara automáticamente la extinción por condonación de todos los créditos contraídos a partir de una determinada fecha, o los contraídos por solteros, o por mayores de 45 años de edad, o por menores de 30

³²⁰ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 97, nota 98 y BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 238.

³²¹ Artículos 59, 92.3º, 90.1.1º y 155.2 LC y SSAP Zaragoza (5º), núm. 666/2008, de 4 de diciembre (JUR 2009\144439) y Tarragona (1ª), núm. 262/2008, de 20 junio (JUR 2008\355025).

³²² VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 97 nota 98.

los intereses elevados en aquellas obligaciones contraídas en momentos de dificultad próximos al [concurso]» –razón decisiva apuntada por los precursores de la tesis de la equidad³²³–, puede superarse, en la actualidad, por otras vías, concursales –acciones de reintegración *ex arts. 71 y ss LC*– o extraconcursoales –*cfr. usura, acciones rescisorias ordinarias, etc.*–³²⁴. Por todo ello, no resulta justificado, ni justo, igualar a todos los acreedores por la vía de eliminar los intereses remuneratorios porque tal trato «*idéntico*» no haría sino, precisamente, acentuar las desigualdades entre ellos, privando a los titulares de créditos por intereses retributivos de un componente sin cuya previsión, en la mayoría de los casos, no hubieran accedido a conceder crédito al deudor [devenido] concursado³²⁵.

En conclusión, en el sistema instaurado por la LC, la suspensión del devengo de intereses remuneratorios carece en absoluto de justificación y, de mantenerse la interpretación hasta ahora casi unánimemente defendida, se seguirá produciendo una expropiación intolerable de los legítimos derechos de los acreedores a plazo.

V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL EFECTO DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES

1. LOS INTERESES Y LAS FIGURAS AFINES O ASIMILADAS

En la tarea de delimitar qué intereses quedan afectados por el efecto de la suspensión del devengo de intereses decretada por el artículo 59 LC, la primera precisión que se impone es la de afirmar que habrá de tratarse, indudablemente, de verdaderos y propios intereses y no de cualquier otra prestación fraccionada o periódica (rentas, cánones, plazos de amortización, dividendos, *etc.*) ni de ninguna otra figura que, aun próxima a ellos, sea de distinta naturaleza. Y, a la inversa, habrán de considerarse aquellas otras

³²³ RUBIO GARCÍA-MINA, J., «La declaración de quiebra y los créditos pendientes», *est. cit.*

³²⁴ MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», *est. cit.*, pp. 356-357 señala las diferencias que, frente a un interés abusivo, presenta en el ámbito concursal el ejercicio de la acción de reintegración frente a la alternativa posible de la acción de nulidad de la Ley Azcárate.

³²⁵ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses, ob. cit.*, p. 99 para llegar a esta conclusión pone de relieve cómo «el interés remuneratorio no repara ningún perjuicio injustamente ocasionado, sino que compensa los rendimientos que cada acreedor sería capaz de obtener de disponer de la suma dineraria desde el primer momento. Representan, en la mayoría de los casos la retribución por su actividad habitual, una retribución que, normalmente, se calcula y aplica no tanto en atención a la situación individual en que pueda encontrarse un deudor, sino pensando en un conjunto de consideraciones estándar entre las que también se incluyen como elementos determinantes la competencia en el mercado, la coyuntura económica general, la propia situación del acreedor, *etc.*». Al respecto *vid. supra* primera, III.1.E), pp. 47 y ss.

figuras que, pese a recibir otras denominaciones, compartan la naturaleza propia de los intereses retributivos –v. gr. descuento por pronto pago, descuento bancario– o moratorios –v. gr. cláusula penal–; según el caso, habrán de excluirse o incluirse las correspondientes prestaciones en el ámbito de aplicación de la norma³²⁶.

La adecuada delimitación, a los fines pretendidos, impone la necesidad de su análisis a través del prisma de dos criterios: *temporal*, en función de la fecha de devengo; y *material*, que discrimine según su naturaleza y función.

2. CRITERIO TEMPORAL PARA LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA SUSPENSIÓN

La prestación de intereses va indisolublemente unida al paso del tiempo, por lo que habrá de discernirse primeramente, según la fecha de su devengo, sobre qué intereses despliega el auto de declaración de concurso el efecto de suspensión. La respuesta no presenta, *a priori*, dificultad y del tenor literal del art. 59 LC no cabe duda que son los intereses a devengar *después* de la declaración de concurso los incluidos en su ámbito de aplicación³²⁷. Los intereses devengados *antes* de la declaración de concurso son créditos concursales cuya cuantía debe constar en la lista de acreedores, junto a la del principal del crédito, conforme establece expresamente el artículo 94.2 LC, y ello con independencia del rango crediticio que les corresponda (*vid. infra* cap. III, pp. 293 y ss).

Sin embargo, dado que la lista de acreedores ha de confeccionarse con referencia a la *fecha de la solicitud* del concurso (art. 94.2 LC) y la suspensión del devengo se conecta con la *fecha de* su declaración (art. 59 LC), surge el problema de determinar el tratamiento concursal de los intereses a devengar entre la fecha de la solicitud –a la que va referida la lista de acreedores– y la de declaración del concurso –a la que va referida la suspensión del devengo–, lapso de tiempo que, según los casos y circunstancias, puede resultar considerable³²⁸. La cuestión es si dichos intereses han de ser o no reconocidos como créditos concursales y, de serlo, qué calificación han de recibir.

³²⁶ Para la delimitación de las distintas clases de intereses con otras figuras afines *vid. supra* primera VII, pp. 105 y ss.

³²⁷ Téngase presente que en los intereses moratorios el devengo coincide siempre con su vencimiento o exigibilidad pudiendo sólo ser *ad tempus* y por días; son los retributivos los únicos que pueden ser prepagables o postpagables. Para los distintos conceptos de devengo, liquidación y vencimiento de intereses *vid. supra* primera III.2.G), p.80.

³²⁸ Piénsese en la distinta tramitación de la solicitud de concurso voluntario y necesario, con eventual incidente de oposición, en la existencia de trámites de subsanación (art. 13.2) o de requerimientos de documentación complementaria (art. 14.2), o que la carga judicial impida el cumplimiento de los plazos de tramitación y resolución legalmente previstos.

Una interpretación netamente literal del artículo 94.2 LC llevaría a sostener la imposible inclusión en la lista de acreedores de ningún importe por intereses devengados tras la solicitud de la declaración de concurso, puesto que a esta precisa fecha han de cuantificar los administradores concursales el montante de la masa pasiva. Ello llevaría, *de facto*, a adelantar el momento de la suspensión del devengo de intereses a la fecha de la solicitud de concurso, en contra del tenor literal del artículo 59 LC y, consecuentemente, a negar reconocimiento como créditos concursales a los intereses que se devengarán entre la fecha de solicitud y la fecha de declaración. Sin embargo, la LC ha regulado expresamente los distintos efectos de la declaración de concurso, refiriéndolos abiertamente a la fecha de la declaración y no a la de la solicitud (rúbrica del Título III, arts. 44, 49, 51, 51*bis*, 52, 53, 55, 58, 59*bis* etc.). Que el precepto refiera la confección de la lista de acreedores al momento de la solicitud puede ser explicado por razones de tipo técnico o práctico, en la medida que permite conciliar las cifras que arroje el informe de la administración concursal con las que hubo de presentar el deudor con su solicitud o a requerimiento del Juez en caso de concurso necesario; pero, en absoluto, puede interpretarse en un sentido que lleve a extender el efecto de la suspensión del devengo de intereses a aquéllos que se hayan de devengar antes del momento al que indubitadamente conecta su regla el artículo 59, fijándolo al tiempo de la declaración de concurso³²⁹.

En este entendimiento, los intereses devengados en ese ínterin deben seguir la misma suerte calificatoria que se propondrá para los devengados con anterioridad a la solicitud, en función de su naturaleza y del crédito del que provengan (*vid. infra* cap. III, pp. 293 y ss)³³⁰.

³²⁹ A esta conclusión, con argumentos constitucionales, llega el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vizcaya en sentencias, entre otras, de 14 de febrero y 18 de septiembre de 2006: «Una lectura semejante de la norma supone la expropiación al acreedor de una parte de su crédito, puesto que no sólo vendría suspendido *ex lege* el devengo posterior a la declaración de concurso, sino que se vería privado de los que correspondiesen entre solicitud y declaración. Sobre la expropiación tiene señalado la Constitución en su art. 33.3 que 'nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes (...)'. La Ley Concursal no puede ser interpretada de forma que se constate un resultado contrario a los preceptos y principios constitucionales (...). Para proceder a una lectura del art. 94.1 LC acorde con la Constitución, que evite la expropiación de los intereses que no se suspenden hasta la fecha de declaración de concurso, debe admitirse que se ha producido su devengo hasta aquel. Aunque la Ley ordene cuantificar sólo hasta la presentación de la solicitud de concurso, la suspensión del devengo sólo se produce a partir de la declaración. Entre una y otra se devenga interés, de manera que podrá discutirse su calificación, pero en ningún caso quedar excluido, como ha sucedido con la lista elaborada por la administración concursal». SJMER nº 1 Vizcaya núm. 343/2006, de 18 septiembre (JUR\2007\368575).

³³⁰ No obstante llegar a conclusiones distintas al calificarlos como ordinarios en todo caso por la calificación residual del artículo 89.3 LC, conviene traer a colación los argumentos utilizados por la Sentencia número 72/2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vizcaya, de 6 de febrero (AC\2006\178). Sobre la base de «no ser razonable que la norma legal establezca que unos intereses que se producen por pacto o disposición legal sencillamente desaparezcan» opta por su pleno reconocimiento

3. CRITERIO MATERIAL PARA LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA SUSPENSIÓN: LA INCLUSIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS Y LA EXCLUSIÓN DE LOS RETRIBUTIVOS. LA INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Conforme el análisis efectuado en los anteriores epígrafes II y III, ya bajo el régimen concursal pre-vigente, los artículos 884 CCom y 1916 Cc determinaban la interrupción del devengo de intereses moratorios, sobre el fundamento de la concursabilidad del procedimiento y del consiguiente veto a las ejecuciones individuales y al pago voluntario, limitándose a constatar el cese de los intereses retributivos como consecuencia natural del vencimiento anticipado de todas las deudas pendientes ligado a la declaración concursal. Tanto en la legislación derogada, como en los distintos antecedentes prelegislativos, la suspensión del devengo de intereses se hallaba íntimamente conectada con la concepción de un procedimiento concursal de carácter eminentemente liquidatorio, de ahí que en el único anteproyecto proponente de un procedimiento con finalidad conservativa (Anteproyecto de 1983) la suspensión del devengo de intereses se articulara como un expediente sólo «a los efectos de cuantificar el pasivo». Igualmente, en los ordenamientos jurídicos comparados que comparten este efecto suspensivo del devengo de intereses, el mismo se incardina normalmente en procedimientos que tienden a la liquidación del patrimonio del deudor.

La LC viene a quedarse a medio camino entre la finalidad conservativa y la liquidadora del concurso, instaurando un sistema en el que, por servir a una u otra finalidad, los efectos de la declaración de concurso se establecen de forma flexible, permitiendo su adaptación, según criterio y decisión judicial, a las miras liquidatorias o conservativas que se vayan presentando. En este sistema no encaja y carece de justificación la suspensión indiscriminada del devengo de los intereses retributivos, llegándose a una suerte de expropiación (art. 33.3 CE) de legítimos derechos de los

y por la calificación menos gravosa para el titular de dicho crédito: *la solución más razonable es considerar que los intereses devengados entre la fecha de solicitud del concurso, en la que tiene que incluirse el crédito por la administración concursal, y la declaración del mismo, que produce la suspensión del devengo, merece la calificación de crédito ordinario, en aplicación del art. 89.3 LC. De esta forma ni se vulnera la previsión del art. 94.1, pues el crédito principal será incluido a la fecha de la solicitud, ni se expropia al acreedor de intereses que se han devengado y que no se suspenden hasta la declaración del concurso*». Si bien no resulta admisible la conclusión general de que los intereses [todos] devengados antes de la solicitud sean créditos subordinados, los devengados entre la solicitud y la declaración ordinarios y los que hubieran de devengarse tras la declaración resulten suspendidos, pues todo ello depende del tipo del interés del que se trate, sus argumentos entroncan con lo que aquí se mantiene respecto de la injustificación e improcedencia de la suspensión del devengo de intereses retributivos. Por su parte, en la SJMER 1 Vizcaya de 18 de septiembre de 2006 transcrita en parte con anterioridad, el mismo juzgador concluye la calificación de los intereses devengados entre la solicitud y la declaración como créditos subordinados, pero por ser ésta la calificación pretendida por el impugnante de la lista de acreedores, único a quien la misma perjudica y, por tanto, operar frente a él el límite del principio de rogación que rige en el procedimiento civil.

acreedores a plazo.

El artículo 59 LC puede considerarse como una mera traslación irreflexiva al régimen legal vigente de ese principio clásico de la legislación derogada –mantenido en los distintos anteproyectos de los sucesivos frustrados intentos de reforma–. Su interpretación histórica, comparada, sistemática, finalista e, incluso, en concordancia constitucional, llevan a entender y defender que los intereses cuyo devengo ha de suspenderse como consecuencia de la declaración de concurso son únicamente los moratorios. Resta por analizar si tales criterios interpretativos son incompatibles o no con el meramente gramatical o literal del precepto que es el exclusivo sustento de la interpretación contraria, en la actualidad unánime.

A) LA DICOTOMÍA ENTRE INTERESES «LEGALES» Y «CONVENCIONALES»

El artículo 59 LC establece literalmente que, desde la declaración de concurso, quedará suspendido el devengo de «los intereses, legales o convencionales,». En cambio, el artículo 92.3º LC, en orden a la subordinación crediticia, se refiere a «*intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios*». A la luz de la distinta rotundidad con la que se expresan ambos preceptos podría interpretarse que, mientras que la subordinación pretendería referirse a todo tipo de intereses, sea cual fuere su naturaleza u origen, en cambio, la suspensión de su devengo iría referida sólo a una clase de éstos. Pero, por negarse la mayor (*vid. supra* cap.2º.V.4, p. 283) y porque quedarse ahí parece insuficiente, es necesario profundizar en la dicotomía utilizada por el artículo 59 LC.

La clasificación entre intereses legales o convencionales puede ser contemplada desde dos puntos de vista: (i) en cuanto a su origen, son intereses legales aquellos que derivan de una obligación impuesta por la Ley y convencionales, los que lo hacen de una obligación establecida por pacto; (ii) por su cuantificación, se habla de intereses legales cuando el tipo para su cálculo viene fijado por Ley y convencionales, cuando viene determinado por el pacto. Pues bien, los intereses retributivos no pueden ser legales, en cuanto a su origen (los arts. 1755 Cc y 314 CCom exigen el pacto contractual), ni mucho menos en cuanto a su cuantificación³³¹; no existen, pues,

³³¹ La única disposición que contiene a una «cuantificación legal» de los intereses retributivos es el art. 21.2 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo en la que, como penalización por la omisión de la cláusula obligatoria que contenga la mención a la tasa anual equivalente exigida por la letra g del apartado 2 del artículo 16, se establece que, en tal caso, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos. No es, en puridad, un tipo retributivo legal, sino la sanción prevista contra el prestamista para el caso de omitir la expresión de la TAE y que le conduce a ver reducido [normalmente] el interés retributivo al tipo de interés legal. *Vid. supra* primera, III.2.A), p. 65.

«intereses retributivos legales». En contrapunto, los intereses moratorios pueden ser tanto legales (sea en su origen o en su cuantificación) como convencionales (sólo en su cuantificación). De ahí que no quepa identificar intereses legales con moratorios e intereses convencionales con retributivos, pues los moratorios pueden ser de ambas clases. Por ello, no se ha de interpretar la dualidad expresada por el precepto —«legales o convencionales»— como equivalente a «moratorios o retributivos»³³². La dicotomía de intereses utilizada en el artículo 59 LC —«legales o convencionales»— sólo puede predicarse de los intereses moratorios y, por tanto, el precepto podría entenderse referido sólo a ellos³³³.

Sin embargo, VÁZQUEZ CUETO no encuentra argumento para excluir los intereses remuneratorios de la regla de suspensión del devengo. Al no distinguir la Ley literalmente entre moratorios y retributivos, no encuentra razón a una interpretación restrictiva y, de haberla, no encontraría «asidero gramatical para ceñirla a una categoría en vez de a la otra»³³⁴. Pero el argumento sería el contrario. Tratándose de una norma restrictiva de derechos (es, evidentemente, una privación de legítimos derechos de los acreedores que, incluso, este autor enfatiza en términos de «expropiación»), a falta de *expressis verbis*, las que se hacen necesarias son las razones para una interpretación extensiva a los retributivos; y el asidero gramatical se encuentra en la inexistencia de intereses remuneratorios *legales*.

Añade el citado autor que reducir la aplicación de la suspensión del devengo de intereses al campo de los intereses moratorios dejaría en el «limbo jurídico» el tratamiento concursal de los remuneratorios devengados tras la declaración de concurso, ya que éstos no estarían comprendidos en la medida suspensiva, ni entrarían en la categoría de los créditos subordinados (art. 92.3º) que, en su opinión, estaría reservada para los intereses preconcursales, con la única excepción de los postconcursales laborales, *ex art. 59.1 in fine*. Sin embargo, el problema surge al pretender buscar la coordinación entre la regla de la suspensión (art. 59) y de la subordinación (art. 92) en el elemento exclusivamente temporal. Sin embargo, en una interpretación literal y

³³² En contra, MORAN BOVIO, D., «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, p. 3002 para quien la alternativa del precepto «sugiere que la obligación principal está vencida (intereses legales por defecto, *ex art. 1.108 Cc*, o convencionales), o que se encuentra en el periodo de aplazamiento ordinario (intereses convencionales, pues para ese tramo sólo por acuerdo expreso sirven los legales, con lo que pierden tal atributo, *vid.*, *v. gr.*, art. 314 CCom)».

³³³ Parangón con lo que queremos expresar tendría la interpretación de la frase «toda corriente, alterna o continua» en la que «toda corriente» sólo puede interpretarse como *toda corriente eléctrica*, única que admite ambas clases y nunca a la corriente, *v. gr.* de aire o literaria, sobre las que esos adjetivos carecen de sentido. El calificativo *eléctrica* estaría tan sobreentendido aquí como lo está el calificativo *moratorio* en el artículo 59 LC. No se trata, obviamente, de que el argumento de la interpretación literal sea el definitivo, sino que ésta no empece a los demás, más contundentes.

³³⁴ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 57.

sistemática de la LC, los intereses retributivos postconcursoales no quedan en limbo jurídico alguno, sino que, en la medida que permanezcan en vigor los contratos de financiación de los que derivan, son créditos contra la masa *ex art. 84.2.6º LC (vid infra cap. 3º.IV, pp. 344 y ss)*. Y es que la premisa de la argumentación contraria –los únicos intereses que se subordinan son los precursoales– es errónea, haciéndose supuesto de la cuestión: no es que los intereses precursoales sean los que se subordinan sino que ha de determinarse, en la coordinación de ambas reglas –suspensión / subordinación–, cuáles son los intereses que se suspenden y cuáles los que se subordinan, lo cual ha de resolverse, no exclusivamente en virtud del elemento temporal, sino atendiendo, también, a las distintas clases de intereses según los elementos basales del sistema concursal –no exclusivamente liquidativo– por el que se decantó la LC.

A pesar de todo, valora negativamente su conclusión, al considerar la extensión de la suspensión a los intereses remuneratorios una medida excesivamente radical e injusta, que lleva a consecuencias peores que el vencimiento anticipado previsto en la legislación anterior, pues ahora se obliga a respetar el plazo sin recompensar la productividad del capital con el transcurso del tiempo³³⁵. El hecho de compartir plenamente sus valoraciones –que no sus argumentos y conclusiones– y las consecuencias previsibles de una reacción negativa de las entidades financieras –afectante al desarrollo del tráfico económico, mediante el endurecimiento de las condiciones del crédito y la ralentización del curso de la economía y de la ayuda a deudores con dificultades financieras temporales– es, precisamente, lo que alienta la pretensión de esta memoria de desplegar argumentos en defensa de la tesis contraria.

B) LA EXCEPCIÓN DE LOS CRÉDITOS SALARIALES, SÓLO MORATORIOS.

Los créditos salariales que resulten reconocidos quedan exceptuados de la regla general de la suspensión (art. 59.1 LC) y continuarán devengando intereses, no obstante quedar reducidos al tipo del interés legal del dinero³³⁶. Los únicos intereses que pueden devengar los créditos salariales son intereses moratorios y en ningún caso retributivos, ya que, de plantearse una hipótesis de intereses retributivos a favor de trabajadores, el crédito principal del que derivaría no sería nunca un crédito laboral o salarial, sino de tipo distinto³³⁷. Abundando en la interpretación literal y gramatical, como compatible

³³⁵ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, pp. 57-58.

³³⁶ Esta excepción se incorporó a través de una enmienda que la justificaba en razones que tenían que ver con el mantenimiento de cierto poder adquisitivo siquiera con el sacrificio de renunciar al tipo de interés moratorio especial contenido en la legislación laboral (10% *ex art. 29.3 ET*). *Vid. supra cap. 1º.III.3, p. 149.*

³³⁷ En contra, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 59», *est. cit.*, pp. 1112-1113 opina que los intereses de los créditos salariales que se continúan devengando no tienen naturaleza indemnizatoria sino

con otras más contundentes, esta consideración sirve para defender que, si la excepción consiste sólo en el devengo de específicos intereses moratorios, la regla general excepcionada puede venir referida, también, sólo a ellos³³⁸.

**C) LA EXCEPCIÓN DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL QUE SERÁN EXIGIBLES
«HASTA DONDE ALCANCE LA RESPECTIVA GARANTÍA»**

De la regla general quedan también exceptuados los créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. A los efectos de la exégesis del artículo 59 LC conviene analizar cuál sea el alcance de la garantía hipotecaria o pignoratícia respecto de los intereses que pueda devengar la obligación principal garantizada, pues de admitir que los intereses moratorios no quedan, en ningún caso, cubiertos por la garantía real, podría concluirse, en sentido contrario a la línea argumental anterior, que, en la medida que la excepción sólo se refiera a intereses retributivos, la regla general también se refiere a ellos.

El especial estatuto jurídico del que gozan en el procedimiento concursal los acreedores hipotecarios y pignoratícios, que se extiende más allá de la mera continuación del devengo de intereses (*v. gr.* ejecución separada, ‘derecho de abstención’, privilegio crediticio, *etc.*), no se explica por la naturaleza del crédito, sino por su aseguramiento con una garantía real válidamente constituida; por tanto, siendo la existencia de la garantía real la que justifica ese trato privilegiado, cualquier prerrogativa ha de tener como límite el alcance que aquélla tenga, y así es expresamente proclamado por los artículos 59 y 92.3º LC.

Esta excepción, transpuesta casi literalmente de la legislación derogada y mantenida incólume en la tramitación parlamentaria de la LC, ya fue entonces objeto de un antiguo debate doctrinal, que se mantiene en la actualidad. El problema estriba en determinar cuál es el «alcance de la respectiva garantía» que opera como límite a la excepción. Reservando el análisis completo de la cuestión al oportuno lugar (*vid. infra* VI.1, pp. 178 y ss), se deja adelantado que en el régimen legal de la cobertura hipotecaria o pignoratícia de los intereses devengados por la obligación garantizada, mientras que los

retributiva: «Como se puede ver, no es que no sigan la regla general de la suspensión del devengo de intereses, sino que el hecho de que devenguen el interés legal se impone para mantener el poder adquisitivo de los créditos salariales. Estamos entonces ante una especie de remuneración que los trabajadores pueden exigir por privárseles de la suma de dinero que se les adeuda en concepto de salarios, de manera que dicha remuneración debe ajustarse a la cuantía de la suma adeudada y a la duración de la deuda. No tiene, por tanto, naturaleza indemnizatoria, sino que tiene su razón de ser en el aplazamiento que pueda producirse en el pago de dichos salarios».

³³⁸ En realidad es para descartar el argumento contrario; la tesis se caería si la excepción se refiriera a intereses retributivos que, de ser excluidos en la regla especial, estarían incluidos en la general.

intereses retributivos correspondientes a los dos últimos años y los de la anualidad corriente quedan incluidos en la cobertura, salvo pacto, para que los intereses moratorios resulten cubiertos por la misma es necesario el pacto expreso en el título constitutivo, cuyo defecto impedirá que, encontrándose el deudor en situación concursal, el producto de la realización del bien se destine al pago de tales intereses moratorios. Además, no cabe pactar una extensión de la hipoteca a la deuda por intereses más allá de los correspondientes a los últimos cinco años.

Concluyéndose, pues, que, según los casos y circunstancias, la garantía real puede cubrir tanto intereses moratorios como retributivos, la continuación del devengo de los intereses amparados con garantía real no impide la interpretación que se defiende, según la cual la regla general de la suspensión se establece sólo respecto de los intereses moratorios.

D) LA REACTIVACIÓN DEL DEVENGO EN CASO DE CONVENIO AL «TIPO LEGAL O AL CONVENCIONAL SI FUERE MENOR»

Se permite la reactivación de los intereses cuyo devengo hubiere quedado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuere menor, cuando el concurso se solucione con un convenio que no implique quita y se acuerde tal cobro total o parcial (art. 59.2 LC). La *premisa* es solucionar el concurso con un convenio que acoja la satisfacción íntegra de los créditos concursales; el pacto expreso de reactivar total o parcial, la *condición*; y la reactivación al menor tipo entre el legal o el convencional, el *límite*. Premisa, condición y límite facilitan argumentos para sostener que la suspensión del devengo de intereses se refiere sólo a los moratorios, puesto que la reactivación bajo tal presupuesto, condición y límite sólo puede referirse a intereses moratorios que se hubiesen devengado entre la declaración de concurso y la aprobación del convenio.

(i) La *premisa* de convenio carente de quita se justifica, por la doctrina, por ser de todo punto coherente que el pago de los intereses sólo pueda acordarse en el supuesto de íntegra satisfacción del principal («la quita debería empezar por los intereses»). Se vuelve así al argumento de encontrarse justificada la suspensión por un mayor valor o consideración de la deuda por principal, cuyo cobro ha de procurarse aun a costa del sacrificio de la deuda de intereses, absolutamente secundaria³³⁹. Ahora bien, tal

³³⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 1116; GARCÍA-CHAMÓN, E., *Efectos del concurso sobre los créditos*, *ob. cit.*, p. 20. Además, nótese que está estableciendo la regla contraria a la del artículo 1173 Cc que ciñe su ámbito de aplicación a los intereses retributivos, lo que refuerza el argumento.

secundariedad es atribuible a los intereses moratorios pero, en absoluto, a los retributivos, por lo que sólo respecto de aquéllos sería defendible la justificación. Efectivamente, parece razonable que los intereses moratorios se reactiven si la previsión de la solución convenida es la satisfacción de los créditos concursales [y los de la masa] en su integridad, incluidos en ellos, también, los intereses retributivos devengados con posterioridad a la declaración de concurso, por seguir devengándose [aún en el negado supuesto de degradarse por la subordinación]. Lo injusto y contrario a la *par conditio creditorum* es permitir el cobro de intereses moratorios, previa eliminación de los remuneratorios de obligaciones a término cuyo plazo, no obstante, se mantiene en vigor³⁴⁰.

(ii) La *condición* de pacto expreso de reactivación, total o parcial, dota de otro argumento en defensa a la hipótesis aquí sostenida. Con carácter previo se ha de puntualizar que el precepto se refiere, exclusivamente, a *contenido posible* del convenio, excepcionando la prohibición general de que su contenido suponga modificar la cuantía o clasificación de los créditos en los términos reconocidos (art. 100.3 LC): si los intereses quedaron suspendidos, consecuentemente, no fueron cuantificados, reconocidos, ni clasificados en la fase común. De ahí que el art. 59 LC, cuando establece que «podrá pactarse» la reactivación, está autorizando indirectamente la modificación de la cifra de la masa pasiva resultante de los textos definitivos. No se refiere el precepto a los intereses a devengar en el futuro, tras la aprobación del convenio, respecto de los cuales, sean moratorios o retributivos, no existe límite o condición a la libertad contractual, sino exclusivamente a los intereses del pasado, los intereses «cuyo devengo hubiese resultado suspendido» por aplicación del párrafo anterior.

Con estas puntualizaciones, teniendo en cuenta que se requiere pacto expreso de reactivación y que éste puede referirse a todos o parte de los intereses «suspendidos», parece razonable que en manos de la mayoría de los acreedores ordinarios, facultada para la adopción del convenio, esté la decisión de reactivar o no los intereses moratorios que, indudablemente, dejaron de devengarse como consecuencia del veto a las reclamaciones individuales y a la imposibilidad de pago voluntario por el deudor,

³⁴⁰ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., p. 102 compartiendo nuestra crítica pero no nuestra solución señala «puesto que la medida se anuda a la declaración de concurso, es un «efecto» del mismo orientado a la mejor satisfacción posible del conjunto de los acreedores que se inspira en el principio de la *par conditio* (recuérdese que se parte de la idea de que la eliminación de los intereses de demora perjudica a todos los acreedores por igual, puesto que para todos el quebranto económico que supone el retraso en el cumplimiento de una deuda debería ser proporcionalmente idéntico) [Una vez que cobran todos, no hay inconveniente en que se tengan en cuenta esos intereses de demora, pues ya no hay posibilidad de perjudicar al que pactó tasas muy bajas o se conforma con el interés legal. Claro que los que sí resultan perjudicados son los titulares de intereses remuneratorios (nota al pie 107)]».

impuesto por el concurso en beneficio de la masa pasiva y afectante, en potencia, a todos los acreedores «actuales» por igual. Pero concluir que la mayoría pueda imponer a algunos acreedores la renuncia a la contraprestación libremente pactada en que consisten los intereses retributivos resultaría un exceso que exigiría, de mantenerse la tesis de la suspensión también de los intereses retributivos, la entrada en juego de la necesidad de su expresa conformidad *ex* artículo 125.2 LC. Por tanto, se abunda en la conclusión de que los intereses que pueden reactivarse o no por decisión de la mayoría – y que, por ende, resultaron suspendidos– son sólo intereses moratorios.

(iii) El *límite* del pacto de reactivación, según la regla general, es el tipo de interés legal, aplicándose sólo el convencional, si éste fuera menor. Pues bien, no existiendo intereses remuneratorios legales, la reactivación a dicho tipo no puede producirse sobre intereses retributivos; luego, no son de esta clase aquellos «cuyo devengo» resultó suspendido y que, más tarde, se reactivan.

E) LA REACTIVACIÓN DEL DEVENGO EN CASO DE LIQUIDACIÓN AL «TIPO CONVENCIONAL»

El otro supuesto legal de reactivación del devengo de intereses es el de liquidación con íntegra satisfacción de la totalidad de los créditos en la que, además, resulte remanente. La premisa coincide con la del supuesto anterior –íntegra satisfacción de los créditos concursales– cabiendo, por tanto, las consideraciones efectuadas al respecto en el epígrafe anterior, cuya reproducción se omite.

En este caso, en cambio, los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido se satisfarán, según el tenor literal del precepto, *conforme al tipo convencional* (art. 59.2 *in fine*). Podría pensarse, en coherencia con lo mantenido para la reactivación en convenio y dada la exclusiva referencia al tipo convencional –que puede no existir en los intereses moratorios pero siempre existirá en los retributivos–, que los que se reactivan en esta hipótesis de liquidación y, por ende, los únicos que se suspenden, son los intereses retributivos. Sin embargo, en realidad, sólo se trata de un [nuevo] desliz legislativo. En la redacción original del proyecto llevado al Parlamento se establecía que se satisfarían los intereses «conforme a la regla anterior». Pero la redacción vigente fue dada por la aceptación de una enmienda de modificación, soportada en la justificación de no existir en tales casos «justificación para limitar el pago de los intereses al tipo legal. Ello supone sólo beneficiar al deudor que a través del concurso pagará, sin que exista razón para ello, unos intereses menores de los pactados contractualmente»³⁴¹. La técnica para

³⁴¹ Enmienda número 483, del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-15.PDF [última consulta

conseguir esa encomiable finalidad fue equivocada, pudiéndose llegar, con una interpretación literal, al absurdo de entender que, si no hay intereses convencionales no se produciría la reactivación de los intereses moratorios, al no entrar en juego el interés legal. En realidad lo pretendido era invertir la regla del inciso anterior y, para ello, habría de haberse acudido a una fórmula de tenor semejante a «se satisfarán los referidos intereses al tipo convencional o, en su defecto, al tipo de interés legal», que es como, en realidad, hay que interpretar, a la luz de la justificación del precepto, la referencia hecha en exclusiva al tipo contractual³⁴².

En conclusión, en el ámbito material de la suspensión del devengo de intereses proclamada por el artículo 59 LC hay que considerar incluidos exclusivamente los intereses moratorios, excluyendo los retributivos. A ello conduce una interpretación histórica, finalista, comparada, sistemática y constitucional del precepto a la que no se opone, sino en la que redundo, la interpretación gramatical de la norma, tanto en cuanto al tenor literal de su extensión (dicotomía entre intereses legales y convencionales), sus excepciones (créditos laborales que sólo pueden ser moratorios y los asegurados con garantía real que puede extenderse a éstos) y supuestos de reactivación (sus premisas, condiciones y límites, tanto en el caso de convenio, como en el de liquidación).

4. OTROS SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO MATERIAL DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES

La suspensión del devengo de intereses despliega su eficacia sólo en relación con créditos concursales incluidos en la masa pasiva, pues sólo éstos están sometidos a los distintos efectos que provoca la declaración de concurso; además, el sacrificio que la suspensión impone a los acreedores se establece sólo en beneficio de la masa. Consecuentemente, existen una serie de créditos sobre los que no se proyecta el efecto suspensivo del devengo de intereses, bien por no formar parte de la categoría de créditos concursales, bien por no ser la masa pasiva la beneficiaria del efecto.

A) LOS CRÉDITOS DE LA MASA

La primera puntualización que puede efectuarse es que el efecto de la suspensión del devengo de intereses se produce sólo en beneficio de la masa pasiva y sobre créditos

11/XII/13].

³⁴² ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho concursal*, ob. cit., p. 466 también interpreta la suspensión como una «medida de protección de la masa y no un beneficio injustificado para el concursado».

incluidos en ella, por lo que no se despliega, en absoluto, sobre créditos incluidos en su masa activa. En tal sentido, los créditos de que pueda ser titular el concursado frente a terceros seguirán, durante el concurso y en su caso, devengando sus correspondiente intereses que revertirán en la masa activa (art. 76)³⁴³.

B) LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Los créditos contra la masa no quedan afectados por la regla de suspensión del devengo de intereses pues no son créditos concursales. A esta conclusión conduce la propia ubicación sistemática del artículo 59 LC y la distinción entre créditos concursales y créditos contra la masa establecida en el artículo 84 LC; lo confirma, además, la norma que establece que los intereses que se devenguen tendrán la consideración de créditos subordinados (art. 59.1 *in fine*), calificación incompatible con ellos.

Aunque esta aclaración –puesta de manifiesto por la doctrina³⁴⁴– parezca una obviedad, ha habido diversos pronunciamientos judiciales al respecto, siendo especialmente polémica la cuestión referida a intereses moratorios contra la masa por deudas de la TGSS³⁴⁵, por créditos laborales³⁴⁶ y, muy especialmente, por cuotas de *leasing*³⁴⁷. En la actualidad, la cuestión se encuentra superada, al haberse añadido por la

³⁴³ JUAN Y MATEU, art. 59, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1105.

³⁴⁴ VILA FLORENSA, P., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 632; GARCÍA-CHAMÓN, E., *Efectos del concurso sobre los créditos*, *ob. cit.*, p. 10.

³⁴⁵ SAP Barcelona (15ª) núm. 242/2009 de 8 julio (AC\2009\1916), corrigiendo el criterio de SJMER nº 2 Barcelona, de 3 de diciembre de 2008, consideró que los créditos contra la masa no sufren la suspensión del devengo de intereses y han de ser satisfechos con ese mismo rango de créditos contra la masa. En el mismo sentido, SJMER Nº 1 Oviedo, de 5 de septiembre de 2007 (AC 2008\184). En contra, el criterio de la SAP León (1ª) nº 173/2011, de 27 de abril reiterado en otras posteriores.

³⁴⁶ SJMER núm. 1 Alicante, núm. 10/2008, de 18 enero (AC 2008\1), que tras declarar como créditos frente a la masa los salarios de los trabajadores de los últimos 30 días de salario previos a la declaración de concurso de acreedores y todos los devengados con posterioridad, establece que dichas cantidades «deben incrementarse en el 10% de intereses moratorios, ya que si bien el artículo 59 establece la suspensión del devengo de intereses desde la declaración del concurso como regla general, esta norma sólo se aplica a los créditos concursales, por lo que los créditos salariales en los términos temporalmente indicados no están afectados por la misma, y por ende deberán pagarse los intereses que devenguen; intereses que no se clasificarán como créditos subordinados (art. 92) sino como créditos contra la masa».

³⁴⁷ SAP Barcelona (15ª) de 19 de junio de 2009, ponente Sancho Gargallo (JUR\2009\400184), rectificando el criterio de la SJMER Nº 1 Barcelona, de 31 de julio de 2007, partiendo de la calificación del contrato de leasing como un contrato de tracto sucesivo con obligaciones sinalagmáticas pendientes de cumplimiento por ambas partes, consideró que «no todas las cuotas adeudadas, con independencia de su vencimiento, tienen la consideración de créditos concursales, sino que este tratamiento estará reservado tan sólo para las cuotas nacidas antes de la declaración de concurso, pero no para las posteriores, que pasan a tener la consideración de créditos contra la masa. Por esta razón, no resulta de aplicación el art. 59 LC a dichas cuotas posteriores a la declaración de concurso, pues este precepto afecta a los créditos concursales, en nuestro caso, a las cuotas anteriores». No obstante, este criterio fue posteriormente modificado. En contraposición a la corriente mayoritaria de considerar el leasing como un contrato sinalagmático de tracto sucesivo con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, se había posicionado la Audiencia Provincial de Alicante, en Sentencias de 21 de diciembre de 2006 y de 15 de

Ley 38/2011 al párrafo 4 del artículo 84 (antiguo art. 154.2) LC la referencia expresa a que la paralización de las acciones ejecutivas para el cobro de los créditos contra la masa «no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento», disipando así cualquier sombra de duda³⁴⁸.

C) LOS CRÉDITOS CON DERECHO DE SEPARACIÓN

Los titulares de créditos con privilegios sobre buques y aeronaves no se encuentran afectados por el principio de universalidad, pues podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica (art. 76.3 LC). Por tanto, y en la medida en que ejerciten su derecho de separación, tales acreedores se mantienen completamente al margen del procedimiento, no quedando sometidos a ningún efecto del mismo (incluida la suspensión del devengo de intereses) y pudiendo ejecutar sus privilegios y garantías sin concurrir de forma alguna con el resto de acreedores. Ahora bien, en la medida en que no ejerciten ese derecho o cuando, a pesar de ejercitado, reste algún remanente por cobrar, se verán sometidos a los efectos de la concursabilidad que deriven de la calificación correspondiente a la naturaleza de sus créditos sin que, entonces, se presente ninguna especialidad respecto de ellos, aplicándoseles, pues, el

enero de 2007, y el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona, en Sentencia de 12 de febrero de 2010 y, considerando que el arrendador financiero no concursado carece de obligaciones pendientes de cumplimiento –es un contrato de pura financiación, lejos del arrendamiento *sic*- cae de lleno en la aplicación del artículo 61.1 de la Ley Concursal, teniendo por ello los créditos devengados del impago de las cuotas de leasing, tanto anteriores como posteriores a la declaración de concurso, la calificación de créditos concursales con privilegio especial del artículo 90.1.4º. La Audiencia Provincial de Barcelona (15ª) precursora de la otra tesis, vino a modificar su criterio en la Sentencia núm. 364/2010, de 9 de noviembre (JUR 2011\54406). En el mismo sentido de considerar el leasing como contrato pendiente de cumplimiento para una sola de las partes, SAP Valencia (9ª), núm. 98/2012 de 20 marzo (JUR 2012\217806) y AP Alicante (8ª) Auto núm. 193/2011, de 8 septiembre (JUR 2012\46174). Incluso el Tribunal Supremo ha sostenido este criterio en STS núm. 44/2013, de 19 de febrero. Ahora bien, en esa misma sentencia se deja entrever las consecuencias que sobre esta cuestión tiene la reforma del artículo 61.2 LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre por la que se incluye expresamente al contrato de arrendamiento financiero entre aquellos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, lo que habrá de trascender a la cuestión aquí analizada. En este sentido ya ha cambiado su criterio algunas Audiencias Provinciales (v. gr. SAP Murcia (4ª) núm. 265/2013, de 25 de abril; SSAP Alicante (8ª), de 21 de junio y 6 de noviembre de 2012). *Vid. infra* cap.3º.IV.4, p. 350.

³⁴⁸ No obstante, por la litispendencia de muchos recursos de casación interpuestos antes de la reforma legal, fue definitivamente fijada doctrina en este sentido por la STS núm. 153/2013, de 19 de marzo seguida por numerosas resoluciones posteriores (v. gr. 237/2013 de 9 de abril, 418/2013 de 26 de junio, 507/2013 de 26 de julio, 565/2013 de 2 de octubre): «El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (De los efectos sobre los créditos en particular), del capítulo II (De los efectos sobre los créditos), del título III (De los efectos de la declaración de concurso) de la LC. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses».

régimen general.

D) CRÉDITOS CON RESPONSABILIDAD DE TERCERO

Son numerosas y variadas las hipótesis en las que un acreedor concursal puede resarcirse de su crédito *concurzal* acumuladamente con la persecución de otros patrimonios. Esta cada vez más frecuente «superperpoblación de responsabilidades»³⁴⁹ puede producirse, voluntariamente o por disposición legal, mediante la aplicación de distintas y variadas figuras que podrán corresponderse con fórmulas de responsabilidad solidaria, subsidiaria, con beneficio de excusión, *etc.* A este respecto, cabe plantearse si la suspensión del devengo de intereses afecta y es oponible, o no, a estos terceros que igualmente responden por el crédito concursal afectado.

La respuesta ha de darse atendiendo a la causa y finalidad perseguida por la regla, prescindiendo de otras consideraciones que pudieran tenerse en cuenta³⁵⁰. La suspensión sólo tiene eficacia concursal y se establece exclusivamente en beneficio de la masa, por lo que carece de sentido extenderla a terceros responsables con el deudor. Por ello, cuando exista una pluralidad de deudores –mancomunados o solidarios–, sólo se producirá la suspensión del devengo de intereses respecto del deudor declarado en concurso. Si la obligación de la que derivan está garantizada por un tercero, el acreedor podrá exigir a éste el pago de los intereses posteriores al auto de declaración de concurso³⁵¹.

Esa misma explicación es la que debe dar respuesta a la cuestión de cuál deba ser el tratamiento concursal del crédito del tercero garante del deudor en concurso que paga por él. Ha llegado a sostenerse que la ineficacia de la suspensión del devengo de intereses frente a terceros garantes podría volverse en contra de la masa si, una vez satisfecho por el tercero el importe del crédito más los intereses devengados, se viera reconocido como acreedor concursal por el importe íntegro de lo satisfecho en virtud del derecho de reembolso (arts. 1145, 1839 o 1838 Cc). Pero en tales casos, en sede

³⁴⁹ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p.137.

³⁵⁰ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 139 sosteniendo la opinión que en el texto recogemos, apunta el criterio aplicable, en ciertos casos, de la accesoriedad (art. 1826 Cc).

³⁵¹ Esta solución, que ya era la mantenida bajo el régimen de la legislación concursal derogada, es la respuesta mantenida en general por la doctrina. Con especial profundidad, y agotando los argumentos que podrían verterse en contra, trata esta cuestión VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, pp. 137-142; también JUAN Y MATEU, art. 59, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1107. En este sentido, pero en aplicación del artículo 1822 Cc se pronuncian tras la vigencia de la LC, la AP Pontevedra (1ª) Auto núm. 185/2009 de 29 octubre (JUR\2009\497044), la AP Lugo (1ª), Auto núm. 236/2009 de 26 marzo (JUR\2009\233213) y la SAP Zaragoza (4ª) núm. 72/2009, de 11 de febrero (El Derecho EDJ 2009/49661).

concurzal, volvería a tener plena virtualidad el artículo 59 LC y se impondría detraer de lo satisfecho por el tercero el importe correspondiente a los intereses [moratorios] postconcursoales³⁵².

VI. LAS EXCEPCIONES A LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES

El artículo 59 LC establece dos supuestos en los que, pese a la declaración de concurso, van a seguir devengándose intereses en consideración a la categoría del crédito principal del que derivan: los procedentes de créditos con garantía real y los que lo hacen de créditos salariales.

1. INTERESES DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL

La primera excepción viene constituida, en la dicción literal del precepto, por «los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía» (art. 59.1 LC).

A) ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA

Esta excepción, presente en todos los frustrados intentos de reforma concursal, venía ya recogida, en términos similares, en los artículos 884 CCom y 1916 Cc³⁵³. La Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1882 la justificaba en que las consecuencias de la quiebra para este tipo de créditos eran diferentes al resto y sus titulares había de conservar en su integridad todos sus derechos, no sólo al capital, sino a los intereses, hasta donde alcance el valor de la garantía, «por la regla de que lo accesorio sigue a lo principal»³⁵⁴.

³⁵² Para más detalles *vid.* VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses, ob. cit.*, pp. 143-146. El criterio defendido en el texto, si bien referido no a la suspensión de los intereses sino a la subordinación de los mismos, ha sido adoptado por la STS núm. 317/2012, de 25 de mayo de 2012 en el que se subordina el crédito por intereses los satisfechos por la fiadora, sociedad de garantía recíproca, al acreedor que ejerció la fianza. El derecho de reembolso del fiador se ve afectado por la calificación que ha de recibir el crédito por intereses una vez que el deudor principal afianzado está en concurso.

³⁵³ La similitud, y no identidad, deriva de que los artículos 884 CCom y 1916 Cc se referían exclusivamente a «créditos hipotecarios o pignoratícios» frente al más amplio actual de «garantía real».

³⁵⁴ No obstante, como se vio *supra* cap. 1º.II.1.B. b), pp. 138-141 se quiso encontrar por parte de la doctrina en razones relacionadas con la equidad: como este tipo de acreedores constituyeron tales garantías reales en previsión de una eventual insolvencia del deudor, resultaba equitativo que el devengo de intereses se mantuviera tras la declaración de concurso o quiebra; *vid.* RUBIO GARCÍA-MINA, J., «La declaración de quiebra y los créditos pendientes», *est. cit.*, p. 230 y VIGUERA RUBIO, J., «Lección 23. Derecho concursal mercantil», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*,

En la actualidad, al ser la situación equivalente se mantiene esa misma justificación³⁵⁵. Por un lado, los créditos con garantía real –garantizados con hipoteca, voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, prenda sin desplazamiento, anticresis o los refaccionarios anotados sobre inmuebles– son créditos con privilegio especial (art. 90.1. 1º y 2º) y, como tales, serán satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sea por ejecución separada o colectiva (art. 155.1). Además, quedan exceptuados de la regla general de la paralización de acciones ejecutivas individuales (art. 55.1 y 4), sin perjuicio de que: —en ciertos supuestos y hasta la llegada de un cierto plazo o cumplimiento de una cierta condición, aquéllas se paralicen o suspendan (arts. 56 y 57); —mientras tanto, la administración concursal pueda optar por atender el pago de estos créditos y sus intereses, con cargo a la masa y sin realización de los bienes o derechos afectos, procediendo al pago inmediato de la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumiendo la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa (arts. 56.3 y 155.2)³⁵⁶. Por otra parte, salvo que expresa y voluntariamente se adhieran a él, los acreedores privilegiados no resultan afectados por el contenido del convenio (arts. 123 y 134). Por tanto, aun cuando con matizaciones respecto a la legislación anterior debidas al cambio de orientación en la finalidad del procedimiento, la situación de los acreedores con garantía real en el concurso puede considerarse equivalente a la tenida en la legislación derogada y, por tanto, sigue siendo ahora la sustracción a los efectos de la concursalidad lo que justifica esta excepción de

op. cit. (1999), p. 559. Sin embargo, la equidad explicaría el propio mantenimiento de la garantía, pero, por sí misma, no justificaba entonces la excepción a la interrupción del devengo de intereses, que se hallaba en el hecho explicado en la EM de que, no estando los acreedores hipotecarios y pignoratícios afectados por la concursalidad del procedimiento, por gozar del derecho de ejecución separada para resarcirse con el producto del bien sujeto al privilegio especial, era lógico y consecuente que, frente a ellos, no se desplegaran los efectos ligados a dicha concursalidad entre los que se encontraba la suspensión del devengo de intereses [moratorios].

³⁵⁵ A favor, VILA FLORENSA, P., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 632, En contra, siguen manteniendo la razón de la excepción en causa de la equidad, BADENAS CARPIO, J.M. y BOLDÓ RODA, C., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 649, GARCÍA-CHAMÓN, E., *Efectos del concurso sobre los créditos*, *ob. cit.*, p. 14. Por su parte VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 151-154 para dar una explicación a la excepción parte de un análisis económico de la norma considerando que «son argumentos de eficiencia económica, de tutela del buen funcionamiento del tráfico, los que aconsejan dotar de una posición especialmente robusta en el marco del concurso a quienes titulan los aludidos créditos» pues el legislador es consciente de que el mercado del crédito podría verse muy resentido si las garantías reales con que suele garantizarse el cobro se vieran menoscabadas, precisamente, en la situación de concurso que es cuando más virtualidad las mismas pueden alcanzar lo que entronca con los argumentos basados en la equidad. No obstante, añade que ésta, que es la razón fundamental de la excepción, es «congruente» con el estatuto que la Ley establece para los créditos que disponen este tipo de garantías –mantenimiento de la ejecución separada– y con el fundamento que, según él, inspira la regla general de la suspensión –evitación de los agravios comparativos entre tasas de interés desiguales, la *par conditio creditorum*–.

³⁵⁶ BADENAS CARPIO, J.M. y BOLDÓ RODA, C., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 646 efectúan una interpretación contraria; precisamente esta paralización o suspensión de las acciones ejecutivas de la garantía real, la alternativa del pago en manos de la administración concursal y la competencia del juez del concurso para la reanudación de las ejecuciones es la que parece que les lleva a considerar que ha desaparecido la razón de la ejecución separada como soporte a la excepción, lo que traslada plenamente la causa a la equidad.

la suspensión del devengo de los intereses de créditos amparados por la garantía³⁵⁷.

B) LA EXTENSIÓN DE LA EXCEPCIÓN

a) Las figuras asimiladas a las genuinas garantías reales (arrendamiento financiero, reserva de dominio, prohibición de disponer y condición resolutoria)

La divergencia observable entre los créditos que reciben el trato del privilegio especial con afección de determinados bienes y derechos (art. 90) –que abarca todos los créditos que dispongan de una cobertura accesoria que les permita defender *erga omnes* una preferencia en el cobro de los mismos con el producto de la realización de específicos bienes y derechos– y los «créditos con garantía real» del artículo 59 LC hace surgir la polémica cuestión de si la excepción de este precepto debe predicarse solamente de las genuinas garantías reales o si, por el contrario, cabe ampliarla a las otras posiciones jurídicas que disfrutaran de privilegio especial que no fueran, estrictamente, derechos reales de garantía³⁵⁸.

Clasificando el elenco de privilegios especiales según sean o no genuinas garantías reales, y presumiendo que en cada uno de ellos concurren los requisitos formales de constitución y oponibilidad exigidos (art. 90.2 LC), entre las primeras se encontrarían todos los supuestos de hipoteca, la prenda en sus diversas modalidades y la anticresis – artículo 90.1.1º, 2º, 5º y 6º–; entre los segundos, los créditos por cuotas de arrendamiento financiero y los de compraventas con precio aplazado garantizado con reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria –art. 90.1.4º LC–
359

En la medida que los privilegios especiales compartan con las garantías reales el régimen favorable en materia de ejecución del crédito (arts. 56 y 57 en relación con el 155.2 LC), la interpretación extensiva se sustentaría en el hecho de darse los presupuestos necesarios para extender analógicamente tal beneficio a las posiciones jurídicas asimilables a los derechos reales de garantía, compartiendo con ellas las

³⁵⁷ Obsérvese que la paralización y suspensión de las acciones reales –y la posibilidad de sustituir la ejecución con el pago con cargo a la masa– sólo se produce respecto de bienes afectos a la actividad económica del deudor o a una unidad productiva y se mantiene sólo hasta que se alcance un convenio que no afecte al derecho o hasta que transcurra un año desde la declaración sin que se haya abierto la liquidación; y esto no es más que una medida impuesta por el carácter facilitador de la solución convenida con que pretende dotarse al procedimiento.

³⁵⁸ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., pp.154-155.

³⁵⁹ Habría un tercer género constituido por los créditos refaccionarios (art. 90.1.3ºLC) que se analizarán separadamente.

razones que justifican la excepción. Tal sería el caso de los distintos supuestos derivados del arrendamiento financiero y la compraventa aplazada con reserva de dominio³⁶⁰. No obstante, a esta conclusión hay quien opone lo que se considera un «obstáculo insalvable»: que por esta vía interpretativa los intereses postconcursoales se estarían «contaminando» del privilegio especial otorgado por el artículo 90 LC al principal y a los intereses precursoales; es decir, se estaría extendiendo, en perjuicio de los demás acreedores, un privilegio no previsto legalmente, lo que resultaría prohibido por el artículo 89.2 LC³⁶¹.

Los tribunales resuelven la cuestión, aun cuando aparentemente uniforme, de manera dispar. La SJMER Oviedo 1 núm. 32/2005, de 14 junio, tantas veces citada como precursora del tratamiento concursal del crédito por intereses, [parece que] entiende que el artículo 59.1 LC limita la excepción a los créditos revestidos de genuinas garantías reales. No obstante, analiza la facultad de rescate de bienes afectos a privilegio especial según los términos del artículo 155 LC –la administración concursal vendría obligada a «satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa» (art. 155-2 inciso final) – y, en realidad, lo que entiende es que los intereses *moratorios* postconcursoales derivados de un contrato de arrendamiento financiero quedan afectados por la suspensión del artículo 59 y los precursoales de este tipo deben quedar subordinados *ex art.* 92.3º LC³⁶².

La SAP Palencia (1ª) núm. 345/2011, de 30 diciembre (AC 2012\84) analiza la situación de la reserva de dominio concedida al financiador –que no vendedor– sobre los bienes

³⁶⁰ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 156 y BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 248. JUAN Y MATEU, art. 59, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1105 se limita a afirmar, sin justificarlo, que «aunque en el precepto no se precise, son créditos con garantía real a los efectos de esta norma todos aquellos créditos que la Ley califica como créditos con privilegio especial (art. 90), con excepción de los créditos refaccionarios (art. 90.1-3º) que deberán seguir el régimen de producción de intereses de los créditos salariales» reduciendo, pues, el ámbito del crédito refaccionario al de tal tipo de los trabajadores.

³⁶¹ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, pp. 157-165. Acoge la interpretación estricta también MARTÍNEZ GALLEGU, E.Mª., «Artículo 59», en LÓPEZ LÓPEZ/MACÍAS CASTILLO (coords.), *Comentario práctico a la Nueva Ley Concursal*, La Ley, 2012, pp. 333-342, p. 340.

³⁶² SJMER Oviedo 1 núm. 32/2005, de 14 junio (AC 2005\1017): «Siendo así que ante la eventualidad de este rescate de los bienes, la Administración concursal vendría obligada a «satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa» (art. 155-2 inciso final L.C). Se contempla por lo tanto en la norma una expresa previsión de que los únicos intereses que se pueden haber devengado y que deberán ser satisfechos son los «vencidos», concepto predicable de los intereses remuneratorios pero no así de los *moratorios*, esto es, se tratará ordinariamente de créditos de financiación revestidos de garantías reales que son los que propiamente recogen intereses remuneratorios como medio de retribución por el capital que se concede y cuyo devengo postconcursoal viene precisamente amparado por la prerrogativa del art. 59 con exclusión de cualquier otro, concretamente de los intereses *moratorios* por arrendamientos financieros que aquí nos ocupan y que llevan a desestimar la demanda incidental en este extremo y a declarar que los intereses *moratorios* precursoales habrán de quedar postergados como crédito subordinado por disposición del art. 92-3º LC». A la misma conclusión llega la SAP Salamanca (1ª) núm. 348/2008 de 25 noviembre (JUR 2009\104066): «la facultad del art. 155 LC no puede ser otra que la de configurar no una obligación de pago inmediato, sino solo una facultad para el pago, lo que no permite alegar un retraso culpable, en cuanto no resulta factible el nacimiento y curso de la mora. En consecuencia, se han de desestimar las alegaciones del Banco pretendiendo el devengo de intereses *moratorios*».

adquiridos por el comprador y que resultan financiados (reserva de dominio a favor de tercero no vendedor que, en realidad, no es *reserva* alguna). En primer lugar, niega la aplicación del privilegio del artículo 91.1.4º LC por entender que, imponiéndose una interpretación restrictiva del privilegio, no se encuentra ante un arrendamiento financiero ni ante una compraventa con precio aplazado, pues la vendedora recibió el precio íntegro de la financiadora³⁶³. De otro lado, entiende que no puede extenderse la excepción de la suspensión (art. 59) ni la de la subordinación (art. 92.3º) reconocidas a las genuinas garantías reales a los créditos derivados de reservas dominicales con estrictos fines de garantía (compraventa de bienes con reserva de dominio) porque *«no constituyen una garantía real plena pues no impiden ‘al comprador transmitir voluntaria o forzosamente (por embargo y vía de apremio) su derecho a un tercero’ (STS 16 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1857))»*. Excluye, pues, del ámbito de los artículos 59 y 92.3º LC todo lo que no sean genuinas garantías reales sin que, a estos efectos, se dé más justificación que la necesidad de conectarlos tanto con los principios inspiradores de la LC, como con el resto de su articulado, de los que induce que ha de considerarse subordinado el crédito por los intereses remuneratorios devengados hasta la declaración de concurso³⁶⁴.

No se encuentran razones para no extender el particular tratamiento que los artículos 59 y 92.3º LC conceden a las genuinas garantías reales a los casos en los que, supuesto el cumplimiento de los requisitos legales de constitución y oponibilidad, el acreedor se asegura el cumplimiento de una obligación con una garantía que le conceda una posición semejante. Compartiendo con los acreedores con garantía real el resto de las especialidades –el ejercicio de acciones (arts. 56 y 57), el rango crediticio (art. 90), la posibilidad de rescate de la garantía (art. 155.2), la forma de realización del bien afecto (art. 155.3 y 4), la posición jurídica ante el convenio (arts. 123 y 134.2) y el régimen el pago en la liquidación (art. 155.1), entre las más importantes–, y no existiendo precepto

³⁶³ En el mismo sentido, SAP Alicante (8ª), núm. 429/2010 de 15 octubre (AC 2010\1891). Este argumento sólo tenía cierto sentido antes de la reforma operada en el artículo 56 por la Ley 38/2011, que en la actualidad con más rotundidad equipara la reserva de dominio pactada en compraventa aplazada, es decir, financiada por el vendedor con la pactada en la financiada por un tercero.

³⁶⁴ SAP Palencia (1ª) núm. 345/2011, de 30 diciembre (AC 2012\84): *«Buena prueba de ello es que el propio legislador concursal diferencia entre lo que denomina ‘créditos con garantía real’ y aquellos otros que gozando de garantía sobre un bien, como el arrendamientos financieros o la venta de muebles a plazo con reserva de dominio inscrita en el Registro correspondiente, los equipara al tratamiento de aquéllos sólo en los supuestos que expresamente menciona como son determinados supuestos de ejecución o de su paralización. Basta la lectura del párrafo duodécimo del Apartado III de la Exposición de Motivos o del art. 56.1 LC para observar que la propia Ley, aun cuando equipara las situaciones en los casos que cita, establece una diferenciación entre los créditos garantizados con plenas garantías reales y el resto de créditos garantizados formalmente con garantías sobre bienes pero no plenas, como es el caso que nos ocupa. En definitiva, se impone la consideración de crédito subordinado del reclamado por la entidad recurrente por los intereses remuneratorios devengados hasta la declaración de concurso, confirmando en este punto la sentencia de instancia»*. Vemos la diferencia con la conclusión de la SJMER Oviedo de 14 de junio de 2005, de la que copia literalmente los argumentos. El Juzgado Mercantil se pronuncia sobre la suspensión y subordinación de los moratorios y ésta proclama la de los retributivos. Lo que sí es unánime en la jurisprudencia es el hecho de que en ningún supuesto de reserva de dominio con finalidad de garantía –sea a favor del vendedor o del financiador– procede la separación *ex iure dominii* del bien. Por todas, SAP Palencia (1ª), núm. 345/2011, de 30 diciembre (AC 2012\84), SAP Alicante (8ª), núm. 429/2010 de 15 octubre (AC 2010\1891) o SJMER Bilbao 1 núm. 592/2007, de 19 diciembre (AC 2007\2068).

que les atribuya expresamente un trato desigual, no se alcanzan los motivos por los que «de los principios inspiradores de la Ley concursal y del resto de su articulado» haya de desprenderse una interpretación restrictiva de la referencia a «garantía real» contenida en los artículos 59 y 92.3º LC, ni cómo puede esa interpretación deducirse de su Exposición de Motivos (III), pues de todo ello lo único que se induce es que, aun tratándose de instituciones jurídicas distintas, comparten el mismo régimen jurídico ante la insolvencia del deudor garantizado con ellas³⁶⁵.

El mero tenor literal de los preceptos, la referencia a *garantía real*, tiene otra explicación distinta del propósito legislativo de discriminar –exclusivamente a efectos de intereses– el tratamiento concursal de los acreedores con auténticas garantías reales y el de los titulares de otras garantías asimiladas en todo lo demás. Tal explicación puede encontrarse, simplemente, en una [nueva] imprecisión terminológica del legislador. Y esta interpretación no encuentra el insalvable obstáculo de estar extendiendo un privilegio, pues no se hace una interpretación extensiva del privilegio recogido en el artículo 91.1.4º –donde la extensión deriva de su propio tenor literal–, sino una restrictiva de un «antiprivilegio» cual puede calificarse tanto la suspensión del devengo de intereses (art. 59) como, obviamente, la subordinación de los mismos (art. 92.3º).

b) Los créditos refaccionarios

La extensión de la excepción de la suspensión del devengo de intereses al caso de los créditos refaccionarios depende de los dos supuestos que, dentro de ellos, hay que distinguir. Los créditos refaccionarios sobre bienes inmuebles que estén debidamente anotados en el Registro de la Propiedad disfrutan de la posibilidad de una ejecución separada con cargo a un bien concreto, pues el asiento registral surtirá, respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca (art. 59 LH). Por tanto, deben considerarse incluidos en la excepción aplicable a las garantías reales. Por el contrario, los titulares de créditos refaccionarios no sometidos a inscripción registral –típicamente sobre muebles–, aun cuando en caso de liquidación tienen derecho a que se les haga efectivo el crédito con cargo al producto de la realización del bien refaccionado (art. 90.1.3º), deben esperar necesariamente a ese momento procesal del concurso para ser satisfechos, puesto que no pueden perseguir individual y excluyentemente los bienes afectos. Por tanto, éstos no quedarían incluidos en el ámbito de aplicación de la excepción que se analiza, sin perjuicio de poder ser de aplicación a los refaccionarios de

³⁶⁵ Argumentos de la SJMER Oviedo 1, de 14 de junio de 2005 ((AC 2005\1017), SAP Palencia (1ª), núm. 345/2011, de 30 diciembre (AC 2012\84) y SAP Alicante (8ª), núm. 429/2010 de 15 octubre (AC 2010\1891). Las diferencias entre *v. gr.* una hipoteca y una condición resolutoria inscrita en compraventa aplazada, o entre una prenda y un arrendamiento financiero, son obvias y no merecen detenimiento; pero el tratamiento concursal que reciben es equivalente.

los trabajadores la excepción de los créditos salariales en los términos que se verán³⁶⁶.

c) Los créditos con privilegio general

Otra cuestión pretendidamente polémica es la de si esta excepción es aplicable o no a los supuestos de créditos con privilegio general³⁶⁷. No obstante, como estos acreedores privilegiados carecen de derecho de ejecución separada sobre un bien particular –que es la *ratio* de la exclusión– y disfrutan únicamente de un rango prioritario en el cobro sobre el producto de la generalidad de los bienes del patrimonio del concursado no sujetos a privilegio especial, no ha de extenderse a ellos el ámbito de aplicación de esta excepción en la suspensión del devengo de intereses³⁶⁸.

d) Intereses retributivos y/o moratorios

Resta analizar la cuestión de si la excepción a la regla general de la suspensión del devengo de intereses establecida para los créditos con garantía real se refiere sólo a los intereses moratorios, a los retributivos o a ambos.

Una primera interpretación pasa por entender que la literalidad de la norma (arts. 90.1.1º, 92.3º y 155.2 LC) no permite deducir del crédito privilegiado y, por ende, de la continuación del devengo de intereses ningún tipo de interés pactado, sea de la clase que sea³⁶⁹. Cabe, de otro lado, entender que la excepción no afecta a los moratorios, bien

³⁶⁶ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p.159. Mayor noticia sobre los créditos refaccionarios en el concurso puede verse en MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.D., «El crédito refaccionario en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 5, 2006, pp. 275-304, en concreto sobre esta cuestión, pp. 287-288.

³⁶⁷ BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 248 da respuesta afirmativa a la cuestión y añade que «siendo semejante la protección que garantías reales y privilegios brindan a los intereses posconcursoales, no hay razón para mantener un tratamiento diferente para ambos supuestos. Enconces, la excepción a las reglas de interrupción del devengo de los intereses y de subordinación prevista para las garantías reales habrá de extenderse por analogía tanto a los privilegios especiales que no tengan como base una garantía real (*v. gr.* al créditos refaccionario de los trabajadores *ex art.* 90.1.3. LC), como a los privilegios generales (ver art. 91 LC) (...) [*sic*] «sólo cuando el valor de los bienes sobre los que se proyecta el privilegio no baste para cubrir el importe de los intereses posconcursoales, éstos se verán reducidos a su condición de subordinados».

³⁶⁸ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, pp. 160-161.

³⁶⁹ SAP Zaragoza (5ª) núm. 666/2008, de 4 diciembre (JUR\2009\144439): «La declaración del concurso no afecta a la producción de los intereses garantizados por hipoteca. Pero, en este caso, dicha desafectación no sólo se contrae a los intereses convencionales o remuneratorios, sino también a los moratorios. Este es el claro tenor del Art 92-3º LC. Los créditos por intereses, incluidos los moratorios son de naturaleza subordinada. Salvo los relativos a créditos con garantía real, hasta donde alcance la respectiva garantía (...). El trato económico es el mismo que si no hubiera concurso (...). Por lo tanto, no hay elemento alguno que permita deducir del crédito privilegiado ningún tipo de intereses pactados. Como crédito privilegiado especial (art. 90-1-1º LC) sigue, su curso el pacto, sin suspender su evolución la declaración del procedimiento universal». En el mismo sentido, aun cuando refiriéndose en exclusiva a la graduación del crédito, SAP Tarragona (1ª) núm. 262/2008 de 20 junio (JUR\2008\355025).

porque en el concurso cesa en todo caso el devengo de intereses moratorios al no producirse los presupuestos de la mora³⁷⁰, bien porque el artículo 155.2 LC, previsor del posible rescate de los bienes sometidos a privilegio especial previo pago, entre otros, de los intereses «vencidos», contiene una clara previsión de que los únicos intereses que se pueden haber devengado son los retributivos, que son los únicos que vencen³⁷¹.

La excepción de la garantía real sólo puede referirse a los intereses moratorios, pero porque es sólo a ellos a los que se refiere la regla general. La continuación del devengo de intereses retributivos se ha de producir en todo caso. La excepción, la continuación del devengo de los intereses moratorios de los créditos que gozan de garantía real y asimilados se explica sobre el mismo fundamento que justifica la suspensión. Se paraliza el curso de los intereses moratorios en general porque, en estos términos, en situación de concurso ni es posible el pago voluntario de los créditos, ni se pueden iniciar acciones ejecutivas individuales. Precisamente por eso, el hecho de que los acreedores con garantía real queden sustraídos al sacrificio de la concursabilidad y puedan proceder a la ejecución de sus garantías, justifica que no sufran la paralización del curso de los intereses moratorios. Por tanto, los créditos con garantía real (y asimilados) continúan tras la declaración de concurso devengando tanto los intereses retributivos – como los demás créditos fructíferos por ser, en la hipótesis, la regla general– como los

³⁷⁰ Es la tesis de la SAP Salamanca (1ª) núm. 348/2008 de 25 noviembre (JUR 2009\104066) que desestima la reclamación del banco hipotecante de la reclamación efectuada por los intereses moratorios no satisfechos por la administración concursal pues «*la institución de la mora en el cumplimiento de las obligaciones, en su sentido jurídico, supone siempre un incumplimiento culpable, que en el caso del concurso de acreedores se halla sometido, además, a los principios que lo regulan como son el de la ‘conservación de la masa activa’, prevenido en el art. 43.2 LC y el de la ‘par conditio creditorum’ que lleva a la integración de la masa pasiva - art. 49 LC - que produce la agrupación de los acreedores, cuya consecuencia es la imposibilidad de llevar a cabo ejecuciones singulares - art. 55 LC - salvo las excepciones señaladas en el art. 55.4. LC. En definitiva, incluido un crédito en la masa pasiva, en el ámbito del procedimiento concursal, no se produce mora en el pago de los créditos concursales, puesto que cursan dentro del concurso, condicionados a los términos de salvaguarda e integridad de la masa, que les sujeta al buen fin de la misma, lo que impide, en estos casos, que opere la mora como causa de los intereses moratorios. En consecuencia, teniendo en cuenta que no se pueden pagar los créditos concursales hasta que se apruebe el convenio o el plan de liquidación, no se cumple el presupuesto que justifique el devengo de los intereses moratorios*».

³⁷¹ Es el argumento de la SJMER Oviedo 1 núm. 32/2005, de 14 junio (AC 2005\1017): «*Siendo así que ante la eventualidad de este rescate de los bienes, la Administración concursal vendría obligada a «satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa» (art. 155-2 inciso final L.C). Se contempla por lo tanto en la norma una expresa previsión de que los únicos intereses que se pueden haber devengado y que deberán ser satisfechos son los «vencidos», concepto predicable de los intereses remuneratorios pero no así de los moratorios, esto es, se tratará ordinariamente de créditos de financiación revestidos de garantías reales que son los que propiamente recogen intereses remuneratorios como medio de retribución por el capital que se concede y cuyo devengo postconcursal viene precisamente amparado por la prerrogativa del art. 59 con exclusión de cualquier otro, concretamente de los intereses moratorios por arrendamientos financieros que aquí nos ocupan y que llevan a desestimar la demanda incidental en este extremo y a declarar que los intereses moratorios preconcursales habrán de quedar postergados como crédito subordinado por disposición del art. 92-3º LC*».

moratorios³⁷².

C) LÍMITES A LA CONTINUACIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL

El límite legal a la excepción es el «alcance de la respectiva garantía», el cual trae causa de la legislación derogada, lo que hace que se reproduzcan las dudas ya planteadas entonces respecto de su significado material; dudas que, ahora, se resuelven más fácilmente por la disposición del artículo 692 LEC y por la determinación jurisprudencial del *tercero* a los efectos del artículo 114 LH.

Los intereses que no resulten cubiertos por el producto obtenido en la ejecución, si son intereses [moratorios] postconcursoales, habrán de considerarse no devengados en aplicación de la regla general³⁷³. Esta conclusión no supone ningún esfuerzo pues, de la misma forma, si con el producto de la realización del bien afecto a la garantía no se cubre el principal, o los intereses moratorios o retributivos precursoales, tales créditos pasarán a tener la consideración y el rango que les atribuya su naturaleza y, en su caso, el momento de su devengo. El problema surge a la hora de interpretar si la expresión «alcance de la garantía» se refiere a esa obiedad, al dinero efectivamente obtenido por la realización del bien afecto –y, por tanto, si alcanza lo pactado respecto de intereses, retributivos o moratorios, éstos han de ser atendidos con el remate en su totalidad– o si, por el contrario, se está queriendo remitir al límite legal de la cobertura que la garantía real da a la deuda de intereses *ex* artículos 114 LH, 9 LHM, 10 LHN y, por tanto, pudieran no deber ser satisfechos todos o algunos de ellos, aun cuando el producto de la ejecución diera para cubrirlos.

En la inscripción del derecho real de hipoteca se ha de expresar el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad

³⁷² En esta línea -que es, en realidad, la de la SAP Salamanca (1ª) núm. 348/2008 de 25 noviembre, pero desde la verdadera posición jurídica de los acreedores con garantía real que aquella confunde-, habría que matizar. Las reglas de suspensión e interrupción de la ejecución de las garantías reales y asimiladas contenidas en los artículos 56 y 57 LC dependen de que nos encontremos o no ante un bien afecto a la actividad económica o profesional del deudor y, en el primer caso, que se haya o no aprobado un convenio que le afecte, se haya abierto la liquidación o que haya transcurrido un año desde la declaración sin que una u otra cosa hayan acontecido. Por tanto, podría matizarse en el sentido de que, mientras que se mantuvieran las condiciones que dan lugar a la paralización o interrupción de acciones individuales, habría de paralizarse el devengo de intereses moratorios cuyo devengo estaría plenamente justificado y debería reactivarse en cuanto, por el concurso de los presupuestos, se alzara la paralización, momento en el que el argumento recobraría pleno vigor. No obstante, se prefiere la interpretación menos matizada que se hace en el texto, pues «menoscaba menos la naturaleza de las garantías reales y perturba menos el mercado del crédito tan sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor» (EM III).

³⁷³ JUAN Y MATEU, art. 59, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1106 y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 1109, aun cuando sin distinción para tipos de intereses.

hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración (art. 12 LH). Respecto de los intereses remuneratorios, el acreedor hipotecario podrá dirigirse contra los bienes hipotecados para el cobro de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital, pero si hubiere un tercero interesado en dichos bienes a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la garantizada y comprenderá, salvo pacto, los de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, no pudiendo en ningún caso pactarse que la hipoteca cubra interés por plazo superior a cinco años (arts. 116 en relación con el 114 LH)³⁷⁴.

Las premisas para la respuesta al interrogante planteado vienen dadas por los siguientes términos de la doctrina consolidada tanto de la DGRN como del TS³⁷⁵:

- i) La limitación que a la cobertura de la hipoteca establece el artículo 114 LH lo es a los efectos de tercero, considerándose como tal, no al tercero hipotecario de la fe pública registral (art. 34 LH) sino, simplemente, el tercero que, no habiendo intervenido en el contrato de préstamo ni en la constitución de la hipoteca, adquiere e inscribe en el Registro de la Propiedad el dominio u otro derecho real sobre la finca, o bien cualquier otro tercero interesado en la finca, como puede ser cualquier acreedor³⁷⁶.
- ii) Tratándose de préstamos hipotecarios, el principio de determinación registral se predica sólo respecto del derecho real que se inscribe –la hipoteca–, la cual debe quedar perfectamente determinada en su alcance y extensión, siendo irrelevantes respecto de tal principio aquellos aspectos del préstamo garantizado que no influyan

³⁷⁴ En concordancia, el artículo 9 LHM establece que «salvo pacto expreso, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en garantía de una obligación que devengue intereses, asegurará, en perjuicio de tercero, además del principal, los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente» y el artículo 10 LHN que «la hipoteca naval constituida en favor de un préstamo que devenga interés, no asegurará en perjuicio de tercero, además de capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.»

³⁷⁵ Por todas, RRDGRN de 18 de febrero de 2008 (RJ\2008\642) que cita otras muchas anteriores y SSTS de 8 febrero de 2007 (RJ\2007\947) y 5 julio de 2001 (RJ 2001\4992).

³⁷⁶ STS núm. 127/2007 de 8 febrero (RJ\2007\947), FD 1º: «*La sentencia instancia ha considerado terceros a los trabajadores, al entender que el concepto de tercero interesado es de Derecho civil y no de Derecho inmobiliario registral y no requiere la inscripción de su derecho. La doctrina ha estudiado este artículo y siempre ha tratado el tercero como tercer adquirente, planteándose si debe tener que inscribir su derecho o si debe reunir los requisitos del artículo 34. Pero no ha prestado atención al supuesto de que el tercero sea persona no adquirente, sino simplemente un tercero interesado al que le afecta la hipoteca. Tampoco se ha planteado en la jurisprudencia; las sentencias que se refieren a este tema, sólo contemplan también el caso del adquirente. Desde luego, el artículo 114 se refiere a tercero, no a tercer adquirente ni al tercero hipotecario del artículo 34: no puede el intérprete reducir un concepto que no reduce la Ley, ni distinguir lo que ella no distingue, tanto más cuanto el artículo 146 se refiere a lo mismo y, explícitamente, señala la posibilidad de que exista un tercero interesado, sin exigir que sea un tercero adquirente. En definitiva, el artículo 114 se refiere a tercero y este concepto es el de todo tercero, no sólo el tercero que adquiere o el tercero hipotecario; es el tercero interesado a quien pueda perjudicar que se realice la hipoteca sobre todos los intereses sin costas con el límite de los dos años que impone esta norma.*».

en el juego de la garantía. No cabe por consiguiente exigir, al amparo de dicho principio, una diferente determinación –o cuantificación– en lo que se refiere al máximo a que pueden ascender los intereses, ordinarios y de demora, en las relaciones personales entre acreedor y deudor, si se señala el límite al que puede ascender su cobertura hipotecaria –o, dicho de otra forma, la total responsabilidad hipotecaria–, de modo que más allá del cual, existiendo terceros perjudicados, no podrán ser ya satisfechos con cargo al precio de remate del bien hipotecado, aun cuando los efectivamente devengados, y exigibles en las relaciones personales acreedor-deudor, fueren superiores.

- iii) En virtud de la exigencia del principio de especialidad (art. 12 LH), no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses los devengados en caso de mora; éstos, si pretenden protección hipotecaria, deberán establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo de garantía y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad (sistema de liquidación del débito, posibilidades de impugnación, duración, *etc.*), pues la garantía hipotecaria respecto de los intereses remuneratorios variables (obligación incierta en cuanto a su cuantía) y respecto de los moratorios (obligación incierta en cuanto a su existencia) ha de articularse a través de una hipoteca de seguridad, del tipo de las de máximo³⁷⁷.
- iv) A los efectos de valorar si se excede o no del límite de las cinco anualidades han de computarse conjuntamente los intereses retributivos y los moratorios³⁷⁸.
- v) Si no hay tercero a quien pueda perjudicar la ejecución entran en juego las reglas de destino del producto de la subasta establecidas en el artículo 692.1 LEC, de aplicación también en los procesos concursales por la aplicación supletoria de la

³⁷⁷ STS de 12 marzo 1991 (RJ\1991\2219).

³⁷⁸ RDGRN 23 octubre 1987 (RJ\1987\7660): «una y otra obligación por intereses tienen naturaleza y régimen distintos; los remuneratorios nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios, no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener, por consiguiente, distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria. Como la hipoteca puede, en principio, garantizar todo tipo de obligaciones, cabrá también extender la hipoteca a esta otra obligación que no deriva directamente del contrato de préstamo. Pero, por exigencia del principio de especialidad -(cf. arts. 9.º y 12 de la Ley Hipotecaria)- ni puede englobarse la cifra por intereses moratorios en la hipoteca por costas y gastos -como se dijo ya en la Resolución de 29 de octubre de 1984-, ni puede englobarse, tampoco, en la cifra por intereses de préstamo; por el contrario, de quererse que también estos intereses resulten hipotecariamente garantizados deben precisarse separadamente, en cuanto a esta otra obligación futura garantizada, las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad. Si bien rige, para uno y otro tipo de intereses -que a estos solos efectos deben ser computados conjuntamente- el límite máximo imperativo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.»

LEC (Disposición Final 5ª LC)³⁷⁹.

En función de todo ello se considera que el límite del alcance de la respectiva garantía a los efectos de la suspensión del devengo de intereses (art. 59), del privilegio especial (art. 90.1.1º) y de la subordinación crediticia (art. 92.3º) debe ser interpretado en el sentido de sólo quedar cubiertos por la garantía los intereses que hayan sido expresamente determinados e inscritos (principio de especialidad *ex* art. 12 LH). Comprenderán, en el caso de los intereses retributivos, en todo caso, los correspondientes al importe de de las dos últimas anualidades y la parte vencida de la anualidad corriente o, en su caso, en los distintos términos en los que se hubiere pactado, dentro del límite de los cinco años (art. 146 en relación con el 114 LH); en el caso de los intereses moratorios, para que la garantía se extienda a ellos se requerirá el pacto expreso con los requisitos de las hipotecas de máximo; en ambos casos, la responsabilidad máxima hipotecaria establecida e inscrita será el límite que, en caso de concurso, podrá ser entregado al acreedor hipotecario (art. 692.1 LEC) llevándose el remanente a la masa activa del concurso³⁸⁰. En definitiva, los intereses que excedan de la responsabilidad máxima hipotecaria determinada e inscrita para cada caso habrán de recibir el tratamiento concursal que, en general, se predique de los intereses, según su clase o naturaleza y en función de la fecha de su devengo (*vid. infra* cap.3º.IV, pp. 344 y ss) y, por tanto, de ser moratorios postconcursoales resultarán suspendidos *ex* artículo 59 LC.

Bajo el régimen de la legislación derogada GULLÓN se planteaba si la expresión *hasta donde alcance su respectiva garantía* utilizada en el artículo 1916 Cc para excepcionar de la regla general de la suspensión del devengo de intereses los correspondientes a los créditos hipotecarios y pignoratícios, se refería al límite del artículo 114 LH o si se refería al límite de lo estipulado entre deudor y acreedor hipotecario sobre intereses, sin ninguna excepción. Podía interpretarse que «dado que el art. 114 LH establece literalmente la limitación de

³⁷⁹ Artículo 692 LEC: «El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y **siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra**. 2. Quien se considere con derecho al remanente que pudiera quedar tras el pago a los acreedores posteriores podrá promover el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 672. Lo dispuesto en este apartado y en el anterior se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal».

³⁸⁰ Excluyendo el caso, obviamente, de que estemos ante el caso de un hipotecante no deudor, pues siempre estamos analizando el supuesto de que el bien hipotecado pertenece a la masa activa del concurso y por tanto, siempre aplicable el párrafo 2º del artículo 692.1 LEC.

intereses a favor de cualquier tercero, pudiera sostenerse que el art. 1916 se refiere explícitamente a tal límite porque es hasta el mismo donde alcanza la garantía hipotecaria». Sin embargo, para este autor, «esta tesis no es segura, ya que la jurisprudencia conecta el art. 114 LH con la protección del adquirente de finca hipotecada o titular de algún derecho real sobre la misma (STS 28-X-29 y 12-VII-41)»³⁸¹. Esta duda ha quedado resuelta en la medida en que la más moderna doctrina jurisprudencial interpreta el concepto de tercero a los efectos del artículo 114 LH en un sentido amplio, incluyendo no sólo al tercer adquirente, sino a cualquier tercero que pueda tener interés en la finca hipotecada, incluidos los acreedores³⁸² [cuanto menos debe considerarse incluido en el concepto de tercero la propia masa pasiva]; tampoco entonces se disponía del argumento que ahora facilita el artículo 692.1 LEC, por estar entonces vigente el procedimiento del artículo 131 LH y sus concordantes en la LEC 1881, carentes de una previsión similar. No obstante, en la doctrina se siguen manteniendo en la actualidad las mismas tesis dubitativas³⁸³.

³⁸¹ GULLÓN BALLESTEROS, A. «Artículo 1916» en AAVV, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2061.

³⁸² STS núm. 127/2007 de 8 febrero.

³⁸³ GARCÍA-CHAMÓN, E., *Efectos del concurso sobre los créditos*, ob. cit., p. 14 se limita a recoger que «algunos autores consideran que al hacer referencia literalmente el artículo 114 LH a la limitación de intereses a favor de cualquier tercero, podría mantenerse que el artículo 59 LC se refiere implícitamente a tal límite porque es hasta donde alcanza la garantía hipotecaria. Sin embargo esta tesis no es segura porque la jurisprudencia vincula el artículo 114 LH con la protección de los adquirentes de buena fe»; BADENAS CARPIO, J.M. y BOLDÓ RODA, C., «Artículo 59», est. cit., p. 650 mantienen la duda pero se inclinan por aplicar el artículo 114 LH; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 59», est. cit., p. 1110 entiende que los remuneratorios están incluidos en todo caso en la garantía hipotecaria y que el límite del artículo 114 LH sólo opera en caso de que «la finca haya sido adquirida por un tercero»; respecto de los moratorios sólo añade que habrá de haberse pactado expresamente su inclusión en la garantía, pero ante la omisión, entendemos que extiende a ellos la conclusión de que el límite sólo opera cuando aparece un tercer adquirente; DE ANGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., «Artículo 59», est. cit., p. 585 entienden que sí es aplicable el límite del artículo 114 LH para los que la razón se encuentra en el mismo argumento que justifica la propia excepción «es decir, la atribución de la adecuada «seguridad» al crédito hipotecario, revestido por definición de la publicidad resultante de la constancia en el Registro de la Propiedad»; VILA FLORENSA, P., «Artículo 59», est. cit., p. 632 resulta poco expresivo; parece decantarse por la aplicación del límite del artículo 114 LH por la remisión que a él hace en la nota 585, pero en el texto afirma que «el alcance de la cobertura en relación con los intereses será el que resulte del título constitutivo de la obligación especialmente garantizada con el derecho real de que se trate, de manera que los intereses que excedan del alcance de la garantía tendrán el mismo tratamiento que los de los restantes créditos sin garantía real»; la referencia al «título constitutivo de la obligación» pudiera, si no estuviera hecha la referencia al artículo 114 LH entenderse como la referencia a los términos contractuales libremente acordados, sin límite alguno. BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», est. cit., p. 248 considera que el alcance de la garantía se refiere al valor de realización del bien afecto y que el límite del artículo 114 LH «opera exclusivamente cuando después de constituida la hipoteca aparezca un tercer adquirente o un titular de un derecho real». Trata con especial profundidad la cuestión VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., pp. 169-170 quien, partiendo de que «últimamente viene predominando en la jurisprudencia la tesis que restringe tal concepto [tercero del artículo 114 LH] al «tercero registral», la eficacia del límite del artículo 59 LC se vería notablemente reducida pues «sólo sería oponible frente al acreedor garantizado el tope temporal de intereses por los titulares de créditos cuyas posiciones jurídicas tuvieran un reconocimiento específico por Ley o mediante la correspondiente anotación en la hoja relativa a la finca hipotecada» oposición que sólo podría hacerse valer a través de una tercería de mejor derecho planteada por el tercero –o la administración concursal– en el procedimiento de ejecución de la garantía. Revisada la doctrina jurisprudencial en la que basa sus conclusiones (SSTS 11.11.1994 (RJ 1994\9318), 24.7.2000 (RJ 2000\6182), 5.7.2001 (RJ 2001\4992), 8.2.2007 (RJ 2007\947) y 13.12.2007 (RJ 2007\8927) ninguna resolución constriñe el concepto de tercero del artículo 114 LH al tercero registral, sino que todas ellas lo que hacen es incluir en tal concepto a aquel tercero que «no fue parte contractual en el préstamo, ni sujeto activo o pasivo en la constitución de la hipoteca». Es verdad que en la mayoría de los casos se trataba de un tercero registral, pero no era esa la

2. INTERESES DE LOS CRÉDITOS SALARIALES

La otra excepción a la regla general de la suspensión del devengo de intereses es la referida a los créditos salariales que resulten reconocidos, los cuales «devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos» (art. 59.1 LC).

A) ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA

La continuación del devengo de intereses en los créditos salariales carece de antecedente en la legislación derogada, sin que se contemplara tampoco en el Proyecto de Ley. Durante la tramitación parlamentaria se introdujeron en la LC numerosas modificaciones tendentes a fortalecer el trato a dispensar a los trabajadores, como acreedores del concursado, en el entendimiento de ser merecedores de una especial tutela legal por razones de orden social y humanitario³⁸⁴. Entre tales modificaciones se encuentra la inclusión en el artículo 59 de la excepción de trato a los créditos salariales en relación con la regla general de la suspensión del devengo de intereses, justificándose en la pretensión de neutralizar la pérdida de poder adquisitivo de los trabajadores. Inicialmente se propuso tomar como módulo de actualización de los créditos por salarios el de la variación del IPC pero, finalmente, se optó por referenciarla al interés legal del dinero, aun reconociéndose que ello suponía una merma en los derechos de los trabajadores que, fuera de situaciones concursales, tienen derecho al recargo de un interés moratorio del 10% anual (artículo 29.3 ET).

razón utilizada para considerar serle oponible el límite del artículo 114 LH. Concretamente, de la STS 5 de julio de 2001 «ante todo, hay que detenerse en el concepto de tercero, que no es el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria que contempla el principio de la fe pública registral, sino que es simplemente el tercero que no ha intervenido en el contrato de préstamo ni en la constitución de la hipoteca que adquiere la finca e inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad. Este es el criterio que ha seguido esta Sala en la sentencia de 11 de noviembre de 1994, que ahora se reitera y que dice así: «quien, sin haber intervenido en la hipoteca, adquiere e inscribe el dominio u otro derecho real sobre la finca (Sentencia de 12 de julio de 1941), concepto que, aunque relativo según la jurisprudencia, pues debe coheretarse con otros inscribientes, no excluye, desde luego a la entidad recurrida que no fue parte contractual en el préstamo, ni sujeto activo o pasivo en la constitución de la hipoteca ya que adquirida la finca gravada en pública subasta...». En el mismo sentido, sentencia de 24 de julio de 2000». Vid., además, la rotundidad de la STS núm. 127/2007 de 8 febrero (RJ\2007\947) antes referida.

³⁸⁴ Los créditos salariales merecen al legislador una superior tutela al ser créditos de subsistencia que suponen el medio de vida de quien los percibe, lo que ha llevado a priorizar el crédito salarial con el recurso a diversas técnicas, entre las que se encuentra la de excepcionarlos de la regla general de la suspensión del devengo de los intereses. MORAN BOVIO, D., «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, p. 3000, apunta esta razón como meramente complementaria a la que localiza como la principal que consistiría en que, siendo en los créditos salariales crucial la puntualidad en el cobro, «para su acreedor, el aplazamiento es involuntario, imprevisto y por completo no deseado». Pero esas características serían predicables en todos los supuestos de intereses moratorios, por lo que no serían argumentos aptos para justificar la excepción del crédito salarial sino, antes al contrario, para sustentar lo injustificado de la regla general; lo importante es la crucialidad de la puntualidad, la esencialidad del término en todo crédito de subsistencia.

B) DETERMINACIÓN DE LOS CRÉDITOS OBJETO DE LA EXCEPCIÓN

Los créditos de los trabajadores que no padecen la suspensión del devengo de intereses son los «créditos salariales que resulten reconocidos», lo cual exige efectuar un análisis objetivo –sobre qué créditos se extiende– y subjetivo –cuál es la condición subjetiva exigida, en su caso, al titular del crédito– al respecto.

a) Créditos salariales «reconocidos»

Ha de tratarse de créditos que *resulten reconocidos*. Al respecto ha de traerse a colación que, en sede de reconocimiento de créditos, se obliga a la administración concursal a incluir «necesariamente» en la lista de acreedores, entre otros, «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», con independencia, pues, del hecho de que sus titulares se hayan o no insinuado en el procedimiento, comunicando oportunamente su crédito (art. 86.2 LC). No obstante, si por no constar en el concurso y no haber sido oportunamente insinuado y comunicado, o por haber resultado excluido por la administración concursal, algún crédito laboral no resultare reconocido en la lista definitiva de acreedores, se estará ante un supuesto de crédito salarial ajeno a la excepción del artículo 59 y seguirá la suerte de los créditos no reconocidos, tanto en cuanto al principal como a los intereses³⁸⁵.

b) Créditos salariales stricto sensu

Ha de estarse ante *créditos salariales*. De un lado, sólo se estará ante verdaderos créditos salariales cuando los mismos deriven de una relación laboral, según los términos en que el artículo 1 ET la define y caracteriza con base en las notas de ajenidad, dependencia, voluntariedad y personalismo, tanto si tiene carácter general como si lo tiene especial (alta dirección, deportistas profesionales, *etc.*). Por tanto, no entrarán en la excepción los créditos que deriven de relaciones profesionales excluidas de la legislación laboral –las expresamente relacionadas por el artículo 1.3 a) a f) ET o cualesquiera otras en las que, por no concurrir alguna de las notas definitorias de la relación laboral, hayan de considerarse excluidas *ex art. 1.3.g) ET*–.

De otro lado, se impone cuestionarse si, a los efectos del artículo 59 LC, procede

³⁸⁵ Durante la tramitación del procedimiento dichos créditos no reconocidos serán absolutamente ignorados y no participarán en su solución. Su suerte posterior dependerá de la solución del concurso, pues si ésta es la liquidación, cobrarán una vez concluido el procedimiento y en la medida en que quede sobrante en la liquidación tras el pago de la totalidad de los créditos y de los intereses que resultaron suspendidos (art. 59); si terminara por convenio, quedarán vinculados por su contenido (art. 134.1 LC). *Vid. VÁZQUEZ CUETO, J.C., El régimen de los intereses, ob. cit., p. 178.*

hacer una interpretación restrictiva del concepto «crédito salarial», identificándolo con lo que es estrictamente salario, o si ha de hacerse una interpretación extensiva, en el sentido de identificarlo con el más amplio de «crédito laboral» que incluyera, además, las percepciones extrasalariales, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad social y las indemnizaciones legalmente previstas en los casos de modificación, suspensión o extinción de los contratos laborales³⁸⁶. La tesis mayoritaria mantiene una interpretación estricta del crédito salarial, excluyendo de la continuación del devengo de intereses cualquier otro crédito laboral que no tenga tal naturaleza³⁸⁷. Al distinguir claramente la LC el tratamiento del estricto *crédito salarial* (v. gr. 84.2.1º y 91.1º) del más amplio *crédito laboral* (v. gr. 84.2.5º en el que, por querer incluir percepciones extrasalariales utiliza el más amplio término «laboral», o el 91.1º donde yuxtapone los créditos «por salarios» y los demás créditos laborales), se impone una interpretación restrictiva del término, habiendo de considerarse que la excepción del artículo 59 LC sólo ha pretendido establecerse respecto del crédito salarial *stricto sensu*.

c) *Régimen de los distintos rangos del crédito salarial*

Conviene también matizar los distintos rangos crediticios, pues no todo crédito [estrictamente] salarial tiene el mismo tratamiento concursal.

Hay créditos salariales que tienen la consideración concursal de *créditos contra la masa*. Así, los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo en cuantía que no supere el doble del SMI (art. 84.2.1º)³⁸⁸; los salarios (y percepciones extrasalariales)

³⁸⁶ Se considera salario *stricto sensu* la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración o los períodos de descanso computables como de trabajo; y no tendrán tal consideración las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos (art. 26 ET).

³⁸⁷ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., pp. 173-175 y VILA FLORENSA, P., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 633 quien defiende esta interpretación pero la critica tanto por su exceso como por su defecto; por exceso en el sentido de hacer ver que abarca todos los créditos salariales, incluso los que excedan del triple del salario mínimo interprofesional que reciben la protección del artículo 90.1º LC) y por defecto por excluir otros créditos laborales cuando en su opinión, al menos los del artículo 90.1º LC, deberían quedar incluidos; MARTÍNEZ GALLEGU, E.Mª, «Artículo 59», en LÓPEZ LÓPEZ/MACÍAS CASTILLO (coords.), *Comentario práctico a la Nueva Ley Concursal*, La Ley, 2012, pp. 333-342, p. 341; PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre», en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (dirs.), *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, 2012, t. II, pp. 323-404, p. 365. Por el contrario, LOPEZ MATEO, P., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 319 realiza una interpretación extensiva y considera incluidas en la excepción las indemnizaciones.

³⁸⁸ Se incluirían sólo los conceptos salariales, incluyendo, v. gr. las horas extraordinarias de ese período, la parte proporcional de pagas extraordinarias, aun cuando no se liquiden prorrateadamente. Además, la referencia a los treinta últimos días ha de entenderse referida a los 30 último trabajados antes de la declaración de concurso aun cuando no se correspondan con el calendario natural ni sean consecutivos. En este sentido SJ Mercantil nº1 de Vizcaya de 14 de julio de 2006, y 26 de abril de 2007,

devengados con posterioridad a la declaración de concurso, cualquiera que sea su cuantía (art. 84.2.5º); las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos (art. 84.2.5º); y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral (art. 84.2.5º). Estos créditos laborales, salariales o no, como créditos contra la masa, no sufren en absoluto la regla de la suspensión del devengo de intereses y, por tanto, seguirán su curso normalmente, devengando el interés moratorio que corresponda (art. 29.3 ET) y no el legal *ex* artículo 59 LC³⁸⁹.

En cuanto a los créditos salariales que disfruten de *privilegio especial* sólo requieren un análisis específico los refaccionarios, dado que si se hubiera constituido cualquier otro derecho real en garantía, sería aplicable lo dicho respecto de aquella otra excepción, sin ninguna matización³⁹⁰. Los trabajadores gozan del privilegio especial de la refacción sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean de propiedad o estén en posesión del concursado, sin exigirse en estos casos formalidad constitutiva alguna (artículo 90.1.3º LC). La cuestión es si, en estos casos, el privilegio especial se extiende o no a los intereses [moratorios]. Aunque este privilegio les otorga preferencia en el cobro con el producto de la enajenación de tales objetos, al no estar acompasado de un procedimiento de ejecución separada y, por tanto, quedar sometido al ritmo procedimental del concurso (recibir con preferencia, pero cuando el estado del concurso posibilite o aconseje su enajenación) no debe extenderse a los intereses moratorios postconcursoales, sólo a los precursoales que sí estarían devengados al tiempo en el que, con todo el rigor, deben producirse los efectos de la mora ordinaria³⁹¹.

Disfrutan de *privilegio general* los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que no supere la que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago (art.

SJ Mercantil nº 1 Oviedo de 30 de octubre de 2007 o SAP Huesca (1ª) de 19 de diciembre de 2007; en contra SAP Valladolid de 14 de junio de 2007. La discusión se zanja, en el sentido de la opinión mayoritaria, con la reforma operada en el precepto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre añadiendo trabajo «efectivo».

³⁸⁹ En este sentido LOPEZ MATEO, P., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 319 y SJMER Alicante 1, núm. 10/2008 de 18 enero (AC 2008\1).

³⁹⁰ En tales casos, los intereses de los créditos salariales que no hayan sido alcanzados por la respectiva garantía real gozarán del tratamiento privilegiado específico que el precepto da al crédito salarial y seguirán devengando intereses, pero no ya al tipo general, sino al del legal del dinero *ex* artículo 59 LC. En el mismo sentido, VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses, ob. cit.*, p. 181.

³⁹¹ La duda interpretativa no debe ser resuelta, necesariamente, bajo el prisma del principio *in dubio pro operario* que llevaría a la conclusión contraria. Ese principio sólo tiene su ámbito de aplicación en el estricto marco de las relaciones laborales en las que el perjudicado por su aplicación sea el empresario; además, en escenario concursal es de superior rango interpretativo la que resulte acorde con el superior interés del concurso entendido como el interés de la generalidad de los acreedores que exige una interpretación estricta de los privilegios.

91.1º LC). En estos casos, el privilegio general no se extiende a los intereses, puesto que, estando limitada legalmente la cuantía máxima de principal que resulta privilegiada, no tiene sentido entender que pueda el privilegio no llegar a cubrir el principal y, sin embargo, se extienda a los intereses moratorios. Por tanto, devengarán el interés moratorio del artículo 59 LC y no el del artículo 29.3 ET³⁹².

Los créditos salariales que no tengan la condición de privilegiados se considerarán créditos *ordinarios*, sin que quepa duda alguna de que los mismos entran de lleno en la excepción del artículo 59 LC y, por tanto, continuarán devengando intereses al tipo de interés legal³⁹³.

Por último, es posible que ciertos créditos salariales sufran la calificación de créditos *subordinados* en la medida que tengan encaje en alguno de los supuestos del artículo 92 LC. Los casos más típicos serían los créditos salariales tardíos y los devengados por personas especialmente relacionadas con el concursado³⁹⁴. No parece compatible la degradación con el *privilegio* de quedar exceptuados de la regla general de la suspensión del devengo de intereses, pues la misma razón que concurre para degradar su rango crediticio concurre para considerarlos merecedores de aquella suspensión, lo que supone, simplemente, tratarlos en paridad con el conjunto de los acreedores cuyos créditos, en general, sufren la paralización del curso de los intereses. Por tanto, los créditos salariales subordinados dejan de devengar intereses moratorios, prevaleciendo la razón que aconseja su subordinación sobre su carácter salarial³⁹⁵.

d) *Los casos de sustitución del acreedor salarial*

En cuanto al ámbito subjetivo de la excepción, si el titular del crédito salarial es el

³⁹² En contra, VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., pp. 179-181 excluye de la nómina del artículo 59 LC los créditos salariales en la cuantía que no supere el triple del SMI por ostentar la condición de crédito con privilegio general.

³⁹³ Dentro de esta categoría de créditos ordinarios se sitúan los créditos salariales en los que no concurre ningún privilegio en los que se encontrarían, pues, los que resultarían excluidos conceptual, temporal o cuantitativamente de los límites establecidos para gozar de la consideración de créditos salariales contra la masa, privilegiados especiales o privilegiados generales.

³⁹⁴ Conforme lo dispuesto en el artículo 92.5º LC, los créditos salariales de las personas especialmente relacionadas con el concursado cuando éste es persona jurídica sufren en todo caso la subordinación; en el caso del concursado persona física quedan excluidos de la subordinación los créditos que gozan del privilegio general del número 1º del artículo 91, por lo que se subordinará todo el crédito salarial salvo la parte que no supere al triple del SMI, que mantendrá el privilegio.

³⁹⁵ En contra, VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., pp. 180-181 entiende que el mantenimiento del valor actual de los créditos de los trabajadores actúa de forma «transversal», con independencia de categorías crediticias y considera que, si bien la condición de crédito salarial subordinado es incompatible con la de salarial con privilegio especial, el artículo 59 LC y, por tanto, la excepción a la suspensión del curso de devengo de intereses se aplica a los créditos salariales subordinados.

propio trabajador que ha devengado los salarios no cabe duda de la aplicación de la excepción. El problema surge en aquellos casos en que el titular actual del crédito salarial no sea el propio trabajador sino un tercero, típicamente el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y, menos habitualmente, cualquier tercero cesionario del crédito salarial.

Por un lado, es posible y habitual que el FOGASA, en el ejercicio de sus funciones, haya abonado el pago de alguno de los créditos salariales afectados por la excepción del cese del devengo de los intereses moratorios, en cuyo caso, para el reembolso de las cantidades satisfechas, se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter privilegiado que, en su caso, les correspondiera a éstos (art. 84.5 y 97.4.1º LC y art. 33.4 ET). En estos casos, el FOGASA también resultará beneficiado de la continuación del devengo de intereses y su exigibilidad en los mismos términos que correspondiera al trabajador³⁹⁶.

En el caso de los cesionarios de créditos salariales, a la luz de la redacción inicial de la LC surgió la polémica de si el cesionario de créditos salariales, sin perjuicio de sufrir los efectos expresamente previstos para los cesionarios de créditos en general – privación de la legitimación para instar el concurso necesario (art. 3), presunción de personas especialmente relacionadas si han adquirido el crédito de personas que ostentaban dicha condición (art. 93), privación del derecho de voto del convenio (art. 122) –, mantenía o no la prerrogativa concedida al trabajador cedente de mantener el devengo de intereses [y otros privilegios de que pudiera gozar].

La negación de dicha extensión subjetiva se argumentaba sobre la premisa de entender que la *ratio* del precepto está en la contemplación del sujeto titular del crédito, por lo que la novación subjetiva de su titular debía implicar la pérdida de la ventaja obtenida precisamente en tal contemplación, pues la interpretación contraria violentaría la *par conditio creditorum*³⁹⁷. Quienes proponían el mantenimiento de los privilegios del crédito salarial por los cesionarios de dichos créditos lo concluían sobre la premisa de que si, en definitiva, se trata de intentar una satisfacción prioritaria del crédito salarial, no hay mayor satisfacción prioritaria que la satisfacción extraconcursal, que resultaría más fácilmente conseguible si el cesionario mantiene en el concurso los privilegios del crédito salarial que ha satisfecho extraconcursalmente³⁹⁸.

³⁹⁶ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., p. 176; GARCÍA-CHAMÓN, E., *Efectos del concurso sobre los créditos*, ob. cit., p. 19. Si bien respecto de la subrogación del FOGASA en los privilegios de los trabajadores existía jurisprudencia contradictoria, las dudas vinieron a colmarse con la introducción del apartado 5º del artículo 84 con la reforma operada por la Ley 38/2011 en el que expresamente se contempla ahora que el FOGASA se subroga en el crédito de los trabajadores manteniendo la clasificación.

³⁹⁷ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., p. 176.

³⁹⁸ GARRIDO, J.Mª, «Créditos con privilegio general» (art. 91), ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1639.

Pero la reforma operada en el artículo 97 LC por la Ley 38/2011 ha venido a zanjar la polémica. Expresamente se establece que, cuando proceda la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores, a los efectos de la clasificación del crédito sólo se tendrá en cuenta, respecto de los créditos salariales o por indemnización derivada de extinción laboral, la subrogación del FOGASA, por lo que sólo a este organismo le está permitido mantener el privilegio laboral. Siendo esto así, debe considerarse también que el beneficio de la continuación del devengo de intereses sólo debe considerarse extensible al FOGASA y no a cualquier otro cesionario del crédito laboral.

C) EL INTERÉS LEGAL DEL DINERO COMO LÍMITE A LA EXCEPCIÓN

El límite legal de la excepción del mantenimiento del curso de los intereses moratorios de los créditos salariales es de índole cuantitativa. Alterando el régimen normal de la mora de los créditos salariales del 10% anual (art. 29.3 ET), el artículo 59 LC establece que los créditos salariales afectados por la excepción devengarán intereses calculados al tipo del interés legal del dinero. La alusión legal al interés legal del dinero fijado en la *correspondiente* Ley de Presupuestos ha de ser interpretada como la pretensión de computar en el cálculo de los intereses moratorios de los créditos salariales, en cada período de interés, el tipo legal que esté vigente en cada uno, y no la de inmovilizar el tipo de interés legal vigente a la fecha de la declaración de concurso³⁹⁹.

D) LA CALIFICACIÓN DE LOS INTERESES POSTCONCURSALES DEL CRÉDITO SALARIAL

Tras establecer la regla general de la suspensión del devengo de intereses, con sus excepciones, señala el precepto que «los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el art. 92.3º de esta ley». Esta referencia expresa en la norma que regula la suspensión del devengo de intereses a aquella otra que regula la clasificación del crédito por intereses, introduce un elemento de confusión tanto en cuanto a la coordinación de ambos preceptos como del contenido de cada una de las instituciones.

La completa respuesta a esta complicada cuestión tratará de darse una vez concluido el análisis en profundidad de una y otra institución concursal. No obstante, se deja aquí apuntada la polémica relativa a qué «créditos derivados de los intereses» remite el

³⁹⁹ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., p. 186.

artículo 59 LC a la clasificación de subordinados, y anunciada la toma de postura sobre el particular.

Para la mayoría de la doctrina la remisión se hace, exclusivamente, a los créditos por intereses derivados de créditos salariales. En la medida que, para dicha corriente, todos los intereses postconcursoales quedan suspendidos por efecto de la declaración –excepto los que correspondan a créditos con garantía real y salariales–, y considerando que el artículo 92.3º LC excluye expresamente de la regla de subordinación del crédito por intereses los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía, que mantienen el privilegio del artículo 90.1.1º LC, en esa medida, no queda más que interpretar que los intereses que se subordinan son, amén de todos los devengados con anterioridad, los intereses moratorios de los créditos salariales devengados tras la declaración de concurso, únicos cuyo devengo se mantiene sin privilegiar⁴⁰⁰.

Parece una contradicción el hecho de pretender beneficiar a los trabajadores con el mantenimiento del devengo de intereses de su crédito salarial y que la consecuencia sea la degradación de dichos intereses en una calificación de crédito subordinado. Ante ello se presentan tres lecturas: (i) que, dada la absoluta marginación que implica la consideración de un crédito como subordinado, el beneficio que se pretendía conceder a los trabajadores con el mantenimiento del devengo de intereses, sencillamente, se queda sin contenido⁴⁰¹; (ii) que, aun cuando la subordinación supone una marginación en el procedimiento, la misma supera la posición que tendrían los intereses de los créditos salariales si se suspendieran y sólo se reactivaran en los supuestos del artículo 59.2 LC,

⁴⁰⁰ GARRIDO, J.M^a, «Créditos subordinados (art. 92)», ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1664; BLASCO GASCÓ, F., «Artículo 158», en SAGRERA/SALA/FERRER (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, Bosch, 2004, pp. 1641-1649, p. 1646; ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en GARCÍA VILAVERDE/ALONSO/PULGAR (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003, pp. 357-408, pp. 401-402; BASOZÁBAL ARRUE, X., «Contrato parciario. Caracterización dogmática, legislación aplicable», *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 273, Barcelona, Febrero de 2005, pp. 1-23; SASTRE PAPIOL, S., «Los créditos subordinados», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004, T. IV, pp. 3913-3933, pp. 3919-3920; MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, pp. 49-85, pp. 69-72; VILA FLORENSA, P., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 634; JUAN Y MATEU, art. 59, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1105; FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 254-256; MORAN BOVIO, D. «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, p. 3005; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 92», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 730-739, p. 735; VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses, ob. cit.*, pp. 99-100; GARCÍA-POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 155; Díez SOTO, C., *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Editorial Reus, Madrid, 2006, p. 73.

⁴⁰¹ AVILA DE LA TORRE, A., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Revista del REFOR*, número 21, enero-marzo 2007, pp. 15-21, p. 17.

por lo que no se produce tal vaciamiento, al procurar unas opciones de satisfacción superiores a las que de otra forma se conseguirían⁴⁰²; (iii) que los intereses del crédito salarial que se siguen devengando compartirán en la graduación de créditos la suerte de su principal, ya que, si se consideraran subordinados, no se lograría el objetivo pretendido de evitar la devaluación del crédito salarial⁴⁰³.

Aun cuando la cuestión del sentido de la remisión que el artículo 59 LC realiza a su artículo 92.3º alcanzará su plena respuesta al exponer la propuesta general sobre la coordinación entre las reglas de la suspensión y la subordinación del crédito por intereses (*vid. infra* cap.3º.IV, pp. 344 y ss), se deja adelantado que, en la medida que los únicos intereses sometidos a la regla de la suspensión son los moratorios devengados tras la declaración de concurso, lo que la remisión del precepto aclara es que los moratorios laborales postconcursoales, cuyo devengo se mantiene, quedan, no obstante, sometidos a la regla general de la subordinación de los intereses. Éstos resultan afectados, pues, por una sola de las reglas especiales previstas para la «humillación» de los intereses moratorios, la de su subordinación; y, efectivamente, esta es mejor posición que la que resultaría de proceder también la otra, la de la suspensión de su devengo a expensas de una eventual posterior reactivación.

VII. EL ALCANCE DEL EFECTO DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES

La norma que proclama la suspensión del devengo de intereses y sus correspondientes excepciones establece, no obstante, dos supuestos en los que los intereses, cuyo devengo hubiere resultado suspendido, pueden reactivarse⁴⁰⁴. El efecto, pues, que produce la declaración de concurso es la *suspensión* del devengo de intereses, que podría situarse entre los dos polos opuestos de su continuación y el de su cese definitivo: se trata de *suspender* –detener– para posteriormente, en su caso, continuar. Los intereses ni siguen su curso normal, ni cesa definitivamente su producción, sino que inicialmente cesa su devengo para, en ciertos casos, resultar reanudados con

⁴⁰² VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 183.

⁴⁰³ Es la original lectura de BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 249, sobre la base de considerar que, realmente, la regla de la suspensión del devengo es meramente una ficción y, en realidad, los intereses [todos] se siguen devengando.

⁴⁰⁴ Artículo 59.2 LC: «No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional».

posterioridad y, en ciertos otros, desaparecer permanentemente⁴⁰⁵.

La Ley regula expresamente dos supuestos en los que los intereses que quedaron suspendidos a la fecha de la declaración de concurso pueden reactivarse, en su caso, haciendo posible su cobro: el de convenio que no implique quita y el de liquidación que tenga remanente⁴⁰⁶. *A contrario sensu*, si el convenio implica quita o la liquidación no cubre los créditos concursales, el cese del devengo de intereses será definitivo; por eso se han venido a llamar *intereses condicionales*⁴⁰⁷.

La suspensión decretada por el artículo 59 LC produce, pues, un efecto dual: detiene el devengo de los intereses [moratorios] y aplaza su satisfacción al convenio o a la liquidación, en sus respectivos casos. Por tanto, en el análisis de las consecuencias jurídicas de la norma analizada ha de distinguirse el efecto inicial de la paralización, que se produce en todo caso, del eventual posterior de la reactivación, según los casos y supuestos.

1. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO

La suspensión se configura como un efecto automático, ligado a la declaración de concurso, por lo que la fecha relevante será la del auto que así lo acuerde (art. 21 LC). Como efecto *ope legis* se produce sin necesidad de pronunciamiento judicial expreso en la resolución judicial, al margen de las voluntades del deudor y los acreedores –que no podrán haber pactado válidamente en contra de esta norma imperativa (art. 6.3 Cc) –, y sin necesidad de actuación alguna por parte de la administración concursal.

⁴⁰⁵ MORAN BOVIO, D., «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, p. 3001 distingue entre «suspensión-cesación» y «suspensión-dilación»; VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 102 alaba la escrupulosidad en el empleo del término «suspensión» pues «efectivamente, no se pretende eliminar por completo, extinguir, sino sólo «congelar», con carácter provisional (de «por ahora»), el nacimiento (y, por tanto, la exigibilidad) de una deuda» y que cuando el devengo quede reactivado lo haga hasta el extremo de que la «suspensión se tenga por no producida». Es la medida que esa inicial suspensión puede convertirse definitivamente en cesación, si no se producen los distintos supuestos de reactivación del devengo previstos en la norma, lo que traería consigo la expropiación de los legítimos intereses de los acreedores de intereses retributivos de la obligación a plazo que, entre otras, soportó la interpretación que aquí se viene manteniendo de ceñir la suspensión a los intereses moratorios.

⁴⁰⁶ No son, en realidad, esos los únicos supuestos en los que dicha reactivación ha de producirse pues, en la medida que la suspensión se explica en razón a la existencia del concurso surgen hipótesis distintas que deben acarrear, necesariamente, dicha reactivación, como serían todos los casos de conclusión del concurso del art. 176 LC. No obstante, se limita el estudio a los supuestos en los que la reactivación del devengo se produce antes de la conclusión del concurso pues son éstos los que son objeto de atención en el artículo 59 LC que los dota de los contornos propios a analizar.

⁴⁰⁷ MORAN BOVIO, D. «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, p. 3005 denomina así a los intereses que habrían de devengarse tras la declaración de concurso.

La suspensión, además, tiene lugar con independencia de tratarse de un concurso voluntario o necesario, de que se siga la tramitación ordinaria o la correspondiente al procedimiento abreviado; además, se presenta desligada de otros efectos de la declaración, siendo así indiferente, *v. gr.*, que se hayan intervenido o suspendido las facultades patrimoniales del deudor, declarado o no el cese de la actividad profesional o empresarial del mismo, *etc.*

Parece *a priori* un contrasentido hablar de suspensión en una deuda como la de intereses cuyo nacimiento depende del transcurso del tiempo, por lo que a primera vista podría parecer más oportuno que el devengo continuara y lo que se paralizara fuera su exigibilidad. Pero, la expresión denota claramente el efecto que se pretende y que no es otro que congelar provisionalmente el nacimiento y, por tanto, la exigibilidad de la deuda. La suspensión no es una medida indefectible o definitiva, sino establecida con el objetivo de permitir una óptima solución del concurso con la preeminencia del principio de la *par conditio*. Por ello, como ya se ha adelantado, opera sólo frente a la masa pasiva y no produce efectos frente al propio deudor, ni frente a sus co-obligados. En puridad, no es que la obligación desaparezca, sino que la misma no es oponible ni exigible a la masa pasiva⁴⁰⁸.

La suspensión tiene el efecto práctico añadido de permitir distinguir los intereses preconcursales de los postconcursales que, como se verá, reciben un tratamiento dispar. Atendiendo a la fecha del auto de declaración de concurso podrá cuantificarse la cifra de los intereses preconcursales para conformar la lista de acreedores, en la que deberán aparecer los créditos de los acreedores cuantificando tanto su principal como sus intereses (art. 94.2 LC).

2. LA REACTIVACIÓN DEL DEVENGO ANTE LA SOLUCIÓN DE CONVENIO

En el caso de llegar el concurso a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en éste el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional, si éste fuera menor.

A) PREMISAS Y CONDICIONES DE LA REACTIVACIÓN

La premisa es alcanzar un convenio, siendo indiferente que éste haya seguido una tramitación por propuesta anticipada u ordinaria, así como que haya recibido la

⁴⁰⁸ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, pp. 101-105.

aceptación por el trámite escrito o por acuerdo adoptado en Junta de acreedores. Ha de entenderse que se alcanza tal solución, no cuando el convenio sea aceptado por los acreedores, sino cuando el mismo haya sido aprobado judicialmente ya que, en términos generales, es la fecha de la sentencia de aprobación del convenio la que lo dota de plena eficacia (art. 133.1 LC)⁴⁰⁹. En cualquier caso, el pacto de reactivación de intereses contenido en el convenio sólo será definitivamente eficaz cuando lo sea éste en la integridad de los términos de su aceptación, sin que sea posible en ningún caso que, en el trámite de aprobación, el convenio adoptado resulte modificado (art. 129 LC).

La reactivación de los intereses, que ha de ser pactada expresamente, es una facultad –y no un efecto– del convenio. Si nada se pacta al respecto en él, ningún interés cuyo devengo haya quedado suspendido por efecto de la declaración se reactivará. Pero el requisito para que ese pacto sea posible es tratarse de un convenio *que no implique quita*, de lo que se deduce, obviamente, que se está vedando la posibilidad de reactivar los intereses suspendidos en los casos de convenios en los que no se prevea el cobro íntegro de los créditos concursales. Si la situación patrimonial del deudor no alcanza a pagar el *principal*, parece razonable que la solución no pase por el pago de intereses. Pero esta configuración –sólo reactivación por pacto expreso y con satisfacción de todos los créditos concursales– sólo parece justa si los intereses que se suspenden y no llegan a reactivarse son sólo los intereses moratorios. Esta definitiva paralización alcanzará a todos los acreedores actuales por igual y compagina bien con la lógica de la naturaleza indemnizatoria de esta clase de intereses que la condonación de parte del principal presuponga la de los intereses moratorios. Por el contrario, si la falta de reactivación se predicara de los intereses retributivos, la medida deja de parecer justa ya que supondría perpetrar, definitivamente, la injusta expropiación de la retribución de los financiadores⁴¹⁰.

B) ÁMBITO DE LA REACTIVACIÓN EN EL CONVENIO

La condición de inexistencia de quita que permita la reactivación lleva a cuestionarse la hipótesis que baraja el legislador y, con ella, los límites temporales de la suspensión y

⁴⁰⁹ No obstante, es posible que la eficacia del convenio se adelante o se retrase a dicho momento *ex* arts. 133.4 en relación con el 129.4 LC y arts. 133.1 en relación con el 197.5 LC, respectivamente.

⁴¹⁰ VAZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob.cit.*, pp. 193-194 justifica el requisito de que no haya quita en el trato de disfavor que la ley da a los intereses postconcursoales [todos] y en la manera de evitar abusos por anticipado, pues de esta forma se impediría que los titulares de créditos que, además, acumularan abultados intereses postconcursoales suspendidos pudieran forzar un convenio con quita para conseguir así un remanente con el que cobrar el crédito por intereses. El trato de disfavor se da sólo, y es merecido, a los intereses moratorios, que sí tienen ese carácter «accesorio» (secundario) del que habla la exposición de motivos; el nimio peso del segundo argumento es puesto de manifiesto por el propio autor que reconoce que la idea no justifica de por sí sola la exclusión de la quita.

la reactivación. A la luz de los contenidos típicos, posibles y prohibidos del convenio (art. 100 LC)⁴¹¹, se concluye que lo normal es que, excluida la quita, la *mens legislatoris* considerara la hipótesis del convenio con espera como presupuesto de reactivación. Si el convenio que se aprueba conlleva espera (aplazamiento) [con o sin quita] desaparece, para los créditos afectados, el presupuesto de la mora –el vencimiento de la obligación pecuniaria–; luego, no se habrían de devengar *ad futurum* intereses moratorios sino, en su caso, retributivos⁴¹². Y si el convenio implica [sólo] quita, es que no implica espera y se va a pagar sólo parte del crédito, pero inmediatamente; luego, no procede hablar de intereses, ni retributivos ni moratorios, pues tras los efectos novatorios del convenio aprobado, no habrá plazo (retributivos) ni retraso (moratorios).

Por tanto, los intereses que se pueden reactivar en el convenio son los moratorios de los créditos concursales correspondientes al período de tiempo transcurrido entre la fecha de declaración del concurso y la de eficacia del convenio. Los retributivos entre ambas fechas no quedan afectados por la suspensión, se devengan de por sí, y los intereses [moratorios] a devengar tras la eficacia del convenio no están sometidos a la disposición del artículo 59 LC –ni en cuanto a su suspensión ni en cuanto a su reactivación–, pues tras la aprobación del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso, incluido ése.

Desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso quedando sustituidos por los que, en su caso, puedan establecerse en el mismo (133.2 LC); además, el convenio vinculará al deudor y a los acreedores respecto a los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso (art. 134) y, por su eficacia novatoria, los créditos afectados por él quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del mismo (art. 136). Por ello, en el caso de solución del concurso por la vía del convenio, habrá que acudir al contenido del mismo como elemento fundamental para configurar la situación jurídica en la que quedan los acreedores concursales y será con la aprobación y eficacia del convenio, con la que los intereses –moratorios o retributivos– tanto los devengables hasta ese momento como los a devengar tras él, lo harán [o no] en la medida de lo pactado en el

⁴¹¹ El contenido típico del convenio será bien la quita, la espera o ambas, pues la propuesta de convenio *deberá* contener cualquiera de ellas; la propuesta *podrá* contener, *además*, proposiciones alternativas de ofertas de capitalización de créditos en variadas fórmulas, proposiciones de enajenación de activos del concursado bajo ciertas condiciones; pero *no podrá* consistir, entre otros, en daciones en pago o para pago, ni cualquier fórmula de convenio liquidatorio.

⁴¹² Esa espera implica respecto de los créditos vencidos que se prolongue, durante la vigencia del convenio, el efecto propio de la declaración del veto a las acciones ejecutivas individuales; conviniéndose un plazo de espera, reaparece la ausencia de los presupuestos de la mora ordinaria justificantes de la suspensión del devengo de los intereses moratorios: no se está ya ante obligaciones exigibles dado que, por la espera pactada y por los efectos novatorios propios del convenio, antes del nuevo plazo ni el deudor ha de pagar ni el acreedor puede exigirlo. Tras un convenio sin quita y con espera en puridad, pues, desaparecen los intereses moratorios y, a partir de entonces, los créditos ya vencidos a la fecha de la declaración -o los que lo hubieran hecho pendiente el procedimiento por la llegada del término o por su resolución-, sólo podrán devengar intereses (remuneratorios) si así se pacta expresamente en el convenio.

propio convenio.

El devengo de intereses futuros, pues, dependerá del contenido del convenio, no ya sólo en cuanto a lo expresamente pactado, sino a lo que pudiera ser consecuencia natural de él⁴¹³.

Los intereses moratorios que no se reactiven, bien por pacto imposible –implica quita el convenio–, bien por inconstituido –aun no implicándola–, desaparecen definitivamente, incluso en la hipótesis de cumplirse el convenio íntegramente y concluirse el concurso por esta causa⁴¹⁴. Si el convenio se incumple, procederá la apertura de la fase de liquidación, en la que habrá que actualizar la lista de acreedores, incluyendo como «principal» de cada crédito lo que, a tal fecha, se adeude por intereses reactivados y por los devengados tras la aprobación del convenio, en caso de que así proceda, debiendo recibir estos intereses pendientes –ambos– el mismo tratamiento que,

⁴¹³ V. gr. si se acuerda una espera no se devengarán intereses moratorios, se diga o no expresamente, porque ya no habrá retraso por el aplazamiento que en su exigibilidad produce la eficacia novatoria de su contenido (art. 136 LC); de pactarse intereses por el aplazamiento pactado, éstos tendrán carácter retributivo y no moratorio y habrán de pactarse expresamente, pues no hay intereses retributivos de origen legal. Si se pacta una quita, no se devengarán intereses moratorios tampoco, se diga o no, porque la misma supondrá el pago inmediato de la parte no condonada y, por tanto, no se producirá el incumplimiento presupuesto de la constitución en mora. En contra, VAZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob.cit., p. 197 entiende que con la reactivación del devengo lo que se trata es de «compensar al acreedor por la espera [la pactada en el convenio] con la posibilidad del cobro de los intereses de devengo inicialmente suspendidos», como si los intereses reactivados vinieran a ser los intereses retributivos de la espera *ad futurum* pactada en el convenio; en general, este autor entiende que el ámbito de aplicación del precepto, sus requisitos y sus límites, alcanza también a los intereses a devengar tras la eficacia del convenio. No obstante, en p. 210 mantiene que los intereses retributivos que hayan podido ser incluidos en un convenio dilatorio, no entran en el campo de aplicación del artículo 59 LC, sino que es propio contenido del convenio. En lo que respecta a la espera de los créditos que se encuentren sin vencer a la fecha de aprobación del convenio, habrá que estar a su contenido. Si el convenio prevé algo respecto de ellos, sufrirán la novación correspondiente; por el contrario, si el convenio no dice nada, habrá que entender que el mismo carece de efectos novatorios respecto de su vencimiento y que la acordada espera, respecto a ellos, sólo les afectará en la medida de que su vencimiento, total o parcial, sea anterior al que derive de las esperas pactadas en el convenio y, en este caso, se satisfarán conforme al plan de pagos derivado de las mismas.

⁴¹⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 59», *est.cit.*, p. 1116 coincide con que, en ausencia de pacto, los intereses desaparecen definitivamente. En contra, VAZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob.cit., pp. 202-203 sostiene que en caso de cumplimiento del convenio se reactivan los intereses a contar desde la fecha de declaración de concurso, aun cuando el convenio haya implicado quita, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales de extinción de las obligaciones por fórmulas distintas del pago o cumplimiento, especialmente los arts. 1190 y 1207Cc. Por ello, además, entiende conveniente que el titular de créditos no remitidos haga expresa reserva de los intereses devengables desde la declaración de concurso, para destruir la presunción de los artículos 318 CCom y 1110 y 1173 Cc. El pacto de reactivación, es una mera oportunidad y oferta de cobro de los intereses anticipado al momento en que correspondería –el cumplimiento del convenio– (p. 216) de tal forma que es necesario que individualmente sea aceptada y, de lo contrario, se reactivarán y podrán reclamarse cuando el convenio se cumpla y el concurso se concluya (pp. 215 y 219). No lo contempla, pues, como una oportunidad de evitar el cese definitivo de los mismos que es a lo que llevaría la ausencia de un pacto que, como aquí se ve, no tiene más presupuestos de validez y eficacia que los del propio convenio en el que se inserta. Claro que a estas conclusiones más fácilmente se llega desde la óptica de un ámbito limitado a los intereses moratorios que desde la que la extiende a los retributivos.

según su clase, merezcan los intereses «preconcursoales», pero sin que el incumplimiento del convenio suponga la reactivación de intereses que no estuviera previsto en el convenio reanudar⁴¹⁵.

C) CONTENIDO Y LÍMITES DEL PACTO DE REACTIVACIÓN

La Ley permite que se pacte el cobro *total o parcial* de los intereses suspendidos. A este cobro parcial no les serían de aplicación los límites impuestos a la quita por el artículo 100 LC, ni las consecuencias que tiene el superar los del artículo 167.1 LC, respecto de la apertura de la sección de calificación, pues no se trata de reducir un crédito concursal, sino de ampliar el reconocido con todo o parte de sus intereses⁴¹⁶. Además, no existe obstáculo para acordar que la reactivación de intereses no afecte por igual a todos los créditos, siempre que se respeten los mecanismos previstos en la ley para esos casos⁴¹⁷.

Ahora bien, la premisa sustantiva para la validez de la reactivación será su única y exclusiva aplicación a créditos que estuvieran vencidos a la fecha de la declaración de concurso o lo hicieran en el ínterin hasta la eficacia del convenio. En otro caso, en puridad, los intereses moratorios no se habrían de devengar por la inexistencia de situación de mora. Por tanto, un convenio que contemplara el devengo de intereses moratorios de deudas no vencidas, estaría, indirecta e injustificadamente, alterando la cuantía de los créditos (contenido prohibido conforme al art. 100LC) y, de pasar los

⁴¹⁵ El incumplimiento del convenio supone su rescisión y la desaparición de sus efectos novatorios, por lo que se retomaría la situación de los intereses antes de la eficacia del convenio (art. 140.4): la vigencia del artículo 59 LC en los términos en que aquí se interpreta, con el único matiz de que, en un escenario de liquidación, todos los créditos a plazo han vencido (art. 146) y, por tanto, desaparecen los intereses retributivos que se mantenían en la fase común y, eventualmente, en la de convenio. En la medida en que es posible que no todos los acreedores hayan recibido el mismo grado de cumplimiento del convenio, especialmente cuando se aprobó uno que incluía un trato desigual (art. 125.1), y la posibilidad pues, de que sólo algunos hayan recibido ya un pago que además incluya intereses, y considerando las reglas del mantenimiento de los cobros en fase anterior de convenio (art. 162), debe consolidarse el crédito por intereses reactivados y reconocerse en la actualización de la lista de acreedores, sin perjuicio de la calificación crediticia que merezcan.

⁴¹⁶ JUAN Y MATEU, «Art. 59», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1107 y VAZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob.cit.*, p. 215.

⁴¹⁷ En contra, sobre la imposibilidad material de aplicar los mecanismos de defensa de los artículos 125 y 128 LC a los acreedores de créditos por intereses, que son subordinados, VAZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob.cit.*, pp. 214- 215 apunta que no cabe otra salida que la radical prohibición de un cobro de intereses que no afecte de un modo proporcionalmente equivalente a todos los titulares de los intereses. En realidad, los acreedores susceptibles de ser afectados por la suspensión y, por tanto, la reactivación serán, siempre, acreedores concursales; dado que los intereses que entran en el artículo 59 son sólo los moratorios a devengar entre la declaración y la aprobación del convenio, a intereses moratorios postconcursoales sólo tendrá derecho quien, a la fecha de declaración de concurso tenga algún principal, ya vencido, pendiente de cobro (si ha cobrado el principal, los intereses serán preconcursoales y, por tanto, fuera del ámbito de aplicación del artículo 59), por lo que, podrá intervenir en la votación separada y, además, estará legitimado para oponerse a la aprobación del convenio.

filtros previos del control de su legalidad y resultar aceptado por la mayoría, podría ser objeto de oposición *ex art.* 128 LC.

En cuanto al límite cuantitativo se exige que, de pactarse la reactivación de los intereses suspendidos, se haga conforme a la tasa del interés legal o al convencional, si fuere menor⁴¹⁸. Este imperativo legal, de un lado, impide que el pacto de reactivación prevea un tipo superior al interés legal, pero no llevaría la nulidad de aquel que previera una reactivación a un tipo inferior, pues no dejaría de tener el efecto equivalente a una reactivación *parcial* expresamente autorizada; de otro, impide la aplicación de una cláusula contractual previsora de unos intereses moratorios superiores al interés legal; y, por último, evita la aplicación del interés legal cuando exista un inferior tipo de interés moratorio contractual.

La razón de la regla se ha encontrado en la voluntad de forzar un cómputo de intereses homogéneo entre todos los acreedores, evitando los agravios comparativos que se hayan podido conseguir por vía contractual⁴¹⁹. No obstante, ceñida la cuestión a intereses moratorios devengables entre la declaración de concurso y la eficacia del convenio, ciertamente se puede considerar equivalente el daño que sufre cada acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria, que es el que vienen a indemnizar los intereses moratorios. *A priori*, pues, el tope resultaría justificado. Pero, en realidad, no se está tratando homogéneamente a los acreedores; se haría si se estableciera, para todo caso y supuesto, el interés legal; pero no cuando proceda aplicar la cláusula moratoria inferior. La medida es criticable dado que, en un escenario de convenio concursal sin quita, impedir que los acreedores en convenio pacten un interés superior o que se aplique el superior interés previsto en el contrato, en todo caso y con independencia de la situación patrimonial del deudor, es una medida que sólo beneficia a éste, quien así garantiza que, como máximo, habrá de satisfacer el interés legal del dinero como indemnización por la mora de los créditos concursales⁴²⁰.

⁴¹⁸ La referencia a la tasa de interés legal del dinero debe considerarse efectuada a la de la Ley 24/1984, de 29 de junio -la que determine el gobierno en la Ley de Presupuestos Generales del Estado- y no a cualquier otro interés moratorio especial que fuera de aplicación general al particular caso. *Vid.* supuestos *supra* primera, VII.5, pp. 113 y ss.

⁴¹⁹ VAZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob.cit.*, p. 217.

⁴²⁰ Encontrando así un límite al interés moratorio dos veces y media por debajo del concedido a favor de los consumidores por el artículo 20.4 LCCC en los descubiertos en cuenta corriente, parangón de la limitación de la tasa del interés moratorio. Esto ni beneficia a la generalidad de acreedores a quienes, incluso en un escenario de plena superación de la insolvencia con las esperas acordadas, se les impide la recompensa con intereses moratorios superiores al interés legal, ni a los acreedores que se vean obligados a conformarse con el interés moratorio contractual, sin que la diferencia con el tipo legal vaya a destinarse a nada distinto del propio bolsillo del deudor. En este sentido la medida dejaría de actuar como un incentivo al convenio tal como la ven MORÁN BOVIO, D., «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est.cit.*, p. 3001 y VAZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob.cit.*, p. 192 y

3. LA REACTIVACIÓN DEL DEVENGO ANTE LA SOLUCIÓN DE LIQUIDACIÓN

También es posible la reactivación de intereses moratorios cuando el concurso termine con liquidación siempre que, finalizada la misma y satisfechos todos los créditos concursales, quede remanente. En este caso, se satisfarán los intereses cuyo devengo hubiere quedado suspendido, calculados al tipo convencional (art. 59.2 *in fine*)⁴²¹.

La justificación de la norma es clara y no requiere mayor explicación. No tendría sentido alguno que, con el beneficio proporcionado al deudor con por el sacrificio de los acreedores de verse privados del cobro de intereses, el resultado fuera que el sobrante, y por tanto, ese ahorro, llegara a parar al bolsillo del deudor [o de sus socios, por la vía de la cuota de liquidación a la que lleva la extinción de la persona jurídica concursada por disposición del artículo 178.3 LC].

Las puntualizaciones relativas a qué intereses son los que se reactivan en caso de liquidación son las mismas, *mutatis mutandi*, a las efectuadas con anterioridad respecto a la solución convenida. Serán sólo los intereses moratorios –los retributivos se habrán seguido devengando hasta la apertura de la fase de liquidación tras la que, por el vencimiento anticipado de todas las obligaciones a plazo (art. 146), cesarán definitivamente– y aquellos que se hubieran debido de devengar entre la fecha de la declaración de concurso hasta aquella en la que se hubiera procedido, efectivamente, al pago de cada acreedor⁴²².

pasa a ser todo lo contrario, pues la alternativa en un escenario de liquidación de deudor solvente, la reactivación de intereses es automática y, además, al tipo convencional. La norma existe porque ha sido trasladado a la LC el límite que, en su día, contemplaba el artículo 1916 Cc para el concurso de acreedores y tenía su sentido en ese procedimientos liquidativo; pero pierde absolutamente su sentido de norma *favor creditoris* en un convenio que no implique quita, contexto en el que sólo puede leerse *favor debitoris* que dudamos fuera la intención real del legislador. De hecho, como se vio *supra* cap. 1º.III.3, pp. 149 y ss, una de las modificaciones que recibió el artículo 59 LC en la tramitación parlamentaria fue, precisamente, la de eliminar el tope del interés legal en los supuestos de liquidación porque «*en el caso de que en el concurso, después del pago de la totalidad de los créditos concursales, resulte remanente no existe justificación para limitar el pago de los intereses al tipo legal. Ello supone tan sólo beneficiar al deudor que a través del concurso pagará, sin que exista razón para ello, unos intereses menores de los pactados contractualmente*» sin percatarse, quizá, de que esta situación también se encuentra en el caso de un convenio que no implique quita.

⁴²¹ El precedente del precepto está en la disposición del artículo 1916 Cc que, en sede de concurso de acreedores, y tras disponer el cese del devengo de los intereses, establecía que si resultare remanente después de pagado el capital de deudas, se satisfarían los intereses, reducidos al tipo legal, salvo si el pactado fuera menor.

⁴²² Respecto de cada crédito el periodo de devengo a reactivar irá desde la fecha de su efectivo vencimiento –con anterioridad no hay mora– a la de su efectivo pago. La fecha de la declaración de concurso sólo servirá, en los vencidos con anterioridad, para marcar la frontera entre los intereses

El procedimiento ha debido concluir con liquidación, con independencia de la causa de su apertura, su momento y su promotor (arts. 142 y 143) y, tras la conclusión de las operaciones normales de liquidación y el pago de los créditos concursales, ha de resultar remanente. Por tanto, de un lado, ha de concluir la liquidación conforme al itinerario normal de la misma y no de manera extraordinaria (*v. gr.* con la enajenación global del patrimonio, o la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa para atender las deudas de la masa, *etc.*) y de otro, ha de resultar remanente, considerando no sólo el patrimonio del concursado sino también el de aquellos terceros que respondan frente o junto a él⁴²³.

Cumplidos estos presupuestos, la reactivación del devengo de intereses actúa *ope legis*, debiendo los administradores concursales proceder a su cálculo y pago a la totalidad de acreedores, a prorrata de su importe y con independencia y abstracción de categorías crediticias, hasta que se satisfagan todos o se agote el remanente⁴²⁴. Ello habrá de hacerse como una operación más de liquidación, antes de la emisión del informe final y la rendición de cuentas (art. 152 LC), siendo la defensa de los acreedores ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de esta previsión legal del pago de los intereses reactivados la propia oposición a la rendición de cuentas de los administradores concursales, antes de la definitiva conclusión del concurso (art. 181 LC).

En este caso no opera límite legal y la reactivación se produce al tipo convencional, sea este mayor o menor que el legal, o, en su defecto, al tipo de interés legal del dinero⁴²⁵. Ello no empece la posibilidad de actuar conforme al mecanismo defensivo

moratorios que se suspenden (art. 59 LC) y los que se subordinan (art. 92.3º LC).

⁴²³ VAZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob.cit.*, pp. 222-223.

⁴²⁴ Si con toda rotundidad el artículo 92.3º LC subordina el crédito por intereses -salvo los de los créditos con garantía real hasta donde la misma alcance-, no hay razones para una vez satisfechos, como créditos concursales que son, los créditos subordinados por intereses y, obviamente, liquidados los bienes afectos a las garantías reales, mantener rango alguno entre intereses moratorios postconcursoales. En la medida en que puede que la mora no empezara para todos el mismo día pues pende de los respectivos vencimientos, que han podido no cobrar el principal en la misma fecha, que cada acreedor tendría su propio importe de principal y que, en este caso, se mantienen, de haberlos, los tipos contractuales, se considera que la regla proporcional para el reparto del remanente debe efectuarse sobre el montante del crédito de intereses moratorios postconcursoales acumulado por cada acreedor en función del distinto *dies a quo* y *ad quem* del período de interés, principal y tasa que cada uno tenga. Aun con otros argumentos comparte la conclusión del pago proporcional VAZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob.cit.*, pp. 234-237.

⁴²⁵ Un lapsus del legislador en la tramitación parlamentaria ha dejado la literalidad del precepto de tal forma que una interpretación meramente gramatical del mismo daría para defender que no se reactivarían los intereses moratorios suspendidos si no existe «tipo convencional»; obviamente no es ésta la voluntad del legislador y ha de ser corregida en este sentido la interpretación literal del precepto, entendiendo de aplicación, en defecto de pacto, la tasa de interés legal del dinero establecida por el Gobierno en la Ley de Presupuestos del Estado. A idéntica conclusión llegan HERRERO DE EGAÑA, F. y TOLEDO, O., «Artículo 59», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. (coord.), *Proceso concursal práctico*

pertinente a la situación (nulidad del contrato, ineficacia de la cláusula, *etc.*) en los eventuales casos de intereses moratorios contractuales usurarios, abusivos o que superen límites cuantitativos establecidos legalmente con carácter imperativo (*v. gr.* art. 21.4 LCCC).

De no quedar remanente tras la liquidación y, con ello, no darse el presupuesto de esta reactivación automática, los intereses moratorios postconcursoales de todo crédito que haya sido satisfecho íntegramente en la liquidación desaparecerán definitivamente. Por el contrario, todo acreedor que tras la liquidación no haya visto satisfecho, en todo o en parte, su crédito, verá reactivada en la parte correspondiente al crédito pendiente su acción individual contra el deudor, que queda responsable de las deudas –con más rotundidad si nos encontramos ante persona natural (art. 178 LC) – y, con todo ello, renace el pleno vigor del devengo y exigibilidad de los intereses moratorios⁴²⁶.

(*Comentarios a la nueva Ley Concursal*), Editorial Iurgium, Madrid, 2004, pp. 312-314, p. 314.

⁴²⁶ Por el carácter indemnizatorio de los daños y perjuicios que concurre en los intereses moratorios se considera factible que, previa petición expresa y acreditación de los presupuestos necesarios, la condena a los cómplices a la indemnización de los daños y perjuicios y/o la de los afectados por la calificación a la cobertura del déficit patrimonial, ambas posibles ante una eventual calificación culpable del concurso (arts. 172.3 y 172 *bis* LC), incluyeran estos intereses moratorios inicialmente suspendidos.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales propósitos de la reforma del sistema concursal fue fortalecer la posición jurídica del acreedor común («acreedores ordinarios»), cuyas expectativas de cobro venían siendo irrisorias, por lo general, dada la prevalencia en la legislación derogada de numerosos y variados privilegios. Este explícito propósito legislativo⁴²⁷ se traduce en la protección y fortalecimiento de los créditos ordinarios en todas las fases del procedimiento y, respecto de la graduación de créditos, en la drástica reducción de los privilegios, por un lado, y la introducción de la figura de los créditos subordinados, por el otro⁴²⁸.

Los créditos subordinados son introducidos *ex novo* en la legislación concursal, aun cuando no en el ordenamiento jurídico español, configurándose por la LC como excepción negativa a la *par conditio creditorum*, tradicional principio de igualdad de trato de los acreedores que resulta prioritario en el sistema concursal diseñado en la reforma. En una primera aproximación, y por voluntad de la ley sustentada en razones objetivas o subjetivas, créditos subordinados son aquellos postergados frente a los demás, no sólo respecto al cobro en la fase de liquidación, sino también en cuanto a la desmerecida posición jurídica de sus titulares, como acreedores concursales, en todas las fases del procedimiento.

Tanto los privilegios como las postergaciones pueden verse como excepciones a la igualdad de trato de los acreedores, referida a igualdad formal, o bien como manifestación de tal principio, precisamente, si la referencia se hace a igualdad material. El principio constitucional de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) exige tratar igualmente lo igual, lo cual impone tratar lo desigual de forma diferenciada. Fácilmente pueden comprenderse las razones jurídicas, sociales y económicas que permiten –y aún exigen– que no todos los créditos ni todos los acreedores sean iguales ante el Derecho, especialmente en una situación de insuficiencia patrimonial del deudor impositiva de la satisfacción íntegra de sus débitos. Ello aconseja que, en pro de la consecución de la igualdad material, deba articularse una desigualdad formal entre los acreedores, según su respectiva consideración jurídica, que resultará tolerable siempre que sus

⁴²⁷ Vid. apartados V y VII *in fine* Exposición de Motivos LC.

⁴²⁸ En la LC se localizan otras técnicas, novedosas y tradicionales, de protección de los acreedores, en especial de los ordinarios –el manido *interés del concurso*–: acciones de reintegración, limitación de los derechos de separación *ex iure domini* y *ex iure crediti*, suspensión o paralización de ejecuciones singulares, posibilidad de rehabilitación de contratos y créditos, etc.

consecuencias no resulten desproporcionadas⁴²⁹.

La LC establece dos excepciones formales al principio de igualdad, de un lado, privilegiando los créditos considerados merecedores de mejor trato que los ordinarios, de otro, subordinando los merecedores de trato peor. Ambas técnicas persiguen y consiguen la idéntica finalidad de solventar el conflicto de intereses existente entre los varios acreedores, prefiriendo unos sobre otros en función de la valoración legislativa que merecen, plasmada en el ordenamiento jurídico. Pero, en todo caso, ni el privilegio ni la subordinación pueden ser fruto de una arbitraria decisión legislativa, sino que deben estar amparados por una razón de suficiente peso que justifique la desigualdad formal y fundamente la igualdad material protegida constitucionalmente, a condición, además, de no propiciar resultados desproporcionados.

Suponiendo sendos mecanismos la preferencia de los derechos de unos acreedores a costa de los de otros, ambos están sometidos a las exigencias de legalidad, interpretación estricta y causa objetiva⁴³⁰. Sin embargo, mientras que el 'privilegio' se articula a través del favor otorgado a unos acreedores, reconociéndoles derechos y facultades más allá de los concedidos con carácter general (ejecución separada, inoponibilidad del convenio, prioridad en el cobro en la liquidación, *etc.*), en cambio, la 'subordinación' los reduce o elimina para sus titulares que, de ese modo, resultan desfavorecidos. Por tanto, las exigencias de legalidad, interpretación restrictiva y causa objetiva han de intensificarse en relación con los créditos subordinados. Es en este sentido, en el que se analiza la subordinación de créditos en general y la del crédito por intereses en particular, para dilucidar, respecto de estos últimos, y en consideración a sus distintas clases, si concurren los requisitos exigidos para la tolerancia constitucional de su postergación legal, que determinará el ámbito material de su aplicación.

II. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA FIGURA DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS

1. ORIGEN DE LA FIGURA DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN EL DERECHO COMPARADO

El carácter novedoso de la figura en el Derecho concursal español y el hecho de encontrarse el origen y antecedentes de la subordinación en ordenamientos extranjeros, impone proceder a una siquiera somera descripción del régimen al respecto en tales

⁴²⁹ STC 200/2001, de 4 de octubre de 2001 (BOE 6 de noviembre de 2001).

⁴³⁰ DÍEZ SOTO, C., *Concurrencia y prelación de créditos*, *ob. cit.*, p. 67.

ordenamientos. El análisis y valoración de su incardinación en los distintos sistemas concursales y, sobre todo, la repercusión que las conclusiones han de tener en la presente memoria, aconsejan su consideración sistemática en otro lugar (*vid. infra* cap. 3º.II.1, pp. 293 y ss).

La técnica de la subordinación de créditos, aun encontrándose presente en la *Partnership Act* de 1890, procede de la doctrina jurisprudencial americana de la *equitable subordination*, incorporada en el §510 del *US Bankruptcy Code* de 1978 (*USC 11*) y, por su influencia en los supuestos de infracapitalización nominal de sociedades, de la ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada (*GmbH* §32.1), luego, de la *Insolvenzordnung* de 1994 (*InsO* §39). Con posterioridad ha sido también acogida en la legislación portuguesa que incluye la categoría de créditos subordinados en el artículo 48 *Decreto-Lei 53/2004, de 18 de marzo de 2004* que aprueba el *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)*⁴³¹.

A) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO

El Derecho concursal norteamericano se encuentra codificado en el *United States Code (USC)* cuyo título 11 (*USC 11*) está dedicado al *Bankruptcy*, tras la incorporación del *Bankruptcy Code* de 1978.

En dicho sistema concursal existen dos tipos básicos de procedimientos concursales que tienden, respectivamente, a la liquidación mediante la venta de bienes del deudor y reparto del producto entre los acreedores (*liquidation*) –*Chapter 7*– y a la recuperación del deudor, permitiéndole usar futuros ingresos para el pago de los créditos. Estos últimos procedimientos conservativos, en función de la condición mercantil o no del deudor, se regulan en los *Chapter 11 (reorganization)*, *Chapter 12 (adjustment of debts of a family farmer or fisherman with regular annual income)* y *Chapter 13 (adjustment of debts of an individual with regular income)*.

Las normas claves en la subordinación de créditos se encuentran en el §726 *USC 11*, que regula el orden de pagos en los supuestos de liquidación del *Chapter 7*, y en el §510 *USC 11*, que establece los supuestos de créditos subordinados y está inserto en el *Chapter 5* determinante de las normas generales aplicables a todos los procedimientos.

⁴³¹ Tratan los créditos subordinados en el Derecho comparado FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 70-173, MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est.cit.*, pp. 56-58 y ALONSO LEDESMA, C., «La clasificación de los créditos en el concurso», *est.cit.*, pp. 198-199.

El §726 USC 11 (Subcapítulo II, Capítulo 7, Título 11) establece el orden de pago en el proceso de liquidación. En primer lugar, los créditos que disponen de alguna prioridad –catálogo recogido en el §507 USC 11 *Chapter 5*–; a éstos siguen los créditos no asegurados (*unsecured claim*) y, por último, tres categorías de créditos [diríanse] *subordinados*. La categoría que ocupa el quinto lugar en el orden de pago –la tercera y última de los «subordinados»–, con preferencia sólo respecto del deudor, está constituida por los intereses que, respecto del resto de créditos, se hayan devengado después de la solicitud de declaración de concurso (§726.a.5 USC 11)⁴³². No obstante, el precepto salva la aplicabilidad a este procedimiento de la norma contenida en el §510 USC 11 (*Subordination*) que contempla la subordinación en tres supuestos⁴³³: la subordinación convencional (§510.a), la subordinación del crédito derivado de la rescisión de compra o venta de un valor (§510.b) y la «*equitable subordination*»⁴³⁴.

La regulación de los créditos subordinados en el procedimiento americano no

⁴³² § 726 USC 11 «(a) Except as provided in section 510 of this title, property of the estate shall be distributed—(...) (5) fifth, in payment of interest at the legal rate from the date of the filing of the petition, on any claim paid under paragraph (1), (2), (3), or (4) of this subsection; and (6) sixth, to the debtor.»

⁴³³ 11 USC § 510 – *Subordination*: (a) A subordination agreement is enforceable in a case under this title to the same extent that such agreement is enforceable under applicable nonbankruptcy law. (b) For the purpose of distribution under this title, a claim arising from rescission of a purchase or sale of a security of the debtor or of an affiliate of the debtor, for damages arising from the purchase or sale of such a security, or for reimbursement or contribution allowed under section 502 on account of such a claim, shall be subordinated to all claims or interests that are senior to or equal the claim or interest represented by such security, except that if such security is common stock, such claim has the same priority as common stock. (c) Notwithstanding subsections (a) and (b) of this section, after notice and a hearing, the court may— (1) under principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of an allowed interest to all or part of another allowed interest; or (2) order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate.

⁴³⁴ En la figura americana de la *equitable subordination*, la subordinación parte del presupuesto de una conducta desordenada y reprobable por fraude, ilegalidad, incumplimiento de los deberes fiduciarios o infracapitalización, o cualquier otro tipo de conductas dolosas o culposas; pretende evitar que los *insiders* utilicen la información o situación privilegiada de que gozan frente al resto de acreedores para obtener ventajas, preferencias o beneficios respecto de ellos, en evitación de lo cual sus créditos quedan subordinados al de los demás acreedores. Todo ello supone importantes diferencias con la automaticidad de la postergación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado prevista en la legislación española, que ha sido duramente criticada por la doctrina. Sobre la subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado hay abundante producción científica y la crítica a la opción del legislador español, incluso tras la reforma de la ley operada por el RD 3/2009. Entre otros, ALONSO LEDESMA, C., «La clasificación de los créditos en el concurso», *est.cit.*, pp. 198-203; ALONSO LEDESMA, C., «La reforma en materia de subordinación crediticia», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, 2009, pp. 59-74; AVILA DE LA TORRE, A., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», en QUINTANA, BONET, GARCÍA-CRUCES (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 439-457, pp. 442-453; SÁNCHEZ CALERO, F., «La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004, t. IV, pp. 3893-3911, pp. 3897-3908; RUIZ-RICO RUIZ, C., «En torno a los controvertibles créditos subordinados», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004, t. IV, pp. 3839-3860, pp. 3840-3860. Parte de las críticas vertidas se han visto superadas por la reforma operada en el artículo 92 LC por la Ley 38/2011, que deja en el ámbito de la subordinación del crédito de los socios de la concursada sólo el derivado de los préstamos u otros actos de análoga finalidad.

contiene, por tanto, la subordinación *stricto sensu* de intereses de clase alguna. En realidad los créditos de intereses no se subordinan –no aparecen en el elenco de los subordinados *ex §510*–, antes al contrario, se establece que, antes de entregar al deudor el remanente que resulte tras el pago de los créditos concursales, se pagará a los acreedores el interés legal de su crédito desde la fecha de la declaración. En definitiva, es una suerte de indirecta suspensión de intereses moratorios que se reactiva en el supuesto de remanente en la liquidación. Ciertamente, el sistema puede ser visto desde una doble perspectiva: la de subordinación al resto de créditos de los intereses moratorios devengados por los créditos concursales desde la declaración de concurso, o la de anteposición y consecuente pago de éstos a cualquier devolución al deudor del sobrante en la liquidación. Pero, en todo caso, se trataría de intereses moratorios. Los intereses retributivos están expresamente contemplados junto al principal en la norma general de reconocimiento de créditos⁴³⁵.

No es, pues, la legislación norteamericana el modelo o antecedente de la subordinación del crédito por intereses en la LC, por mucho que pudiera serlo de otros supuestos de créditos subordinados recogidos en esta Ley.

B) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA

El régimen alemán de las insolvencias se encuentra en la *Insolvenzordnung* de 1994 (*InsO*). La LC ha recibido, en esta materia y en otras, la influencia de la *InsO*, aun cuando, en el régimen de la subordinación, se ha apartado esencialmente de ella en varios aspectos, por un lado, y ha mantenido algunas normas que en el sistema alemán cumplen una función diferente, por otro⁴³⁶.

Se configura un único procedimiento, eminentemente liquidatorio, en el que los créditos que no hubieran vencido a la fecha de declaración de concurso serán tratados en el procedimiento como si así lo estuvieran, viniendo a establecer el «vencimiento anticipado» de las deudas a plazo que, si no devengaran interés, serán computadas descontando el interés legal⁴³⁷. Los créditos subordinados ocupan el último lugar en la preferencia de cobro.

⁴³⁵ *11USC§501 - Filing of proofs of claims or interests y 11USC§502 - Allowance of claims or interests.*

⁴³⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., «La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad», *est.cit.*, pp. 3896-3897.

⁴³⁷ *§41 Nicht fällige Forderungen (1) Nicht fällige Forderungen gelten als fällig. (2) Sind sie unverzinslich, so sind sie mit dem gesetzlichen Zinssatz abzuzinsen. Sie vermindern sich dadurch auf den Betrag, der bei Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zur Fälligkeit dem vollen Betrag der Forderung entspricht.*

La *InsO* parte de la igualación de los derechos de todos los acreedores concursales (*Insolvenzgläubiger*), entendiéndolo que son tales quienes, en el momento de apertura del proceso, detentan un derecho a reclamar sobre el patrimonio del deudor (§38). Reconoce tres categorías: los acreedores de la masa (*Massegläubiger* –§53–), los acreedores con derecho de satisfacción separada y preferente (§49 a 51) y los acreedores subordinados (*Nachrangige Gläubigern* –§39–)⁴³⁸. Los acreedores subordinados, reconocidos como acreedores concursales, sólo tienen derecho a la satisfacción de sus créditos una vez que hayan sido cubiertos los demás, lo que, sin embargo, supone una mejora respecto de su precedente legislativo⁴³⁹.

Los supuestos de créditos subordinados están graduados en tres categorías (§39). En la primera y jerarquizados: (i) los intereses de los créditos concursales devengados a partir de la apertura del procedimiento; (ii) los gastos que se originen en el procedimiento; (iii) las sanciones pecuniarias de todo orden; (iv) los créditos originados por una liberalidad del deudor; (v) los créditos del socio a la devolución del préstamo sustitutivo del capital o créditos asimilados. En la segunda se incluyen los créditos postergados por pacto contractual, que se satisfarán conforme a lo pactado y, en caso de duda, tras los del orden primero. Por último, los intereses de los créditos concursales subordinados y los gastos que para estos acreedores surjan por su participación en el procedimiento, que se satisfarán con el mismo rango que los créditos principales – subordinados– de los que deriven⁴⁴⁰.

⁴³⁸ En realidad hay cuatro categorías pues, como señala FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, nota 86, p. 84 aun cuando el concepto de créditos «ordinarios» no existe en el Derecho alemán cuya doctrina los denomina «acreedores concursales no subordinados» (*nicht nachrangige Insolvenzgläubiger*), queda claro que esa categoría se asimila a la así denominada por nuestra legislación.

⁴³⁹ En la legislación concursal que derogó la *InsO -Konkursordnung* de 1877(KO)-, prácticamente los mismos créditos que ahora se subordinan entonces eran sencillamente excluidos del proceso, pues tenían establecida la prohibición de participar en el concurso. No siendo créditos concursales (§63 KO) tenían la posibilidad de intentar resarcirse sobre el nuevo patrimonio del deudor durante la pendencia del proceso, lo que había dado lugar a ciertos problemas de coordinación con el proceso concursal; además, en caso de que de la liquidación resultara remanente, el mismo se entregaba al deudor o se repartía entre los socios. Por tanto el giro de la *InsO* supone que a estos acreedores, que ya no pueden dirigirse individual y separadamente contra el patrimonio del deudor (§87 *InsO*), se les reconoce el derecho a cobrar cuando, a consecuencia de la liquidación, resulte remanente después de satisfechos los ordinarios. *Vid.* FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, pp. 74-86

⁴⁴⁰ §39 *InsO*: «[1] Situados subordinadamente respecto de los créditos generales de los acreedores concursales, serán satisfechos, de acuerdo con la siguiente relación, de forma proporcional dentro de cada rango: 1. Los intereses devengados desde la apertura del proceso de insolvencia sobre los créditos de los acreedores concursales; 2. Los costes que se originen por la participación de los distintos acreedores en el proceso; 3. Las penas pecuniarias, las multas, las correcciones disciplinarias económicas y las multas coercitivas, así como semejantes consecuencias derivadas de un delito o de una irregularidad, las cuales obliguen a un pago de dinero; 4. Los créditos resultantes de una prestación gratuita del deudor; 5. Los créditos relativos a la devolución de préstamos sustitutivos de los fondos propios de una sociedad o créditos de naturaleza similar. [2] Los créditos, respecto de los cuales, el acreedor y el deudor hayan pactado su subordinación para el caso de insolvencia, serán satisfechos, en caso de duda, tras aquellos

Los intereses que se subordinan, pues, son sólo los moratorios devengados por las obligaciones del deudor desde la apertura del procedimiento. No se prevé la suspensión del devengo de intereses moratorios, pero a cambio se subordinan los que se vayan acumulando durante la tramitación del procedimiento, siendo así que los intereses devengados con anterioridad [moratorios o retributivos] se incorporan al crédito principal, ocupando su mismo rango.

Aun cuando la ley no excluye expresamente de la subordinación los intereses de los créditos de que sean titulares los acreedores con derecho de separación –v. gr. los hipotecarios–, ni los de las obligaciones de la masa, la doctrina, con apoyo en algún precedente jurisprudencial, defiende que en ambos casos deberán considerarse excluidos de la subordinación⁴⁴¹. Los intereses de los créditos subordinados no comparten el rango de subordinación del crédito por intereses en general, sino que son degradados al rango que corresponda al crédito principal –subordinado– del que deriven (§39.3).

Pese a que el variado elenco de créditos subordinados de la legislación alemana es de heterogénea naturaleza y entre ellos no existe aparente relación, comparten la mayoría de su régimen jurídico. Los créditos subordinados son considerados créditos concursales, por lo que padecen la limitación de sólo poder perseguirse por el cauce del proceso, atribuyéndoseles los mismos derechos que los correspondientes a los *ordinarios*, salvo aquéllos que le vengán expresamente limitados o eliminados. En este régimen especial merece destacar que sus titulares tienen derecho de asistencia a la Junta de acreedores, pero no pueden solicitar convocatoria ni votar en la misma (§77), por lo que en la mayoría para formar la voluntad no se les tiene en cuenta. Además, sólo tienen que comunicar sus créditos cuando sean requeridos para ello (§174.3); por tanto, como regla general, no son incluidos en la lista de acreedores, ni reconocidos en la Junta ni, por tanto, pagados⁴⁴².

Como solución alternativa y con la finalidad de conservar la empresa, se prevé la posibilidad de que el concurso concluya a través de un Plan de Insolvencia (*Insolvenzplan*) que

referidos en el apartado 1. [3]. Los intereses de los créditos concursales subordinados y los costes, que estos acreedores ocasionen por su participación en el proceso, tienen el mismo rango que el crédito de dicho acreedor.»

⁴⁴¹ EICKMANN, D, *Heidelberger Komm InsO*, p. 241 y EHRICKE, U., *Munchener Komm InsO*, P. 824. Vid. FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.* pp. 89-90.

⁴⁴² En el procedimiento alemán, se reconocen los créditos –excepto los subordinados–, confeccionando el administrador concursal un informe sobre si hay posibilidades de convenio o necesidad de liquidación. El requerimiento para reconocimiento de los subordinados se producirá sólo cuando se prevea que va a haber activo suficiente para cubrir íntegramente el importe del valor nominal de los créditos reconocidos. Si, por cuestiones de plazo, no es posible el reconocimiento de los créditos subordinados en la Junta de reconocimiento, se reconocerán separadamente en una junta especial o por escrito. Vid. FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 117-118.

establezca la forma de satisfacción de los acreedores, la realización de la masa activa y su distribución a las partes, así como la responsabilidad del deudor a partir de la finalización del proceso concursal (§217)⁴⁴³. En el plan de insolvencia se puede incluir a los acreedores subordinados, estableciéndose la forma de pago, pero, con la finalidad de simplificar el proceso, los créditos subordinados (salvo las multas y sanciones, sobre las cuales la responsabilidad del deudor no cesa tras el cierre del proceso) se presumen condonados y, por tanto, los créditos extinguidos, a no ser que el plan establezca expresamente lo contrario (§225). Si han de quedar afectados por el plan, los acreedores subordinados tienen derecho de voto en su aprobación, pero ésta se presume, con carácter general, si ningún acreedor del grupo correspondiente interviene en la votación (§246). Respecto de los acreedores por intereses y gastos del procedimiento, se presume que han dado su conformidad al plan si éste contempla la condonación de sus créditos y los créditos por principal no son satisfechos en su totalidad; en cuanto al resto de acreedores subordinados de grupos de rango posterior también se presume concedida la aprobación si ningún acreedor concursal queda, a través del plan, en mejor posición que la que le correspondería en ausencia de él.

C) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN PORTUGAL

En Portugal, el sistema procesal o judicial de la insolvencia viene regulado por el *Decreto-Lei núm. 53/2004, de 18 de marzo de 2004*, que aprueba el *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)*. Se establece un proceso general - *processo de insolvência*-, en el que compete a los acreedores, reunidos en Junta y a la vista del informe del administrador concursal, evaluar la viabilidad económica de la empresa y decidir conjuntamente si se debe reflotar o liquidar la empresa y en qué condiciones.

La declaración de concurso, configurado como un procedimiento esencialmente liquidatorio, provoca, en consonancia con esa configuración, el vencimiento de todas las obligaciones del concursado que no estén sujetas a una condición suspensiva, computándose las que estuvieran por vencer y no devengaran intereses remuneratorios, o los devengaran a un tipo inferior al legal, previa detracción de la diferencia entre el interés convencional y el legal y por el tiempo que mediara entre el vencimiento y la fecha de la declaración (art. 91 CIRE)⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Se advierte que la solución a través del Plan de Insolvencia es una opción absolutamente marginal en la práctica y experiencia concursal alemana que, además, no es una fase equiparable a la aprobación de un convenio en nuestra LC. Ante esta evidencia, la modificación de la *InsO* operada por la *ESUG* de 2011 pretende potenciar el plan de insolvencia incorporando, entre otras medidas, un procedimiento –diríase-preparatorio de él, previsto para situaciones de sobreendeudamiento y/o incapacidad inminente –no actual- de pago en el que sea aparentemente viable una negociación para la reestructuración empresarial y por el que se establece un plazo de tres meses para que el deudor pueda definir un plan de insolvencia que presentar a la aprobación de los acreedores tras la apertura del procedimiento de insolvencia. *Vid. infra* cap. 3º. II.1.C), p. 297.

⁴⁴⁴ «Artigo 91. Vencimento imediato de dívidas. 1 - A declaração de insolvência determina o vencimento de todas as obrigações do insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva. 2 - Toda a obrigação ainda não exigível à data da declaração de insolvência pela qual não fossem devidos juros

Los créditos concursales se dividen en cuatro categorías: garantizados, privilegiados, subordinados y ordinarios. Subordinados son los créditos recogidos en el artículo 48 CIRE⁴⁴⁵, cuyo pago sólo se realiza una vez pagados íntegramente los créditos ordinarios. En general, los créditos por intereses devengados tras la declaración de concurso por los créditos concursales, se sitúan en el segundo lugar de la graduación, salvo que gocen de privilegios crediticios, generales o especiales, o estén garantizados por hipotecas legales que no se hayan extinguido como consecuencia de la declaración de concurso y hasta donde puedan cubrirlos; sin embargo, los créditos por intereses derivados de créditos subordinados, ocupan el quinto y penúltimo lugar de la subordinación.

No se produce, pues, la suspensión del devengo de intereses pero, declaradas anticipadamente vencidas todas las deudas del concursado, los intereses [moratorios] que se devenguen tras la declaración sufren en su cobro la degradación que corresponda en función del tipo de crédito del que deriven.

En una reforma legislativa (*Lei* 16/2012, de 20 de abril) se incorporó un proceso especial de revitalización de empresas (*processo especial de revitalização*) que persigue facilitar al deudor en difícil situación económica o de insolvencia inminente, el establecimiento de negociaciones con los acreedores para llegar a un acuerdo, sometido a homologación judicial, que permita el reflatamiento de su empresa⁴⁴⁶. Por su propia

remuneratórios, ou pela qual fossem devidos juros inferiores à taxa de juros legal, considera-se reduzida para o montante que, se acrescido de juros calculados sobre esse mesmo montante, respectivamente, à taxa legal, ou a uma taxa igual à diferença entre a taxa legal e a taxa convencional, pelo período de antecipação do vencimento, corresponderia ao valor da obrigação em causa. 3 - Tratando-se de obrigação fraccionada, o disposto no número anterior é aplicável a cada uma das prestações ainda não exigíveis. 4 - No cômputo do período de antecipação do vencimento considera-se que este ocorreria na data em que as obrigações se tornassem exigíveis, ou em que provavelmente tal ocorreria, sendo essa data indeterminada (...)

⁴⁴⁵ *Artigo 48. Créditos subordinados. Consideram-se subordinados, sendo graduados depois dos restantes créditos sobre a insolvência: a) Os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respectiva aquisição, e por aqueles a quem eles tenham sido transmitidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; b) Os juros de créditos não subordinados constituídos após a declaração da insolvência, com excepção dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor dos bens respectivos; c) Os créditos cuja subordinação tenha sido convencionalmente acordada pelas partes; d) Os créditos que tenham por objecto prestações do devedor a título gratuito; e) Os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má fé; f) Os juros de créditos subordinados constituídos após a declaração da insolvência; g) Os créditos por suprimentos.*

⁴⁴⁶ *Artículos 17 A a I CIRE. «Artigo 17.º-A. Finalidade e natureza do processo especial de revitalização. 1 - O processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização (...).» «Artigo 17.º-B. Noção de situação económica difícil. Para efeitos do presente Código, encontra-se em situação económica difícil o devedor que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas*

configuración, la apertura del procedimiento no tienen más efecto que el de paralizar o suspender las acciones de reclamación o cobro de los créditos, hasta que el plan de recuperación sea alcanzado o termine sin concluirse⁴⁴⁷.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA SUBORDINACIÓN CREDITICIA

La introducción por la LC de la figura de los créditos subordinados supone una absoluta novedad, como figura sustantiva, en el ordenamiento concursal español. No obstante, no era una figura desconocida, pues como singulares antecedentes legislativos –no concursales– se encuentran: (i) los préstamos participativos y otras figuras análogas que se conectaron a los planes de reconversión industrial, en los que el crédito del prestamista quedaba subordinado respecto de los acreedores comunes en caso de situaciones concursales (Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización, posteriormente llevado al art. 20 RD 7/1996, de 8 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica); (ii) las financiaciones subordinadas de las entidades de crédito (con origen en la Ley 13/1985 y culminadas con la Circular 5/1993, de 26 de marzo, del Banco de España, posteriormente derogada por la Circular 3/2008, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, modificada por la Circular 4/2011, de 30 de noviembre); y (iii) los créditos subordinados de los préstamos hechos a una sociedad anónima deportiva por sus accionistas, consejeros y demás administradores (art. 22 RD 1251/1999, de 16 de julio)⁴⁴⁸.

Cabría añadir la referencia al frustrado intento del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993 de introducir un capítulo XI a la LSA por la que se regularía la «postergación legal de créditos», de aplicación también a las sociedades de responsabilidad limitada⁴⁴⁹. En síntesis, se recogía el supuesto de infracapitalización

obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito.»

⁴⁴⁷ «Artigo 17.º-E. Efeitos. 1 - A decisão a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo 17.º-C obsta à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas contra o devedor e, durante todo o tempo em que perdurarem as negociações, suspende, quanto ao devedor, as ações em curso com idêntica finalidade, extinguindo-se aquelas logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação.»

⁴⁴⁸ MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est.cit.*, pp. 58 y 65. Un análisis de dichas figuras puede verse en FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 49-69.

⁴⁴⁹ Publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al núm. 1675, de 25 de junio de 1993, páginas 741 a 742, redactado por la ponencia especial integrada por J.L. Iglesias Prada, F. Núñez-Lagos, A. Rojo Fernández-Río y H. Sánchez Rus, y revisado por el Pleno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presidida por A. Menéndez. *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., «La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad», *est.cit.*, pp. 3893 a quien seguimos para la referencia a este anteproyecto. FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 36-43 recoge un análisis completo del texto proyectado, con sus antecedentes

nominal sobrevenida de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en las que quien fuera administrador de la sociedad, su socio con más del 10% del capital social o sociedad del mismo grupo, hubiera contraído crédito con la sociedad «por necesidades de financiación que un ordenado empresario hubiera cubierto mediante aportaciones de capital», en cuyo caso, y ante la incursión de la sociedad en procedimiento concursal, dichos créditos quedarían legalmente postergados en el sentido de ser sólo satisfechos tras los créditos ordinarios y resultar privados del derecho a voto del convenio. Además se barajaba la posibilidad, bajo ciertos presupuestos, de anular las amortizaciones de esos créditos postergados efectuadas por la sociedad, y se preveían consecuencias para las garantías prestadas para su devolución, que quedarían postergadas o, incluso, extinguidas. Tal situación jurídica se proponía también respecto de los créditos concedidos en las mismas circunstancias de necesidad de capital por terceros, si éstos hubieren recibido garantía personal de devolución de los administradores o socios tenedores del 10% del capital de la sociedad prestataria. El Anteproyecto de 1993 fue acogido como Proyecto de Ley por parte del Gobierno que, no obstante, eliminó la Disposición Adicional duodécima, dejando la reforma pendiente, al considerarse más adecuado encuadrarla en la más amplia y general reforma del Derecho concursal que venía prevista.

Como antecedente legislativo propiamente concursal podría localizarse una conexión con los derogados artículos 1916 Cc y 884 CCom que, en concurso de acreedores del deudor civil y quiebra del comerciante, respectivamente, regulaban la suspensión del devengo de intereses de todos los créditos, desde la fecha de su respectiva declaración, salvo los de los hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcanzara la respectiva garantía. Tales preceptos establecían además que, no obstante, si resultare remanente después de pagado el capital de deudas, se satisfarían los intereses al tipo legal, salvo que el pactado fuere menor. Esta disposición normativa, antecedente directo de la suspensión del devengo de intereses del artículo 59 LC (*vid. supra* cap.1º.II.1), pp. 129 y ss), ha sido también percibida como precedente de la figura de la subordinación, por conseguir un efecto análogo⁴⁵⁰.

En lo que se refiere a previos proyectos de reforma concursal, el precedente directo se encuentra en la frustrada Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 –la denominada *Propuesta Rojo*–, redactada en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación⁴⁵¹. Se preveía la introducción de los «créditos

en el derecho comparado situados en la *GmbHG* alemana y en la jurisprudencia dictada en su aplicación y con los comentarios doctrinales producidos a la luz del mismo.

⁴⁵⁰ VEIGA COPO, A.B., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 102, Año XXV, abril-junio 2006, pp. 9-69, p. 10.

⁴⁵¹ Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959, Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 están disponibles en «La Reforma del Derecho Concursal», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Monográfico 1997. El anteproyecto de 1983 también se encuentra en AA.VV., «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, marzo 1985, pp. 279-357. FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, pp. 46-47 señala, no obstante, que si bien el ALC 1983 no contenía ninguna categoría de créditos subordinados o postergados sí privaba del derecho de voto en la Junta a ciertas personas hoy incluidas en la categoría de las especialmente relacionadas con el deudor.

legalmente postergados» (art. 112), explicados en su Exposición de Motivos como «*acreedores legalmente postergados –o subordinados a la satisfacción de los ordinarios–, categoría que toma como referencia básica la existencia de una estrecha relación entre el deudor y el acreedor*»⁴⁵².

En tal categoría se incluían sólo tres grupos (art. 126): (i) los créditos por intereses –*«los relativos a intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los créditos hipotecarios y los pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía»*–; (ii) los créditos por multas y demás sanciones; (iii) los créditos de que fuera titular una persona especialmente relacionada con el deudor, relacionadas en el artículo 127 PALC. Además, aun no relatándolos en el elenco, los créditos ordinarios que fueran tardíamente comunicados quedarían legalmente postergados; circunstancia que, de producirse en relación con créditos que ya tuvieran la consideración de legalmente postergados, produciría la definitiva extinción de los mismos, y de versar sobre privilegiados, los privaría del privilegio (art. 112).

El régimen de los créditos legalmente postergados era menos gravoso que el establecido en la LC. Se articulaba privando de voto sólo a los acreedores que fueran personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 140.1º), quienes además no tenían que prestar su consentimiento para la conversión de sus créditos en participación en la sociedad, si ésta se contenía en el convenio (art. 161.3º); el convenio podía aprobarse con el voto a favor de la mitad del pasivo ordinario, excluyéndose del cómputo los créditos legalmente postergados, salvo en los casos de convenios poco gravosos –pago íntegro en 3 años o pago inmediato con quita máxima de 20%–, en cuyo caso bastaba la mayoría simple del pasivo total si representaba la cuarta parte del ordinario (art. 159); en fin, el pago de dichos créditos se realizaría, una vez satisfechos los créditos ordinarios, en el orden del artículo 126 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 201).

3. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY CONCURSAL Y SUS REFORMAS POSTERIORES

La configuración básica de los créditos subordinados y el elenco de los considerados como tales sufrió pocos cambios durante la tramitación parlamentaria de la LC,

⁴⁵² Fue publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior* «Materiales para la reforma de la legislación concursal», suplemento al número 1.768, de 15 de febrero de 1996, pp. 918-1006. Para más detalles sobre sus trámites de redacción e exposición pública *vid. infra* cap. 3º.II.3.C), p. 311.

encontrándose sustancial identidad entre el Anteproyecto (arts. 91 y 92) y el texto definitivo (arts. 92 y 93). Variaron aspectos muy puntuales que pueden considerarse como meros retoques, siendo las objeciones de mayor calado las referidas a la supresión de la subordinación por especiales relaciones con el deudor persona física y la propuesta de suprimir la subordinación de créditos por intereses derivados de operaciones bancarias, que se analiza posteriormente (*vid. infra* V, 2)⁴⁵³.

Durante la vigencia de la LC la práctica ha puesto de manifiesto la necesidad de retocar algunas cuestiones relacionadas con la postergación crediticia y ciertos aspectos del régimen de los créditos subordinados han sido modificados por las leyes de reforma parcial, ninguna de las cuales afecta particularmente a la subordinación del crédito por intereses.

La reforma operada por Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo introdujo el número 7 del elenco de créditos subordinados, incluyendo los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas en los que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso⁴⁵⁴. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, modificó y aclaró el régimen de los subordinados por comunicación tardía, excluyó de la subordinación los créditos de los socios de la concursada con origen distinto a una operación de préstamo y análogos, e incluyó en el mismo rango de los intereses a los recargos de cualquier clase, zanjando de este modo la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el tratamiento concursal que merecían, fundamentalmente, los recargos de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en los términos vistos (*vid. supra* cap.1º.V.4.B), p. 175).

III. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL CRÉDITO SUBORDINADO

No existe en la LC una definición de ‘crédito subordinado’, pero del análisis de sus disposiciones se llega a aprehender que lo son aquellos de heterogénea naturaleza que, por voluntad de la ley y al amparo de razones de naturaleza, ora objetiva, ora subjetiva, han de ser satisfechos en la liquidación una vez atendidos el resto de créditos. Tales créditos subordinados, por lo demás, se encuentran sometidos a un singular régimen jurídico caracterizado por la restricción o eliminación de derechos y facultades

⁴⁵³ Para los hitos más importantes de la tramitación parlamentaria de la LC y sus correspondientes fuentes documentales *vid. infra* cap.3º.II.3.D), pp. 315 y ss. MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est.cit.*, pp. 51-56 recoge sistemáticamente las distintas enmiendas y modificaciones que fueron sucediéndose en la tramitación parlamentaria. Por su parte, GUILARTE GUTIERREZ, V., «Artículo 92», en SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la Legislación concursal*, Lex Nova, 2004, t. II, pp. 2027-2052, p. 2031 recoge cómo ninguno de los preceptivos informes al Anteproyecto de Ley concursal valoró negativamente la inclusión de la categoría de los créditos subordinados, siquiera la breve referencia contenida en el del Consejo Económico y Social de la conveniencia de excluir de la subordinación a los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor que gozaran de garantía real o privilegio especial.

⁴⁵⁴ ALONSO LEDESMA, C., «La reforma en materia de subordinación crediticia», *est.cit.*, aborda tal reforma concursal desde la perspectiva de los créditos subordinados.

reconocidos a los titulares de los créditos concursales ordinarios, especialmente en cuanto al derecho al voto en el convenio.

El elenco de créditos subordinados viene establecido en el artículo 92 LC, jerarquizándose entre ellos según el orden en que se encuentran relacionados (art. 158 LC): (i) créditos no insinuados o tardíamente comunicados, en ciertos casos; (ii) créditos subordinados por pacto contractual; (iii) créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía; (iv) créditos por multas y demás sanciones pecuniarias; (v) créditos cuyo titular sea alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (artículo 93 LC); (vi) créditos que, como consecuencia de rescisión concursal, resulten a favor de quien la sentencia haya declarado parte de mala fe en el acto impugnado; (vii) créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas cuando el acreedor obstaculice de forma reiterada, en perjuicio del interés del concurso, el cumplimiento del contrato.

La heterogeneidad de los distintos grupos de créditos sometidos a esta postergación y la ausencia de vínculo común, en cuanto a su naturaleza o titularidad, han llevado a considerar superfluo e innecesario ofrecer una aproximación conceptual a la categoría⁴⁵⁵. Hasta tal punto llega la heterogeneidad que un intento clasificador, en atención a las razones que lo sustentan, consentiría, a lo sumo, una reducción a cuatro categorías según: su *origen convencional* (subordinación contractual), la *naturaleza del crédito* (intereses, recargos, sanciones), su *titularidad* (personas especialmente relacionadas con el concursado) y el *comportamiento censurable del acreedor* (rescisión con mala fe, comunicación tardía y obstrucción al cumplimiento del contrato)⁴⁵⁶.

En términos generales, la subordinación se establece como un sistema que posterga el crédito de forma automática y objetiva, con independencia de cualquier juicio de reprochabilidad, pues no depende de la estimación de una ilicitud o de un fraude, ni siquiera en los supuestos basados en la titularidad del crédito⁴⁵⁷. La idea de penalidad o represión sólo aflora en los casos de subordinación conectados con la conducta del titular del crédito, especialmente en el de rescisión contractual y, sobre todo, en el de

⁴⁵⁵ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 167. También destaca el carácter heterogéneo de los supuestos calificándolos de «cajón de sastre» VEIGA COPO, A.B., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *est.cit.*, p. 15.

⁴⁵⁶ Pone de manifiesto esta circunstancia, aun cuando emplea otra clasificación MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est.cit.*, p. 60.

⁴⁵⁷ ROJO, A., «La calificación de los créditos concursales con garantía personal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 7, 2006, pp. 517-540, p. 535 para quien la subordinación no supone una «sanción civil», sino simplemente una jerarquización del crédito; MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est.cit.*, p. 61.

obstrucción al cumplimiento del contrato, añadido por el RD-Ley 3/2009, que no opera de forma automática y sí requiere el juicio de reprochabilidad –*el juez constate*– ausente en los supuestos de la redacción original del precepto⁴⁵⁸.

Basándose cada uno de los supuestos de postergación en razones distintas y siendo las consecuencias de su calificación el único denominador común, procede analizar las consecuencias comunes aparejadas a la calificación de un crédito como subordinado como premisa para el análisis posterior de la postergación, en particular, del crédito por intereses.

IV. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TITULAR DE CRÉDITO SUBORDINADO

El rasgo propio de los créditos subordinados es su debilitación, la posición jurídica disminuida que, en relación con el resto de acreedores, ocupan sus titulares, quienes carecen de voto para la aceptación del convenio (art. 122.1.1º LC), siquiera queden afectados por él (art. 134.1 LC), y sólo pueden cobrar en la liquidación cuando hayan sido íntegramente satisfechos los demás créditos, contra la masa y concursales (arts. 154 a 158 LC).

Los créditos subordinados⁴⁵⁹ quedan integrados en la masa pasiva del concurso por efecto del principio de universalidad ligado a la declaración de concurso («todos los acreedores, ordinarios o no» –art. 49 LC–). Por ello, sus titulares son acreedores concursales, aunque formando parte de una categoría especial, y participan, en parte, de los mismos derechos que el resto de acreedores, resultando limitado o privado sólo el ejercicio de algunas otras facultades. Tienen un régimen jurídico común al que se

⁴⁵⁸ ALONSO LEDESMA, C., «La reforma en materia de subordinación crediticia», *est.cit.*, pp. 66-67 respecto del supuesto del párrafo 7º entiende que sólo en ese caso la subordinación no tiene carácter automático sino que procederá cuando el Juez constate, previo informe de la administración concursal, el concurso de tres presupuestos: la conducta obstaculizadora de la parte *in bonis*, la persistencia o reiteración en ella y el perjuicio del interés del concurso. A falta de cualquiera de estos tres requisitos, no se podrá subordinar el crédito y se estará ante «un supuesto ‘normal’ de incumplimiento del contrato que dará derecho a la resolución contractual».

⁴⁵⁹ Se opta, como la propia Ley, por referirse indistintamente a acreedores subordinados, titulares de créditos subordinados o créditos subordinados, conscientes de que, en realidad, como afirma VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 134. Extensión subjetiva», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 938 a 942, p. 939, acreedores subordinados no existen; ni privilegiados, ni ordinarios, sino créditos de una u otra clase. Tampoco, se añade, es una «lista de acreedores», sino una lista de créditos con identificación de sus titulares; con ello, la obvia matización de que, cabiendo la posibilidad de que en una misma persona concorra la condición de titular de créditos de diversas clases, el acreedor quedará sometido a un distinto régimen concursal en función del asignado a la titularidad de cada clase de ellos, por lo que si, *v. gr.*, un acreedor subordinado disfruta, además, de la titularidad de un crédito ordinario, quedará sometido a un doble estatus concursal: el general, por el crédito ordinario, y el restringido, por el subordinado.

añaden unas consecuencias específicamente previstas para los créditos cuyos titulares sean personas especialmente relacionadas con el concursado (*v. gr.* pérdida de las garantías constituidas) que, por exceder de los objetivos planteados en esta memoria, serán aquí obviados⁴⁶⁰. La labor de concretar la posición jurídica de los acreedores subordinados en las distintas fases del procedimiento no está, sin embargo, exenta de dificultades.

De un lado, defectos de técnica legislativa y abundantes lagunas legales llevan frecuentemente a una necesaria labor interpretativa e integradora de las disposiciones legales, que conduzca a precisar la verdadera posición jurídica de los titulares de los créditos subordinados, especialmente en la fase de convenio. Los pronunciamientos doctrinales recaídos siguen, por lo general, un método inductivo por el que, partiendo de su último rango de prelación crediticia en la liquidación y de la privación a sus titulares del derecho a voto del convenio, llegan a concluir que la pretensión legislativa no era otra que otorgar a los créditos subordinados un papel absolutamente marginal y degradado en el proceso. Esa degradación y marginalidad inducidas son base para permitir una interpretación, en muchos casos, extensiva de privaciones o limitaciones de derechos no expresamente establecidas en la Ley. Sin embargo, no parece que ello resulte admisible, dado que el régimen legal de la posición de acreedor subordinado se articula en normas limitativas de derechos que han de ser interpretadas restrictivamente, sin que quepa un recurso abierto a la analogía. En muchos casos no se puede inducir la posición jurídica de los titulares de créditos subordinados de la *mera* privación del derecho a voto del convenio y de la postergación de su cobro en la liquidación, sino que la misma ha de deducirse de las limitaciones o restricciones expresamente establecidas, atendiendo, en todo caso, a la finalidad de la figura y, sobre todo, a las exigencias de justificación y proporción derivadas de su excepcionalidad (art. 14 CE).

De otro lado, se añade la dificultad de extraer un régimen jurídico común aplicable a una heterogeneidad de supuestos que encuentran justificación en razones distintas y de diferente peso, lo que a veces conduce a que una interpretación resulte proporcionada y justificada para un supuesto, mas no para otro. Tratándose, además, de una figura novedosa en la legislación concursal española, no existen antecedentes doctrinales o jurisprudenciales que coadyuven en la tarea interpretativa a la que, por añadidura, tampoco sirve siempre el derecho comparado, pues ni la configuración de la institución

⁴⁶⁰ Un estudio exhaustivo y en profundidad de la subordinación de estos créditos y de su peculiar régimen jurídico puede verse en FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.* o en AVILA DE LA TORRE, A., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *est.cit.* Para un análisis de la reforma legal operada en esa materia por el RD Ley 3/2009, de 27 de marzo, con la crítica a su insuficiencia, *vid.* ALONSO LEDESMA, C., «La reforma en materia de subordinación crediticia», *est.cit.*

misma, ni los supuestos incluidos en ella, son íntegramente comparables⁴⁶¹.

Con todo ello se aborda la necesaria delimitación de la posición jurídica de los titulares de cualquier crédito subordinado, haciéndolo en relación con los distintos estadios procedimentales.

1. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS ANTE LA FASE COMÚN.

A) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

La legitimación para solicitar la declaración de concurso necesario viene atribuida a «cualquiera» de los acreedores del deudor (art. 3.1 LC) por lo que, en su condición de acreedor concursal, el titular de un crédito subordinado goza de tal facultad, siendo incluso innecesario, por otra parte, hacer constar en la solicitud la clase que corresponda al crédito del solicitante (art. 7.1 LC)⁴⁶². No obstante, haber instado la declaración del concurso no concederá al acreedor por crédito subordinado el privilegio general conforme al artículo 91.7º LC, por estar vedado expresamente este privilegio de elevación del rango a los créditos subordinados⁴⁶³.

Dado que la posibilidad de solicitar las medidas cautelares sobre el patrimonio del deudor está conectada con la legitimación para instar el concurso necesario (artículo 17.1 LC), el reconocimiento de un derecho lleva necesariamente al reconocimiento del otro, por lo que también los acreedores subordinados gozarán de dicha facultad, en idénticos términos que el resto de acreedores concursales.

Gozan, asimismo, de la facultad de recurrir el auto de declaración de concurso cuya legitimación reside en el deudor que no la hubiese solicitado y cualquier persona que acredite interés legítimo, entre quienes se encontrarían los acreedores subordinados. Tampoco concurre ninguna especialidad en cuanto a la recurribilidad del auto desestimatorio de la solicitud de declaración, pues a dicho recurso sólo tendrían acceso de ser el solicitante (art. 20 LC).

⁴⁶¹ En las legislaciones norteamericana, alemana y portuguesa la *subordinación* del crédito por intereses va referida a intereses moratorios devengados tras la apertura del procedimiento concursal que, además, en todos los casos, tienen configuración de procesos esencialmente liquidativos (*vid. supra* cap. 2º.III.1, pp. 146 y ss e *infra* cap. 3º, II, 1, pp. 293 y ss).

⁴⁶² FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 596.

⁴⁶³ Argumento que, *ad abundantiam*, se añadiría al de la interpretación literal del artículo 3.1 LC para afirmar la legitimación de los acreedores subordinados para instar la declaración de concurso, pues si el propio artículo 91.7º está excluyendo del privilegio del crédito del acreedor instante del concurso a aquel que tuviera la calificación de subordinado, es porque puede serlo un acreedor de tal condición.

B) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA COMPOSICIÓN Y RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

En su redacción inicial, la LC establecía una administración concursal integrada – salvo en los casos de procedimiento abreviado–, entre otros, por un acreedor que fuera titular de crédito ordinario o con privilegio general no garantizado (art. 27 LC), de modo que, al inicio del itinerario del nuevo régimen concursal, los titulares de créditos subordinados resultaban privados de la facultad de formar parte de la administración concursal.

Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, la regla general es la integración de la administración concursal por un solo miembro de carácter profesional (art. 27.1 LC). Excepcionalmente, en caso de concursos ordinarios de especial trascendencia⁴⁶⁴, el juez nombrará además a un administrador concursal que sea acreedor titular de crédito ordinario o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe (art. 27.2.3º LC). Por tanto, tampoco ahora cabe la posibilidad de resultar designado administrador concursal un acreedor titular de sólo crédito subordinado. Pero en el caso de ser además titular de cualquiera otro crédito de los que habilitan para integrar la administración concursal, no existe impedimento alguno para su designación como tal, ya que el precepto legal, más que una limitación a los derechos del acreedor subordinado, presupone la conveniencia de una cualidad que debe reunir el acreedor en orden a su idoneidad para formar parte de la administración concursal⁴⁶⁵. Por tanto, la inhabilidad para ser nombrado administrador concursal debe predicarse sólo de aquellos acreedores que ostenten exclusivamente la condición de titulares de

⁴⁶⁴ La condición de concurso de especial trascendencia a estos efectos puede ser declarada por el juez del concurso, mediante decisión motivada, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: más de mil acreedores, masa pasiva superior a los cien millones de euros, tal cantidad como cifra de negocios anual o más de cien trabajadores en los últimos tres ejercicios. También cabe, aun cuando no se den dichas circunstancias, cuando concorra causa de interés público que lo justifique, en cuyo caso se podrá nombrar como administrador concursal acreedor a una Administración pública o a una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella (art. 27 *bis* LC).

⁴⁶⁵ Paralelamente a que la explicación de excluir a los acreedores especialmente privilegiados está en su falta de idoneidad para defender los intereses del concurso dadas sus expectativas de percibir el importe de su crédito al margen del mismo, la de la exclusión de los acreedores subordinados, en términos generales, también está en esa misma falta de idoneidad, en sentido contrario, por sus escasas expectativas de ver satisfechos sus créditos dentro del proceso concursal. En ambos casos, el presumible escaso interés personal de dichos acreedores en el concurso no permite presumir el despliegue de la diligente vigilancia, defensa y promoción del interés general de la masa pasiva que han de orientar la actuación de los administradores concursales. Respecto de la falta de idoneidad como razón que explica, como regla general, la exclusión de los acreedores subordinados para ser integrantes de la administración concursal se pronuncia FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 603 quien apunta una razón distinta para el caso del origen de la subordinación en la especial relación con el concursado. Recoge también la idea del escaso interés de los titulares de créditos subordinados ante la situación concursal por sus nulas o ínfimas expectativas de cobro VEIGA COPO, A.B., *Los privilegios concursales*, Comares, Granada, 2006, p. 298.

créditos subordinados –o de especialmente privilegiados–⁴⁶⁶.

Dados los distintos momentos de nombramiento de administradores concursales –tras el auto de declaración de concurso– y de calificación de los créditos –en el informe de la administración concursal–, podría darse el caso de nombramiento como administrador concursal de un acreedor a cuyo crédito sobreviniera la calificación de subordinado, teniendo en cuenta, además, que, por una parte, de la relación de acreedores presentada por el deudor *ex* artículo 6.2.4º LC puede no inferirse la condición de crédito subordinado y, por otra, que algunos supuestos de subordinación se producirán necesariamente con posterioridad a la declaración de concurso (especialmente los casos de comunicación tardía, acciones de reintegración y obstrucción del acreedor al cumplimiento de contratos). En esa eventualidad, procederá la renuncia, recusación o separación del administrador, sin perjuicio del mantenimiento de la validez de las actuaciones llevadas a cabo hasta la fecha (arts. 29.3, 33, 37 y 38 LC).

Aun cuando los acreedores subordinados no pueden formar parte de la administración concursal no resultan ajenos a cuanto a ésta se refiere. Al reconocerse a las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso el derecho a la recusación (art. 33.1 LC) y separación (art. 37.1 LC) por justa causa de los administradores concursales, los acreedores subordinados resultan facultados para plantearlas. También podrán recurrir en apelación el auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales, pues esta facultad está ligada también a la legitimación para solicitar la declaración de concurso (art. 34.5 LC), residiendo su interés en que, en la medida que la retribución de los administradores concursales habrá de satisfacerse con cargo a la masa, una inadecuada fijación de sus honorarios afectará a las expectativas de recuperación de su crédito en el concurso.

C) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y EL RECONOCIMIENTO Y GRADUACIÓN DE CRÉDITOS

En el trámite de comunicación de créditos a la administración concursal, se impone la carga de la insinuación del crédito, en tiempo y forma, a los acreedores del concursado sin excepción alguna, por lo que no existen argumentos para excluir a los titulares de créditos subordinados del régimen general (art. 85 LC)⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ En este sentido, con la cita de opiniones contrarias FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 603.

⁴⁶⁷ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 598, señala cómo en este extremo nuestra legislación concursal se aparta del modelo del ordenamiento alemán en el que se establece un régimen especial de reconocimiento de los créditos subordinados, que sólo se activa cuando, a lo largo de

En este sentido, como quiera que son considerados subordinados del primer nivel los créditos que, salvo ciertos casos, no fueran oportunamente comunicados (art. 92.1º, 96 *bis* y 97.3 LC), podría plantearse la cuestión del tratamiento que deban recibir los subordinados de los niveles posteriores del elenco que no hubieran insinuado oportunamente su crédito. Sólo una interpretación literal y automática del precepto podría llevar a la absurda conclusión de una escalada hasta el primer nivel del rango crediticio. La interpretación sistemática y teleológica lleva, obviamente, a la conclusión contraria. Si la subordinación del nivel 1º del artículo 92 LC pretende ser una sanción a la omisión de la carga impuesta al acreedor de insinuar en tiempo su crédito, aportando las informaciones que en el acto de comunicación se requieran, no tendrá cabida en su supuesto de hecho ningún caso en el que el consecuencia fuera mejorar el rango de los créditos –no insinuados o comunicados tardíamente– ya postergados en posteriores niveles según su naturaleza.

En cuanto a la clasificación de créditos, el acreedor subordinado está expresamente privado del privilegio del acreedor instante de la declaración de concurso (art. 91.7º LC), pero queda fuera de toda duda que, si un acreedor que es titular de créditos ordinarios y subordinados –*v. gr.* principal e intereses– instara el concurso necesario, el privilegio sólo se niega respecto de los últimos, gozando del derecho a que sea privilegiada, en su 50%, la parte de crédito no degradada.

Respecto de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, no existe ninguna especialidad en relación con los acreedores ordinarios, ya que tanto las partes personadas, como los «demás interesados», pueden hacerlo (art. 96 LC). Asimismo, aun cuando no hubieran impugnado tales documentos, pueden recurrir la resolución judicial por la que sean modificados como consecuencia de otras impugnaciones (artículo 97.1 LC), estando también legitimados para presentar el incidente contra los textos definitivos, en caso de producirse una comunicación posterior a la presentación de los provisionales (art. 96 *bis* LC).

la tramitación del concurso, se prevea que habrá masa activa suficiente para, cubiertos los créditos ordinarios, atender el pago de todo o parte de los subordinados. Esta opción del ordenamiento alemán es considerada por este autor, compartiendo la opinión de BERMEJO, N., *Créditos y Quiebra*, Civitas, 2002, p. 459, como una buena medida para impedir que se malgaste tiempo y dinero examinando y reconociendo unos créditos con escasas o nulas expectativas de satisfacción. Sin embargo, se olvida la perspectiva de que, a diferencia del procedimiento alemán, en nuestro caso sólo se está en una fase común que, si desemboca en convenio, y conforme lo que se dirá, implicará el cumplimiento también respecto a los subordinados en la medida del grado mínimo de satisfacción que tienen garantizado en la solución convencional, so pena del incumplimiento del convenio con las graves consecuencias derivadas del mismo (*vid. infra* cap.2º.IV.2.D), p. 262).

D) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y EL MANTENIMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUIDAS A FAVOR DEL CRÉDITO

La cuestión del mantenimiento o no de las garantías que pudieran estar constituidas sobre créditos subordinados es una cuestión no pacífica en la doctrina, que sólo se dejará señalada por exceder del objeto de la presente memoria⁴⁶⁸.

A la falta de impugnación, en tiempo y forma, de la calificación de un acreedor como especialmente relacionado con el deudor –y, con ello, en ciertos casos, sus créditos subordinarse– se apareja la consecuente extinción de las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que fuera titular el acreedor así considerado –salvo los privilegiados laborales del artículo 91.1º cuando el concursado sea persona natural–, con la restitución posesoria y la cancelación de asientos registrales, en su caso (art. 97.2 LC)⁴⁶⁹. No obstante circunscribirse el efecto a los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado, se ha interpretado que es incompatible toda condición de acreedor subordinado con la de acreedor preferencial a que llevaría la existencia de las garantías reales a las que debe ceñirse el efecto⁴⁷⁰. Sin embargo, tal interpretación extensiva encuentra el óbice, no sólo de la carente previsión legal de generalización de dicho efecto a todos los supuestos de créditos subordinados –y extenderlo iría contra la necesaria interpretación restrictiva–, sino que, respecto de los créditos subordinados por intereses, la propia ley establece expresamente la no subordinación de aquellos que se encuentren dentro de la cobertura de la garantía real (art. 92.3º LC), haciendo explícitamente compatible el mantenimiento de la garantía en

⁴⁶⁸ Un completo análisis de la cuestión con las conclusiones que se comparten y recopilando la doctrina contraria, casi unánime, puede verse en FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, ob.cit., pp. 604 -610.

⁴⁶⁹ A pesar de la literalidad del precepto y la omisión legal, dicho efecto se producirá, no sólo cuando el afectado por la declaración no la impugne, sino también cuando, impugnada, la misma devenga firme.

⁴⁷⁰ GARRIDO, J.M., «Consecuencias de la falta de impugnación (art. 97)», ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1725 argumenta que el efecto del artículo 97.2 LC debe ceñirse a las garantías reales por inferirse de su propia redacción –restitución posesoria, cancelación de asientos registrales-. Defienden la extensión de la pérdida de las garantías reales a todos los supuestos de subordinación CORDERO LOBATO, E., «Artículo 93», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, v. I, pp. 1103-1125, pp. 1120-1121 y BLASCO GASCÓ, F., «Artículo 158», *est. cit.*, p. 1644. En la cuestión de la incompatibilidad entre privilegio y subordinación VEIGA COPO, A.B., *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 985-986 recoge la SJMER Bilbao nº1 de 11 de junio de 2009, que inadmite el allanamiento de la administración concursal favorable a convertir en privilegiado el crédito del administrador social por concurrir perjuicio de tercero y fraude de ley (art 21.1 LEC) dado que por esta vía se ignorarían las previsiones de la LC en detrimento y perjuicio de los demás acreedores del concurso que ven o verían, sin justificación alguna, cómo un crédito subordinado *voluntas legis* [el del administrador como persona especialmente relacionada con el concursado] pasaría a ser privilegiado [como trabajador contratado por la sociedad], conculcando sus expectativas concursales. CARRASCO PEREA, A., «Artículo 134», en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, v. II, pp. 1469-1480, p. 1476 afirma que «por definición, un acreedor subordinado es un acreedor que no puede gozar en el concurso de privilegio especial o general (art. 97.2 LC).»

casos en los que procedería la subordinación. Ante todo ello, cabe la interpretación contraria y entender que la pérdida de las garantías reales constituidas sólo se produce en el caso de la subordinación derivada de la especial relación con el concursado de su titular y no en todos los casos de créditos subordinados⁴⁷¹.

2. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS ANTE EL CONVENIO

Es en la fase de convenio cuando con más amplitud los titulares de créditos subordinados ven especializada y disminuida su posición jurídica en relación con la que ostentan los acreedores ordinarios; y en su regulación, donde con mayor intensidad surgen las necesidades interpretativas que integren el insuficiente marco normativo de referencia.

A) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA TRAMITACIÓN DEL CONVENIO

En el análisis de la posición de los acreedores subordinados en los distintos trámites que llevan a la aprobación y eficacia del convenio, dada la articulación de dos procedimientos distintos, se diferenciará el convenio anticipado y el convenio ordinario hasta el trámite de oposición a la aprobación, momento en que ambos reciben el mismo tratamiento procedimental.

a) *Los créditos subordinados y la tramitación del convenio anticipado*

La tramitación del convenio anticipado comienza con su propuesta anticipada que puede ser presentada exclusivamente por el deudor no solicitante de la liquidación, ni incurso en alguna de las prohibiciones del artículo 105 LC. El plazo al efecto será el que medie entre la solicitud de concurso voluntario o la declaración del necesario y el *dies ad quem* para la comunicación de créditos. Su admisión a trámite exige el acompañamiento de adhesiones de acreedores de *cualquier clase*, cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor, o la décima parte del mismo cuando la propuesta anticipada se presente con la propia solicitud de concurso voluntario (art. 106.1 LC). En la actualidad, tras la modificación del artículo 106 LC por

⁴⁷¹ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 609 mantiene que, como principio general, debería entenderse que los créditos que, por aplicación de la Ley o por acuerdo convencional, tengan carácter subordinado pero, al mismo tiempo, estén asegurados por una garantía real, conservarán el derecho a ejecutar sobre el bien objeto de la garantía, pasando a ser satisfechos con rango subordinado por la parte del crédito a la que no hubiese podido alcanzar la misma. No obstante, teniendo en cuenta que en la legislación anterior los acreedores que no comunicaban su crédito perdían el privilegio (art. 1111 CCom 1829) y considerando que el artículo 92.1º LC es una adaptación de la antigua norma al nuevo texto legal que mantiene su finalidad sancionadora que quedaría sin efecto en caso de que se respetase la garantía, se inclina por incluir en la pérdida de las garantías también el supuesto de la subordinación del acreedor indiligente.

el artículo 10.6 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, los acreedores por créditos subordinados no padecen discriminación alguna al respecto⁴⁷².

Desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y hasta la expiración del plazo para impugnar el inventario y lista de acreedores, *cualquier acreedor* podrá manifestar su adhesión a la propuesta (artículo 108. 1º LC). Sin embargo, para que este convenio anticipado resulte aprobado se precisa la verificación judicial de haber alcanzado las adhesiones presentadas *la mayoría legalmente exigida* (art. 109.1 LC) –es decir, la establecida con carácter general para la aceptación del convenio– que sólo tiene en cuenta, en los distintos supuestos, la porción de pasivo ordinario (art. 124 LC)⁴⁷³. Se hace necesario, así, interpretar el alcance de aquella facultad concedida a «cualquier acreedor» –de adherirse al convenio anticipado–, coordinada con la privación del derecho al voto que se impone a los acreedores titulares de créditos subordinados.

La distinta redacción original de los artículos 106.1 y 108 LC provocó un esfuerzo doctrinal en resolver la contradicción existente entre ambos preceptos, al autorizar el segundo la adhesión a cualquier acreedor, sin distinción de clases, y excluir el primero a los titulares de créditos subordinados. La discordancia motivó una bifurcación doctrinal en dos direcciones contrapuestas: por un lado, partiendo de la equiparación total de los derechos de adhesión y voto, quienes entendían que la privación del derecho de adhesión de los acreedores subordinados debía entenderse en cualquier caso, con independencia del procedimiento de tramitación del convenio; de otro, quienes consideraban que el derecho de adhesión concedido a los subordinados *ex* artículo 108 LC suponía una especialidad en su posición jurídica, en el caso de propuesta anticipada de convenio, al reconocérseles –sólo en este caso– el derecho de adherirse a una, a los efectos de que resultase aprobada, una vez hubiera sido admitida a trámite, lo que llevaría a reconocer a los subordinados un derecho de aceptación de convenio del que carecían⁴⁷⁴.

⁴⁷² En la redacción original del precepto las adhesiones que se tomaban en consideración eran sólo las de acreedores ordinarios y privilegiados, exigiéndose, en todo caso, que alcanzaran la quinta parte del pasivo presentado por el deudor.

⁴⁷³ Incluyendo en el pasivo ordinario, a estos efectos, los acreedores privilegiados que votaren a favor de la propuesta.

⁴⁷⁴ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, pp. 643-649 recoge las opiniones doctrinales vertidas hasta entonces y añade sus propios argumentos para decantarse por la privación del derecho de adhesión, como el de voto, a los acreedores subordinados. En este sentido también PRENDES CARRIL, P., «Artículo 92», en PRENDES CARRIL (dir.), *Tratado práctico concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 729-760, p. 735 y MANZANARES SECADES, A. y VILLORIA RIVERA, I., «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados en la nueva Ley Concursal», *Diario La Ley*, nº 5997, 15 de Abril de 2004, p. 2.

Tras la reforma operada en el artículo 106.1 LC (RD Ley 3/2009), bastando ahora las correspondientes proporciones de acreedores adherentes *de cualquier clase*, la cuestión ha de resolverse sobre la clara distinción entre los trámites de admisión y de aceptación de la propuesta anticipada de convenio –con sus propios y distintos requisitos cuantitativos y cualitativos–, y la no equiparación absoluta de los derechos de adhesión y voto.

Mientras que el derecho a voto se configura en la Ley como el derecho de manifestar en Junta de acreedores el apoyo o no al convenio, a los solos efectos de resultar o no aceptado, la adhesión puede tener dos efectos, que la propuesta de convenio sea admitida a trámite y que el convenio propuesto resulte aceptado. Sólo en relación con el segundo efecto de la adhesión, puede ésta equipararse con el derecho a voto. Los acreedores subordinados tienen reconocido, en todo caso, el derecho de adhesión, pero con el único efecto de resultar computada la cuantía de su crédito en los cálculos de las mayorías necesarias para admitir a trámite la propuesta; sin embargo, esa adhesión en modo alguno computará en la mayoría necesaria para su aceptación, pues los acreedores subordinados están privados, absolutamente, del derecho a voto⁴⁷⁵.

En conclusión, una cosa es la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, para lo cual se reconoce el derecho de adhesión de los acreedores subordinados en plano de igualdad con el resto, y otra distinta, la aprobación judicial de dicha propuesta, que requiere ser aceptada por la adhesión de una determinada porción del pasivo ordinario (art. 124 LC), en la que no se podrán tomar en consideración las adhesiones de los acreedores subordinados por carecer éstos, absolutamente, del derecho de pronunciarse sobre propuesta alguna de convenio a los efectos de que la misma resulte aceptada, ya sea en forma de adhesión, ya en forma de emisión de voto.

b) Los créditos subordinados y la tramitación ordinaria del convenio

La tramitación del convenio ordinario comienza con la propuesta que puede ser presentada, en ciertos plazos (art. 113 LC)⁴⁷⁶, tanto por el deudor que no hubiere mantenido una propuesta de convenio anticipada o pedido la liquidación, como por *los*

⁴⁷⁵ Denotativas de los dos efectos propuestos de las adhesiones al convenio son las disposiciones establecidas para todo supuesto en que una propuesta de convenio haya de ser sometida al trámite de aceptación ordinaria de la misma (art. 110.2º para el caso de mantenimiento de propuestas anticipadas de convenio no aceptadas, art. 115 bis 3º para el supuesto de tramitación escrita del convenio y art. 121.4º para su tramitación en Junta) en virtud de las cuales, las adhesiones formuladas a una propuesta de convenio no son vinculantes, pues tanto pueden ser revocadas como emitirse en Junta un voto en sentido contrario.

⁴⁷⁶ El que media entre la finalización del plazo de comunicación de créditos y la del plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores o la puesta de manifiesto de los textos definitivos si no hubiera impugnaciones (art. 113.1 LC). A falta de presentación de propuestas en dicho plazo y ausencia de solicitud de liquidación, podrán presentarse desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha de señalada para su celebración (artículo 113.2 LC).

acreedores cuyos créditos consten en el concurso y que ostenten una quinta parte del pasivo total, siempre que el concursado no tuviere pedida la liquidación. Por tanto, ninguna especialidad concurre en los acreedores subordinados respecto de la facultad de presentarla. A tal conclusión conduce tanto la interpretación literal del precepto –acorde con la restrictiva que merecen las limitaciones de derechos–, como el hecho de no alcanzarse a ver incompatibilidad o contradicción alguna entre tal derecho y la privación del derecho a voto, en la que una conclusión contraria se sustentaría⁴⁷⁷. Efectivamente, la presentación de la propuesta es un trámite que no debe confundirse con el de su aceptación. La LC ha establecido requisitos cuantitativos y cualitativos distintos en uno y otro trámite, dando entrada a la posible presentación de propuestas por los acreedores subordinados, sin perjuicio de no poder participar éstos, en forma alguna, en la aceptación de las mismas. La presentación de propuestas no deja de ser más que un ofrecimiento de convenio que posteriormente ha de ser sometido al trámite de aceptación por los acreedores ordinarios. En pro de facilitar la consecución de un convenio, no se ven razones por las que deba descartarse que la propuesta sea, simplemente, formulada por los acreedores subordinados, al quedar siempre a expensas de recibir la aceptación de la mayoría cualitativa y cuantitativamente facultada para hacerlo.

La propuesta presentada deberá ser admitida a trámite y podrá recibir las *adhesiones de acreedores* con los requisitos y en el modo establecidos en la Ley (art. 115.3º) para pasar al trámite de aceptación, que puede tener una tramitación escrita (artículo 115 bis LC) –posible cuando el número de acreedores no exceda de 300– o en Junta de Acreedores (artículos 116 y ss LC). En este trámite de aceptación, los acreedores subordinados resultan privados de forma absoluta del derecho a voto del convenio (art. 122.1.1º LC) y, consecuentemente, la proporción necesaria para la aceptación del convenio toma como base exclusiva el pasivo ordinario del concurso (art. 124 LC); de lo que se colige tanto que su adhesión a una propuesta de convenio ya admitida a trámite carecerá de eficacia alguna⁴⁷⁸, como que en ningún caso la firma o la adhesión de un acreedor subordinado será computada como voto favorable.

Ha de señalarse que, en el caso de tramitación no escrita, se les dota del derecho de

⁴⁷⁷ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 650-651, precisamente por esa incompatibilidad que aprecia, sugiere la supresión de la facultad de los acreedores subordinados de presentar propuestas de convenio.

⁴⁷⁸ Estas adhesiones, a diferencia tanto de las adhesiones formuladas a propuestas anticipadas como la firma a la presentación de propuestas ordinarias, que sirven a los exclusivos efectos de que las mismas puedan continuar su tramitación, carecen de sentido alguno, pues lo son a propuestas ya presentadas y admitidas a las que sólo les falta el trámite de aceptación en el que ninguna intervención tienen los acreedores subordinados.

asistencia a la Junta de Acreedores, reconocido a los acreedores incluidos en la lista definitiva (artículo 118.1 LC), pudiendo asistir personalmente o por representación (art. 118.2 LC), incluso ostentar la representación de otro acreedor, salvo que se trate de personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 118.2 LC). En la Junta de acreedores gozarán de plenos derechos de información y participación (arts. 120 y 121.3 y 4 LC)⁴⁷⁹, pero su asistencia no computará a efectos del quórum de constitución, que se establece en la mitad del pasivo ordinario (art. 116.4 LC).

c) Los créditos subordinados y la aprobación del convenio

Sea cual sea el trámite seguido, la aceptación no dota al convenio de eficacia, puesto que ha de ser sometido previamente a la aprobación judicial conforme a un procedimiento que admite la oposición a la aprobación, surgiendo la controversia sobre la legitimación o no de los acreedores subordinados para plantearla, según los casos.

Al margen de la que pudiera ostentar el concursado, en su caso (art. 128.3 LC), la legitimación activa para formular la oposición a la aprobación judicial del convenio viene atribuida, con carácter general, a la administración concursal y a los acreedores no asistentes a la junta, a los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y a los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, a quienes no se hubiesen adherido a ella. Las causas en las que éstos podrán fundar su oposición son, exclusivamente, la infracción de las normas legales sobre el contenido del convenio, la forma y contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución de la junta o su celebración (art. 128.1 LC). Por otra parte, tanto la administración concursal como esos acreedores que, individual o conjuntamente, titulen un 5% de los créditos ordinarios, podrán además oponerse por inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio (art. 128.2 LC).

Ahora bien, mientras que el apartado primero del artículo 128 LC sólo se refiere a *acreedores* (que se encuentren en determinadas circunstancias), su apartado segundo, para el supuesto de cumplimiento inviable, lo hace a «*los acreedores mencionados en el apartado anterior que (...) sean titulares, al menos, del 5% de los créditos ordinarios [léase importe de los créditos ordinarios]*». Esta dicotomía permite dos interpretaciones: (i) entender que la especialidad del apartado segundo consiste en la conjunción de dos condiciones de legitimación para la oposición con base en un cumplimiento

⁴⁷⁹ BÉJAR, J., «Artículo 92», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. (coord.), *Proceso concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Editorial Iurgium, Madrid, 2004, pp. 470-471 también mantiene que, junto con el derecho de asistencia, y por no venir expresamente excluido, tienen reconocido el derecho de voz en la junta.

objetivamente inviable del convenio –una cuantitativa (5%) y otra cualitativa (créditos ordinarios) –, llevando a concluir que los acreedores subordinados estarán legitimados o no según la causa de oposición, estándolo en cualquier otro caso distinto de éste – inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio⁴⁸⁰–; (ii) considerar que la única condición añadida por el segundo párrafo es de índole cuantitativa (5%) y que la cualitativa de ser titulares de créditos ordinarios se halla implícita en el apartado anterior, lo que conduciría a la conclusión opuesta de negar a los acreedores subordinados legitimación, en cualquier supuesto, para oponerse a la aprobación del convenio. No arrojando duda que los acreedores subordinados carecen de legitimación para oponerse a la aprobación de un convenio por causa de objetiva inviabilidad de su cumplimiento, la cuestión se centra en analizar si, en los demás casos, la ley legitima o no a los titulares de créditos subordinados para oponerse a la aprobación del convenio.

Las respuestas negativas encuentran el fundamento de no poder operar en relación con ellos las causas tasadas sobre las que basar la oposición a la aprobación judicial del convenio, dado que, al carecer del derecho de voto y del de adhesión con efectos de voto, no pueden encontrarse ni en la circunstancia de haber sido privados ilegítimamente del mismo, ni haber votado en contra, ni haber dejado de adherirse a una propuesta. La única causa de las relacionadas en el artículo 128.1.2º LC que pudiera concurrir en ellos sería la de falta de asistencia a la Junta de Acreedores. Sin embargo, como podría defenderse desde una interpretación sistemática y global del precepto, el supuesto se refiere a los acreedores que, gozando de derecho de voto, no asistieron a la Junta y, por tanto, no ejercitaron en ella tal derecho, alcanzándose la conclusión de que, implícitamente, dicho precepto se refiere sólo a los acreedores ordinarios –en los que reside, con carácter general, el derecho a voto– y el párrafo segundo vendría a redundar, ahora explícitamente, en ello.

En pro de una respuesta afirmativa se puede aducir que, dado el reconocimiento legal al acreedor subordinado del derecho de asistir a la Junta de Acreedores, nada obsta que pueda encontrarse en la primera de las situaciones de legitimación descritas por el precepto, siquiera no puedan concurrir en él el resto de las previstas. Por tanto, la mera inasistencia a la Junta de un acreedor, cualquiera que fuera su clase, le legitimaría para oponerse a la aprobación judicial del convenio⁴⁸¹. Mediante este argumento de interpretación meramente literalista, sería también posible negar legitimación activa al acreedor subordinado que, ejercitando su derecho, asista a la Junta de Acreedores.

La legitimación del acreedor subordinado para oponerse a la aprobación judicial del convenio ni depende de su inasistencia a la Junta de acreedores, ni se pierde con su presencia en la misma. Su reconocimiento ha de estar en función analítica de las causas tasadas sobre las que se ha de sustentar tal oposición (art. 128.1 LC). Todas ellas se refieren a casos de infracciones legales de normas imperativas que, además, pueden considerarse de orden público por referirse a cuestiones sobre contenido, forma y

⁴⁸⁰ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, ob.cit., pp. 664-667.

⁴⁸¹ DIAZ MORENO, A. «Oposición a la aprobación del convenio (Art. 128)», ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 2158; FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, ob.cit., p. 665.

tramitación de un acuerdo que vinculará, no sólo a quienes han prestado su consentimiento, sino incluso a quienes no lo han hecho. Tales infracciones, pues, han de considerarse causas de nulidad del convenio.

La finalidad de la norma es articular un trámite a través del cual evitar la aprobación judicial del convenio en caso de concurrir algún defecto que pudiera viciarlo de nulidad una vez aprobado. Dependiendo de ser o no subsanable el defecto que concorra, el resultado del incidente de oposición será proceder a la subsanación del defecto o, simplemente, rechazar la aprobación del mismo (art. 129 LC). En esa misma coherencia con su consideración legal como causas de nulidad del convenio, se articula la posibilidad de que el Juez, de oficio, rechace el convenio si concurren esas mismas causas (art. 131 LC)⁴⁸² y se establece, además, como causa de apertura de oficio de la fase de liquidación el «*haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el Juez*» (art. 143.1.4º LC).

Esta consideración de las infracciones legales sobre contenido, forma y procedimiento de adopción del convenio, como causas de nulidad del mismo, debería llevar, en sede de teoría general y por aplicación del artículo 1302 Cc, a sostener la legitimación de cualquier acreedor que resultara afectado por su contenido, pues en la mayoría de los casos –cuando no en su totalidad– se trata de defectos no convalidables en forma alguna sino, a lo sumo, subsanables⁴⁸³. La legitimación de los acreedores subordinados en esos casos se les debe reconocer en la medida que quedan plenamente sometidos a la eficacia de un convenio aceptado con la expresa prohibición del concurso de su voluntad, y ello sea cual haya sido el procedimiento para su aceptación –convenio anticipado, ordinario con tramitación escrita o en junta de acreedores– y su participación en él –adherido o no y asistente o no a la Junta–. Su legitimación para oponerse a un convenio aceptado en Junta de acreedores celebrada sin su asistencia, se deduce de una interpretación meramente literal del precepto; la de hacerlo, en caso de haber asistido a la Junta o adherido al convenio aceptado al margen de ella, de la interpretación finalista que se propugna⁴⁸⁴. Ni en uno ni en otro caso su comportamiento

⁴⁸² La reforma concursal del RD Ley 3/2009, de 27 de marzo que introdujo la tramitación escrita del convenio, habiendo modificado el artículo 128.1. 3º LC en concordancia con la modificación introducida, olvidó hacer lo propio con el artículo 131 LC. A pesar del olvido legal, también será causa de rechazo de oficio por el Juez aquellos supuestos en los que se hayan infringido las reglas legalmente establecidas para la tramitación escrita.

⁴⁸³ CORDÓN MORENO, F., «Artículo 128. Oposición a la aprobación del convenio», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 905-929, p. 907.

⁴⁸⁴ GUTIERREZ GILSANZ, A., «Artículo 128», en PULGAR/ALONSO LEDESMA/ALCOVER/ALONSO UREBA (dirs), *Comentarios a la Legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004, t. II, pp. 1216-1219, pp. 1217-1218 considera que los acreedores sin voto han de estar legitimados pues la privación del derecho a voto «no significa que deba negárseles el derecho a poner de manifiesto defectos de un convenio que hayan de impedir que sea definitivamente eficaz, sobre todo cuando se van a ver

implica contribución a la aceptación del convenio –la asistencia no le concederá derecho a voto y su adhesión no computará a los efectos resultar aceptado el convenio– y, por tanto, no podrá interpretarse como acto sanatorio o convalidatorio alguno en el sentido que parece hacerse respecto de los acreedores ordinarios⁴⁸⁵.

Obviando la consideración y crítica de los términos de la legitimación concedida a los acreedores ordinarios por exceder del objeto de la presente memoria⁴⁸⁶, la legitimación se atribuye a los acreedores que, precisamente, no han podido o querido prestar su consentimiento –los no asistentes, los privados ilegítimamente del voto, los votantes en contra (para el caso de aceptación en Junta) y los no adheridos (para el caso de propuesta anticipada o tramitación escrita) –; *contrario sensu*, se niega legitimación a quienes sí lo prestaron. Por tanto, el acreedor subordinado, privado absolutamente de la posibilidad de prestar su consentimiento, estará legitimado, en todo caso de infracción legal, para oponerse a la aprobación judicial del convenio, más que por tratarse de un acuerdo que les vincula, por no permitírseles participar en forma alguna en su adopción, y como medio de vigilar el cumplimiento de las normas de orden público establecidas por la Ley para dotarlo de esa 'ultraeficacia'.

La finalidad de simplificar el proceso en beneficio de los acreedores ordinarios y privilegiados, que se utiliza para defender una interpretación negativa de la atribución

vinculados por ese convenio y afectados en su patrimonio por el contenido del mismo». Pero, por el contrario, entiende que para poder atribuirles legitimación «sin contradecir la letra de la Ley han de ser acreedores que hayan sido privados ilegítimamente en la junta del derecho a voto, o bien, (...) han de ser acreedores que no hayan asistido o que, habiendo asistido, hayan hecho constar en acta su opinión contraria al convenio».

⁴⁸⁵ La asistencia del acreedor subordinado a la Junta de Acreedores le obligará a denunciar la infracción legal en la constitución o celebración de la junta, en el momento de su constitución, si fuere anterior, o en el de su comisión si fuere durante su desarrollo (art. 128.4 LC). Este requisito de procedibilidad se ha interpretado por CORDÓN MORENO, F., «Artículo 128», *est. cit.*, p. 911 como aplicación de la doctrina constitucional de la interdicción de la indefensión (artículo 24.1 CE) ya que no podrá alegarse la lesión del derecho por quien no ha observado la debida conducta diligente con miras a propiciar su rectificación (SSTC 8/1991, de 17 de enero, 246/1988, de 19 de diciembre, entre otras), porque «no sufre indefensión quien pudiendo defender intereses legítimos por medios de las distintas armas que le ofrece el ordenamiento, no usa de ellas con la pericia suficiente» (STC 60/1983, de 6 de julio).

⁴⁸⁶ CORDÓN MORENO, F., «Artículo 128», *est. cit.*, p. 908, sobre la base del principio *pro actione* y la previsión legal del control de oficio, defiende que la voluntad del legislador no ha sido establecer un régimen cerrado de legitimación y la considera concedida tanto a los que se abstuvieron en la Junta y a los que, incluso votando a favor, conocieron la causa de oposición con posterioridad a la celebración de la Junta, entendiéndose que la doctrina de los actos propios invocada a favor de la interpretación contraria no sería de aplicación ante el desconocimiento no culpable de la causa de oposición y que no se entendería que la causa fuera apreciable de oficio pero rechazable, por falta de legitimación, si lo fuera a instancias del acreedor. GUTIERREZ GILSANZ, A., «Artículo 128», *est. cit.*, p. 1217, recoge cómo de la interpretación literal se deduce que no están legitimados para la oposición los acreedores que votaron a favor del convenio en la junta o los que se hubieran adherido al que hubiere surgido de una propuesta anticipada, lo que le parece adecuado para los supuestos de inviabilidad, pero no para los basados en motivos de legitimidad del convenio.

de legitimación a los subordinados en los casos de infracción legal⁴⁸⁷, no es argumento suficiente para privar a estos acreedores del control de legalidad, del respeto de las normas de orden público respecto a su contenido y tramitación, máxime cuando van a resultar afectados por el contenido de un convenio aceptado con la prohibición expresa de su participación. La justificación de la legitimación concedida se encuentra, precisamente, en su falta de intervención en la voluntad de la masa pasiva.

Sin embargo, la restricción de su legitimación para la oposición del convenio, en el supuesto de inviabilidad objetiva de su cumplimiento, a pesar de que representaran, al menos, un 5% del pasivo *ordinario*, parece adecuada⁴⁸⁸. A diferencia de las otras causas de oposición, ésta no tiene relación con cuestiones de orden público, refiriéndose a circunstancias que, aun cuando de índole objetiva, son susceptibles de valoración subjetiva y no pretenden, como las demás, evitar la eficacia de un convenio afectado por defectos que atañen a su nulidad, sino simplemente, ante unas objetivas expectativas de incumplimiento, adelantar las consecuencias que éste pudiera acarrear después, especialmente en beneficio de los acreedores ordinarios, que tienen mayores expectativas en la liquidación a la que conduciría el incumplimiento del convenio.

B) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y EL CONTENIDO DEL CONVENIO

Con independencia del procedimiento para su tramitación, el contenido del convenio concursal se halla sometido a ciertos límites, estableciéndose legalmente tanto lo que en el convenio está permitido como lo que resulta prohibido (arts. 100 a 102 LC)⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, p. 666, en postura contraria a la que aquí se sostiene opina que, no habiendo intervenido los acreedores subordinados en la aceptación del convenio, «resultaría contradictorio –y perjudicial para el normal desarrollo del proceso– que, *a posteriori*, pudiesen pretender revocar la decisión alcanzada por los titulares de créditos ordinarios». Entiende que la privación de legitimación en el caso de la inviabilidad objetiva del convenio, por venir sustentada en la propia privación del derecho a voto, debería haberse extendido a todos los casos, excepto aquel en el que el convenio vulnerara el rango a la distribución concursal que correspondiera al acreedor subordinado. La legitimación concedida la valora como un exceso del legislador, al concederles un protagonismo inadecuado a su posición marginal en el procedimiento concursal y que conduce a un resultado contrario al pretendido: la simplificación del proceso en aras a la tramitación rápida en beneficio del resto de los acreedores, limitando la posibilidad de intervención de aquellos otros que tienen escasas expectativas de obtener satisfacción dentro del concurso. Se obvia con reiteración que en caso de solución del concurso por convenio los acreedores subordinados tienen garantizado un grado mínimo de satisfacción so pena de la declaración de incumplimiento –lo que es negado por este autor– por lo que sólo en escenario de liquidación podría ser cierta la premisa de las escasas expectativas de obtener satisfacción dentro del concurso. Ha de romperse, por mucho que la práctica no ayude, la asociación subconsciente entre concurso y liquidación concursal.

⁴⁸⁸ En contra, SALA, A., «Artículo 128», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 574-588, p. 587 considera que debería concederse a cualquier acreedor.

⁴⁸⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 774-791,

La propuesta de convenio puede contener: (i) proposiciones de quita y/o espera que, salvo supuestos excepcionales⁴⁹⁰, no podrán superar *respecto de los créditos ordinarios* la mitad de su importe ni los cinco años de espera; (ii) proposiciones alternativas *para todos los acreedores o para los de una o varias clases*, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos; (iii) proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad o de determinadas unidades productivas a favor de persona determinada, siempre que ésta asuma la continuidad de la actividad empresarial o profesional a que se hallen afectos los bienes adquiridos y el pago de los créditos en los términos contenidos en la propuesta. La propuesta deberá ir acompañada necesariamente de un plan de pagos y, en ciertos casos, de un plan de viabilidad, pero la misma no podrá consistir ni contener: (a) la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de los créditos, ni cualquier otra forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas –convenio liquidatorio–; (b) la alteración de la cuantificación y/o clasificación legal de los créditos reconocidos; (c) el sometimiento de la eficacia del convenio a condición alguna, salvo el supuesto de concursos conjuntos o acumulados, en los términos del artículo 102.2º LC.

a) Los créditos subordinados y las quitas y esperas del convenio

Respecto de las quitas y esperas establecidas en el convenio, consideradas su contenido natural, es polémico determinar si para los créditos subordinados rigen o no los mismos límites cuantitativos establecidos para los ordinarios y si, consecuentemente, es o no posible que el convenio establezca una quita y/o espera distinta para los subordinados que la establecida para aquéllos. La cuestión deriva de la aparente discordancia entre los artículos 100 y 134 LC dado que, mientras uno, en sede de contenido del convenio, establece el límite cuantitativo de las quitas –mitad de su importe– y esperas –cinco años– [sólo] *respecto de los créditos ordinarios* –art. 100 LC–, el otro, en sede de eficacia del convenio, dispone que *los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas para los ordinarios*, aun cuando las esperas empezarán a contar desde el íntegro cumplimiento del convenio respecto de éstos -art. 134 LC-. Su aparente contradicción y la coordinación de las disposiciones son resueltas en la doctrina con dos posiciones contrapuestas.

La mayoritaria interpreta que tales límites cuantitativos son aplicables tanto a los créditos ordinarios como a los subordinados. La literalidad del artículo 100 LC es un mero descuido legislativo, pues la ley pretende garantizar, en caso de convenio, un

p. 789 pone de relieve que el artículo 100 LC no agota todos los posibles contenidos de la propuesta de convenio, pues a lo largo de la LC se encuentran otros contenidos posibles, teniendo cabida, además, cualquier otro contenido que reúna los límites del artículo 1255 Cc.

⁴⁹⁰ Estos supuestos excepcionales dependen de que estemos ante propuesta ordinaria o anticipada. En el primer caso, podrá autorizarse si la actividad de la empresa concursada puede tener especial trascendencia para la economía y así se refleja en el plan de viabilidad (art. 100.1.2º LC). Si se trata de propuesta anticipada que incluya plan de viabilidad para el mantenimiento de la empresa y con ella la generación de recursos para atender el pago de los créditos la decisión queda al motivado arbitrio judicial (art. 104.2 LC).

grado mínimo de satisfacción de todos los acreedores⁴⁹¹, resultando inconcebible que, careciendo de derecho a voto, se permita que los acreedores ordinarios impongan una remisión mayor a los créditos subordinados que la aceptada para los propios créditos⁴⁹² –posibilidad que daría lugar a la entrada en juego del artículo 125 LC⁴⁹³– y, en fin, porque el precepto ha de ser integrado por el artículo 134 LC que, determinadamente, establece que los créditos subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas para los ordinarios⁴⁹⁴.

A esta se confronta aquella otra proposición doctrinal que defiende que, por su propia condición, los acreedores subordinados carecen, si la solución es la convenida, de la garantía legal de un grado mínimo de satisfacción que, a la postre, es lo que significan los límites a las quitas y esperas. A esto conduce la tesis sostenida por FERRÉ, quien interpreta que las propuestas de convenio podrán contener, respecto de los acreedores subordinados, proposiciones de quita y/o espera superiores a las establecidas para los ordinarios, siendo incluso posible que el convenio establezca la remisión total y la espera indefinida de los créditos subordinados. Basa su tesis en la flexibilidad del contenido del convenio y, sobre todo, en la finalidad de la subordinación crediticia que ha de permitir, en caso de insuficiencia patrimonial de empresas viables, que pueda acordarse una remisión de los créditos subordinados en beneficio de la masa pasiva ordinaria, del propio deudor, de sus trabajadores y del mercado en general, permitiendo al deudor hacer frente a un pasivo inferior al reconocido⁴⁹⁵.

Los créditos subordinados son, en su tesis, una categoría residual que no puede situarse al nivel de protección de los créditos ordinarios, pues impediría el desarrollo normal del proceso concursal en perjuicio de la masa ordinaria. Consecuencia del trato perjudicial que reciben los acreedores subordinados, los ordinarios pueden excluirlos del reparto con la finalidad de asegurar la continuidad de la actividad empresarial del deudor y, con ello, el cobro de sus créditos. De lo contrario se estaría dificultando enormemente la aprobación de

⁴⁹¹ ROJO, A. «Contenido de las propuestas de convenio» (art. 100), ROJO-BELTRÁN *ComLC*), p. 1877, quien critica esta opción legal de tener que acudir a la liquidación si la solución pasara por superar los límites del precepto.

⁴⁹² VEIGA COPO, A.B., *La verificación de créditos en el concurso*, Cizur Menor. 2009, p.225.

⁴⁹³ VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 100», *est. cit.*, pp. 778-779 trae a colación este artículo que exigiría el consentimiento, pese a mantener posteriormente que el artículo 134 LC «no impide, obviamente, que las [quitas] de los subordinados sean superiores. El mínimo es la igualdad, y a partir de ahí puede pactarse una condonación mayor de los créditos subordinados». *Vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 134», *est.cit.*, p. 941.

⁴⁹⁴ GARRIDO, J.M. «Extensión subjetiva» (art. 134), ROJO/BELTRÁN *ComLC*, pp. 2227-2228; PULGAR EZQUERRA, J., «Artículo 100», PULGAR EZQUERRA *et. al*, *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, v. I, p. 987.

⁴⁹⁵ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 612-629. Se alinean también con la inaplicación de tales límites a los subordinados MANZANARES SECADES, A. y VILLORIA RIVERA, I. «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 2. VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 134», *est.cit.*, p. 941 opina que nada impide que la quitas de los subordinados sean superiores.

convenios en los procesos concursales dado que, como demuestra la experiencia de la práctica habida bajo el Derecho anterior indicativa de lo infrecuente de casos de suficiencia del patrimonio concursal para cubrir la masa pasiva, los acreedores ordinarios, en tales casos, recibirían más por la vía de la liquidación –pues los subordinados sólo cobrarían tras la íntegra satisfacción de los ordinarios– que por la de un convenio que implicara la misma quita y/o espera para todos. Concluye, pues, su argumento a favor de la posible remisión, incluso total, de los créditos subordinados a la luz de lo que, en su opinión, es el espíritu legal de la figura de la subordinación: «el legislador no ha pretendido proteger la posición de los créditos subordinados sometiéndolos a las mismas limitaciones en cuanto a quitas y esperas que las previstas para los créditos ordinarios, sino que la introducción de esta clase de créditos responde a la intención de que los mismos, por su escaso valor, no interfieran en la satisfacción del resto de la masa pasiva».

En defensa de su tesis⁴⁹⁶ contrarresta los argumentos de la contraria. Considera que no sería de aplicación el artículo 125.1 LC ya que, de un lado, implicaría atribuirles un derecho de voto excepcional incompatible con su privación del mismo (art. 122 LC) y, de otro, que no se estaría ante un trato singular desfavorable para los acreedores subordinados, sino de darles el trato absolutamente inferior que se merecen y dispensa la LC a esta clase de acreedores. Además, propugna un carácter meramente dispositivo del artículo 134 LC, de modo que a los titulares de créditos subordinados les afectarían las mismas quitas y esperas establecidas para los ordinarios sólo cuando el convenio no contenga una previsión específica en contra.

Con tal proposición doctrinal parecen extralimitarse las consecuencias de la subordinación crediticia, que no alcanzan a la posible imposición por los acreedores ordinarios un trato a los subordinados distinto del aceptado para ellos mismos. Así resulta claramente del tenor literal del artículo 134 LC, que no permite interpretación correctora. Por lo demás, parecen confundirse los parámetros que han de resolver la disyuntiva entre solución convenida y liquidadora, así como las distintas consecuencias de una y otra.

Cuando se argumenta que la interpretación aquí mantenida no favorece la solución convencional del concurso en «aquellos casos en los que el activo no alcance a satisfacer la totalidad de la masa pasiva ordinaria», se está obviando que la disyuntiva entre solución por convenio o por liquidación se resuelve, básicamente, según sea la situación patrimonial del concursado y la viabilidad futura de su empresa. Si la situación patrimonial es tal que la masa activa no afecta a privilegios especiales va a ser insuficiente para satisfacer, al menos, los créditos privilegiados y la mitad del importe de los ordinarios, y/o si la viabilidad futura de la empresa no va a permitir la generación de recursos suficientes, en cinco años, para

⁴⁹⁶ Que mantiene tras el análisis de la legislación alemana por ser la inspiradora de nuestro legislador concursal en materia de subordinación de créditos, pese a reconocer que el plan de insolvencia alemán no es equiparable al de la aprobación de convenio en la LC (nota 1247), que no todos los créditos subordinados en la legislación alemana son disponibles por los créditos no subordinados (nota 1248) y obviando que los supuestos de subordinación de créditos en la LC exceden de los contemplados en la legislación alemana. FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, ob.cit., p. 615.

atenderlos, la solución será necesariamente liquidadora; y, dada la prohibición de convenios de tal carácter, la alternativa no es la solución convencional con la eliminación del pasivo subordinado, sino la apertura de la fase de liquidación y la aplicación de sus reglas, resulten éstas ventajosas o no para los acreedores ordinarios o subordinados, respectivamente. La práctica habida bajo el sistema concursal anterior, traída a colación y cuyos perniciosos efectos son precisamente los que –se dice– quisieron evitarse con la reforma concursal, no debe servir como parámetro interpretativo de la legislación vigente que, entre otras cosas, pretende adelantar al máximo la declaración de concurso para facilitar la solución ideal que es la de un convenio de continuación como instrumento de mantenimiento de empresas viables. La solución convencional se adecua a los supuestos de viabilidad económico-financiera de empresas cuyo *ratio* de solvencia y perspectivas de viabilidad lo permitan, pero no es posible ante los presupuestos contrarios, pues el convenio no puede servir de cobertura a una solución distinta a aquélla que le es propia, razón por la que la Ley impide los convenios liquidatorios (*vid.* Exposición de Motivos LC, VI). Y ello sin perjuicio de la opinión que esta opción de política legislativa pueda merecer⁴⁹⁷.

Los límites a las quitas y esperas establecidos para los créditos ordinarios son de aplicación a los créditos subordinados, no ya por el argumento de la aplicación del artículo 125.1 LC (que implicaría la necesaria aceptación por la mayoría de los acreedores subordinados del convenio que supusiera para ellos una quita o espera discriminatoria de las aceptadas para los créditos ordinarios –no cabiendo, efectivamente, la concesión de un derecho a voto del que carecen en absoluto–), sino por sostener una interpretación literal del precepto, imperativo, que proclama que los acreedores subordinados quedarán afectados por las *mismas quitas y esperas* (art. 134 LC). La degradación que, a este respecto, reciben los créditos subordinados consiste, en primer lugar, en no participar en la adopción del acuerdo que implique remisión o dilación de sus créditos y, por tanto, en quedar afectados por lo convenido por la mayoría de los otros acreedores que recibirán el mismo trato que les imponen; en segundo lugar, que sólo se empezará a cumplir el convenio con ellos cuando ya lo esté con los acreedores ordinarios, de mayor rango. Sólo en esto consiste el peor trato que, por definición, debe recibir el acreedor subordinado a la hora de su pago o satisfacción,

⁴⁹⁷ ROJO, A., «Contenido de la propuesta de convenio (art. 100)», ROJO-BELTRÁN *ComLC*, p. 1877 quien sostiene que la solución legal del convenio exige la satisfacción, siquiera parcial, de todos los acreedores, considera que ésta es «una muy discutible opción de política legislativa que condena irremediablemente a la liquidación de la masa activa a muchos concursados que, en el Derecho derogado, podían conseguir de los acreedores, con mayor o menor dificultad, convenios que superaban ampliamente dichos límites o convenios de liquidación directa (...) o indirecta (...); SALA, A., «Artículo 100», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona 2004, pp. 477-490, p. 481 critica que se prohíban convenios liquidatorios cuando éstos sean equitativos y justos.; HÖLDER FRAU, H.A., *El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 83 critica esta limitación a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, aquí se considera que la opción del legislador de remitir todo supuesto de liquidación patrimonial a la fase de liquidación del concurso es adecuada, sobre todo considerando los distintos efectos que, sobre el deudor, los acreedores, los créditos, calificación del concurso, declaraciones de responsabilidad por déficit concursal, *etc.* apareja la apertura de la fase de liquidación regida, además, por amplios criterios de flexibilidad en la realización de los activos para la satisfacción de los créditos. Comparte esta valoración positiva VALPUERTA GASTAMINZA, E., «Artículo 100», *est. cit.*, p. 777-778.

sin que la degradación pueda llevar a la imposición por la mayoría de los acreedores ordinarios de una remisión o aplazamiento superior al que para ellos mismos han aceptado, por impedirlo el límite que en la moral y el orden público encuentra la autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 Cc.

Sin embargo, esa conclusión no lleva a considerar imposible la aceptación y aprobación de un convenio que implicara quitas o esperas superiores para todos o algunos de los acreedores subordinados –ni para los ordinarios–, pero ello exige la entrada en juego del consentimiento del afectado como requisito previo a su sometimiento a la aceptación, en una aplicación analógica del párrafo segundo del artículo 125 LC, del que se trata a continuación⁴⁹⁸.

b) Los créditos subordinados y la asunción de nuevas obligaciones

Ninguna propuesta de convenio que implique nuevas obligaciones para uno o varios acreedores podrá ser sometida a deliberación de la Junta sin la previa conformidad del/los afectado/s (art. 125.2 LC)⁴⁹⁹. La expresión *nuevas obligaciones* ha de entenderse hecha, no en un estricto sentido técnico-jurídico, sino en uno más amplio que incluya cargas, renunciaciones, novaciones y prestaciones de diversa índole a las que se vinieran a comprometer los acreedores afectados⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Las reglas especiales contenidas en el artículo 125 LC regulan hipótesis contrapuestas. Así, la del apartado primero se refiere los supuestos en que la propuesta de convenio atribuya un trato singular –mejor–, para ciertos acreedores, en cuyo caso, para su aceptación se exige que la propuesta reciba el apoyo mayoritario exigido con carácter general y, además, el de la mayoría del pasivo no afectado por ese trato singular. En la medida que está prohibida la alteración convencional del rango crediticio que por ley corresponda (art. 100.3), los acreedores subordinados no podrán ser destinatarios de un trato mejor en el convenio que el otorgado a los ordinarios, por lo que debe descartarse la posibilidad de un convenio legal con este contenido; y como carecen absolutamente del derecho de voto, no computarán a los efectos de que se alcance la mayoría especial de los no afectados por el privilegio. Cuestión distinta es la regulada en el apartado segundo, que contempla los supuestos en los que la propuesta incluya la asunción de nuevas obligaciones por los acreedores, en los que se exige la previa conformidad de éstos. Una mayor quita o espera para unos acreedores –ordinarios o subordinados– que para otros habría de recibir analógicamente el tratamiento de las *nuevas obligaciones*, contenido que es jurídicamente posible al requerirse del consentimiento del afectado por ese trato singular –peor–.

⁴⁹⁹ Si bien la LC regula la cuestión en sede de aceptación de convenio, incluye un posible contenido del mismo, por lo que parece más sistemático adelantarlo a este lugar.

⁵⁰⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Artículo 125», PULGAR/ALONSO LEDESMA/ALCOVER/ALONSO UREBA (dirs), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004, t. II, p. 1187; SALA, A., «Artículo 125», SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 567-569, p. 569 se refiere a «cualquier operación de carácter obligacional» ejemplificando con la de suministrar género, descontar efectos o conceder préstamos. Aun cuando el consentimiento sólo es expresamente exigido en la Ley para el supuesto de convenio sometido a la aceptación en Junta de acreedores, también será exigible cuando la propuesta incluya el compromiso de asumir nuevas obligaciones y la misma se someta bien a la tramitación anticipada o a la ordinaria escrita. Disposición equivalente, pero en referencia a cualquier tercero no acreedor, es el artículo 99.1.2° LC, que establece que cualquier propuesta de convenio que contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación deberá ir firmada

La necesidad del consentimiento individual de quien, en virtud del convenio, haya de asumir nuevas obligaciones no ha de arrojar ninguna especialidad respecto de los acreedores subordinados, puesto que la previsión del precepto no está conectada con el derecho a voto del que los mismos resultan privados, sino con el consentimiento que ha de ser prestado para la propia validez *–existencia–* de la nueva obligación que, en caso alguno, puede ser omitido. Es por ello que la LC exige que, como condición de sometimiento a la aceptación de los acreedores, que la propuesta de convenio cuente con los requisitos necesarios para que, en caso de ser aceptado, nazca la nueva obligación que forme parte de su contenido. Obviamente, la degradación de los acreedores subordinados no puede llegar hasta el extremo de que los ordinarios puedan, prescindiendo de su consentimiento, imponerles nuevas obligaciones.

c) Los créditos subordinados y las propuestas alternativas de convenio

La LC permite que la propuesta de convenio contenga proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, *incluidas* las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales o en créditos participativos, en cuyo caso, la propuesta deberá determinar la alternativa aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección en los plazos señalados (art. 102 LC).

Las propuestas alternativas pueden ser de distinto signo y contener, cada una de ellas, cualquiera de los contenidos permitidos a la luz del artículo 100 LC, pudiendo ser ofrecidas a todos o a algunas clases de créditos, incluidos los subordinados. Así, *v. gr.*, puede tratarse de una propuesta alternativa de pago inmediato, con quita determinada, o un pago total, con una espera determinada, dirigida a todos o alguna clase de acreedores; o añadirse otra alternativa de capitalización de todos o algunos créditos y otra de enajenación de unidad productiva que afectara a los créditos asociados a la misma. En fin, las combinaciones son infinitas. Esta aclaración, *a priori* superflua, se efectúa por la confusión que pudiera crear la dicción del artículo 134.1.2º LC cuando dispone que los acreedores subordinados quedarán afectos a las mismas quitas y esperas que las de los ordinarios, quedando «a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos»⁵⁰¹. El precepto

por los compromitentes.

⁵⁰¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 100», *est. cit.*, p. 793 apunta que la alternativa de convertirse en socios del deudor será, en muchos casos, la mejor opción para los acreedores subordinados; ante escasas expectativas de cobro será preferible capitalizar sus créditos, a la espera de que la empresa vaya mejor, que a cobrar sólo parte y en un momento futuro. MANZANARES SECADES, A. y VILLORIA RIVERA, I. «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 3 apuntan cómo por la postergación de su rango en la liquidación, «no cabe duda de que el legislador ha tratado de disuadir a los acreedores subordinados de conservar sus créditos, estimulando su conversión en capital social que ponen en relación con el favorable tratamiento fiscal que recibe la ampliación de capital para

no ha de interpretarse en el restrictivo sentido del solo posible ofrecimiento a los acreedores subordinados y, por tanto, sola aceptación de propuestas alternativas que consistan en cualquier forma de capitalización de sus créditos. Podrá ofrecérseles cualquier propuesta alternativa, pero los requisitos de eficacia serán distintos, en función de sus contenidos.

La eficacia de cualquier alternativa de capitalización de créditos requiere el consentimiento expreso del acreedor afectado –cualquiera que sea su clase–, pues entraría en el ámbito de aplicación de la exigencia de previa conformidad para la aceptación de una propuesta que contuviera *nuevas obligaciones* (art. 125.2 LC), en cuyo concepto amplio estaría incluido el compromiso de conversión de créditos en participación. Esta conclusión es general para todos los acreedores y, respecto de los subordinados, se añade el argumento del tenor literal del artículo 134.1.2º LC «*facultad de aceptar*»⁵⁰².

El problema es que, desde una estricta aplicación de esta regla especial, la previa conformidad de los acreedores dificultaría en la práctica la oferta alternativa de capitalización de créditos, pues llevaría a exigir el consentimiento previo para, simplemente, tramitar la propuesta que la contuviera. Sin embargo, esto no sería necesario en todos los casos. Las propuestas de contenido alternativo no podrán someterse a deliberación si la opción predeterminada es la de capitalización de créditos y no cuenta con el previo consentimiento de los acreedores afectados (art. 125.2 LC), pues éste ha de ser expreso y no puede deducirse del simple hecho de la falta del ejercicio de la opción, el cual no reuniría los requisitos para ser considerado acto concluyente revelador de consentimiento tácito⁵⁰³. Por el contrario, si la opción predeterminada es de cualquier otro signo que no implique nuevas obligaciones para los acreedores, podrá someterse al trámite de la aceptación sin que sea necesario el consentimiento previo, pues el mismo podrá otorgarse posteriormente si, ejercitándose en plazo el derecho de opción, se cambia el sentido predeterminado y la alternativa que

tales casos (art. 45.1.b) 9º LTPAJD). FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, p. 636 añade que esa alternativa, que no altera el rango de distribución concursal, supone para el deudor un empuje a su recuperación patrimonial.

⁵⁰² Al establecerse la necesidad de determinar en este tipo de propuestas la alternativa que se aplicará en caso de falta de ejercicio de la facultad individual de elección en el plazo establecido en el convenio - máximo de un mes desde la firmeza de la sentencia de aprobación- (art. 102 LC) se persigue procurar la inmediata eficacia del convenio una vez aprobado, evitando que quede a expensas de ejercicio de la opción. Pero esta finalidad práctica no puede llevar a entender, en modo alguno, que pueda imponerse a *ningún* acreedor la conversión de su crédito en participación. En este sentido Auto núm. 40/2010 de la AP Madrid (28ª), de 12 marzo (AC 2010\1202).

⁵⁰³ Especialmente en el caso de los créditos subordinados que, por su carácter residual y su escaso protagonismo en el procedimiento, normalmente no desplegarán medios en permanecer atentos al devenir del concurso y mucho menos al plazo establecido para ejercitar la opción.

será eficaz para el acreedor que lo expresa.

Con todas esas premisas y conforme a una interpretación conjunta de los preceptos – arts. 100, 102, 125.2 y 134.1.2º LC–, el régimen legal de las propuestas de convenio con contenidos alternativos vendría constituido por las siguientes pautas: (i) las propuestas alternativas pueden ser de distinto signo e ilimitado número, y contener cada una de ellas cualquiera de los contenidos permitidos, pudiendo ser ofrecidas, además, a todos o a algunos acreedores, incluidos los subordinados; (ii) la facultad de opción entre las distintas alternativas se concede a cada acreedor individualmente considerado, por lo que todo acreedor –de cualquier clase– que sea destinatario de una propuesta alternativa podrá ejercer la facultad de opción en el plazo que el convenio habrá de señalar para ello, dentro del máximo de un mes; (iii) para la eficacia en relación con cada acreedor de una alternativa de capitalización de créditos será necesario el consentimiento expreso del acreedor, sea por su conformidad previa (art. 125.2 LC) o por el efectivo ejercicio del derecho de opción (art. 102 LC y 134.1.2º LC); (iv) por ello, salvo que se cuente con la conformidad previa de todos los acreedores afectados, la propuesta de conversión de créditos en cualquier forma de participación debe articularse, necesariamente, como contenido alternativo a otro que no lo implique y que sea el predeterminado⁵⁰⁴.

Como conclusión, aun cuando los titulares de créditos subordinados no intervienen en la formación de la voluntad de la masa pasiva, en el caso de contener el convenio aceptado propuestas alternativas dirigidas a ellos, cualesquiera que sean sus contenidos, podrán éstos ejercitar el derecho de opción (art. 102.2 LC). Si no lo ejercitan, podrán quedar afectados por cualquier alternativa remisoria o dilatoria predeterminada (art. 102.1 LC), pero para la eficacia de alternativa que consista en cualquier forma de capitalización de sus créditos, será necesaria su aceptación expresa –previa (art. 125.2 LC) o posterior (art. 134.1.2º LC) – por lo que, salvo que se cuente con el consentimiento expreso anterior de todos los afectados, no podrá haber una propuesta de convenio que sólo consista para los subordinados en la conversión de sus créditos en participación.

d) Los créditos subordinados y el respeto a la clasificación crediticia y el plan de pagos

Toda propuesta de convenio debe ir acompañada de un plan de pagos que detalle tanto éstos como el origen de los recursos previstos para su cumplimiento y, en caso de que dicho plan de pagos cuente entre ellos con los que genere la continuación de la

⁵⁰⁴ HÖLDER FRAU, H.A., *El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal*, op. cit., p. 12.

actividad, deberá acompañarse también un plan de viabilidad (art. 100.4 y 5 LC)⁵⁰⁵.

En la medida que está expresamente prohibido un convenio que suponga una alteración de la clasificación crediticia prevista legalmente (art. 100.3 LC) y, en la que el pago de los créditos subordinados se realizará por el orden establecido en el artículo 92 LC a prorrata dentro de cada número (art. 158.2 LC), la propuesta de convenio y el plan de pagos deberán respetar tal jerarquización, pues lo contrario daría lugar al rechazo de su tramitación o, en su caso, la desaprobarción judicial.

Este necesario respeto a la clasificación crediticia –en cuanto a todos sus rangos– deriva de una interpretación meramente literal de la norma que regula el contenido del convenio que, expresamente, establece la prohibición de cualquier disposición en el convenio que implique la «alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley» (art. 100 LC). Ello implica que en el plan de pagos que ha de guiar y acompañar al cumplimiento de un convenio, ni los acreedores privilegiados pueden ser postergados a los ordinarios –ni, mucho menos a los subordinados–, ni los subordinados antepuestos a los ordinarios –ni mucho menos a los privilegiados–. Y, de idéntico modo, no puedan ser preteridos unos subordinados respecto de otros de rango posterior⁵⁰⁶.

Por otro lado, que el plan de pagos del convenio habrá de respetar el orden de pago previsto en la liquidación se confirma con la presunción de legitimidad y validez de los pagos establecida en los casos en que la liquidación vaya precedida del cumplimiento parcial de un convenio (que, previamente, habrá sido admitido a trámite, aceptado por los acreedores y aprobado por el juez). Se presumen legítimos los pagos realizados, salvo que se pruebe la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores, en cuyo caso es necesaria la tramitación de un procedimiento judicial para la revocación del concreto pago (art. 162 LC). Si la eventualidad de producirse en el cumplimiento de un convenio un pago en contra del rango de cobro en la liquidación se percibe por el legislador como una situación absolutamente excepcional es porque, de natural, el cumplimiento de un convenio implicará que los pagos en él serán acordes con los que habrían de producirse en la

⁵⁰⁵ SALA, A., «Artículo 100», *est. cit.*, p. 482 opina que el plan de pagos y el de viabilidad son «fruto de una doctrina halagüeña pero irrealizable» y que, ignorando la LC la práctica judicial, estas exigencias darán lugar a demorar los procedimientos, hacer compleja la consecución de un acuerdo o que se conviertan en mero trámite formal carente de contenido.

⁵⁰⁶ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, p. 630, en esta línea, pero en su tesis de que en convenio los subordinados pueden ser íntegramente remitidos afirma que «en aquellos aislados supuestos en los que el convenio prevea prestaciones para más de una clase de acreedores subordinados, admitiéndose que las quitas para ellos puedan ser equivalentes, el pago de una determinada categoría no podrá empezar hasta que haya sido completamente satisfecha la anterior».

liquidación⁵⁰⁷.

El cumplimiento del convenio exige el pago a todos los acreedores –incluidos los subordinados– en los términos en él previstos, y no cabe, por vía de convenio, una remisión total de los subordinados, de lo que se concluye que el plan de pagos y, en su caso, el plan de viabilidad deben incluir las previsiones necesarias respecto de los mismos. Podría impugnarse, pues, por infracción legal un convenio que omitiera en el plan las previsiones de los pagos a los subordinados (art. 128.1 LC) y, por inviabilidad objetiva, si los recursos previstos no alcanzaran su pago (art. 128.2 LC).

C) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA EFICACIA DEL CONVENIO

Una vez aceptado por la mayoría de los acreedores ordinarios y aprobado judicialmente, comienza la eficacia del convenio conforme a lo dispuesto en los artículos 133 a 136 LC. Su contenido vincula a los acreedores subordinados respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso, incluso los no reconocidos (art. 134.1.1º LC), que quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas para los créditos ordinarios, si bien los plazos de dilación computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de éstos y sin perjuicio de la facultad de sus titulares de optar por las propuestas alternativas de capitalización de créditos, si se contuvieren (art. 134.1.2º). Este aparentemente sencillo régimen jurídico requiere algunas consideraciones a puntualizar.

a) Los créditos subordinados y la eficacia novatoria del convenio

Los créditos subordinados –como los privilegiados cuyos titulares hubieran votado a favor del convenio y todos los ordinarios– quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de la espera y, en general, afectados por el contenido del convenio (art. 136 LC). Tales consecuencias se producen en relación con todos los créditos anteriores a la declaración de concurso, aun cuando no hubiesen sido reconocidos (art. 134.1.1º LC).

La eficacia novatoria general de un convenio aceptado por la mayoría de los créditos

⁵⁰⁷ En contra, GARRIDO, J.M., «El momento de pago de los créditos subordinados en un convenio en el que exista un crédito ordinario con vencimiento posterior al plazo de espera fijado», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 7, 2006, pp. 543-548, p. 545 entiende que las normas generales sobre el pago de los créditos concursales son sólo de aplicación a la liquidación, y en el convenio rigen normas especiales y CARRASCO PEREA, A., «Artículo 134», BERCOVITZ (coord.), *op. cit.*, p. 1476, quien entiende que el legislador no ha regulado el orden de pago en el convenio al que no sería de aplicación el previsto para la liquidación, afirma que la Ley no impide que el acreedor subordinado pueda ser satisfecho en el convenio junto a los ordinarios porque no se impone que hayan de ser pagados en orden sucesivo, ya que «el orden de pago de los artículos 90-93 y 155-158 LC no es de aplicación al supuesto de convenio».

ordinarios es la base de la configuración de la salida convencional al concurso; es la vertiente objetiva –eficacia sobre los créditos (art. 136 LC) – que ha de completarse con la subjetiva –sobre sus titulares (arts. 134 y 135 LC) –. Todos los acreedores concursales quedarán afectados por su contenido y sus créditos, novados en la medida acorde con él. La principal diferencia estriba en la existencia o no de una voluntad novatoria de sus titulares, ya que mientras que la novación de los créditos privilegiados exige el consentimiento expreso de sus titulares –mediante su aceptación por voto o adhesión– (arts. 134.2 y 136 LC) y la de los ordinarios, el de la mayoría de ellos, la novación de los créditos subordinados vendrá impuesta a sus titulares que no participan, como regla general, en su adopción (art. 122 LC).

La conjugación de la privación a los acreedores subordinados del derecho a voto con la extensión subjetiva del convenio a sus titulares y la correspondiente novación de sus créditos, resulta la máxima expresión de la degradación que, en relación con los ordinarios, reciben los acreedores subordinados en la fase de convenio.

b) Los créditos subordinados y la eficacia de las esperas acordadas

No considerando posible que a los subordinados se les puedan imponer esperas mayores que las establecidas con carácter general para los ordinarios, ni esperas indefinidas (*vid. supra* cap.2º.IV.2.B).a), p. 243), la única especialidad que presentan los créditos subordinados es que las esperas convenidas se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio con los acreedores ordinarios (art. 134.1.2º LC).

El fundamento de esta disposición se ha encontrado en la propia sustancia del sistema de subordinación que implica situar siempre y necesariamente los créditos subordinados en una peor posición que los ordinarios, y en la traslación al ámbito del convenio de la norma que, para la fase de liquidación, establece que el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta haber quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios (art. 158LC)⁵⁰⁸. Podría parecer superfluo analizar el fundamento de esta previsión legal, pues su interpretación literal, aparentemente sencilla, haría innecesaria la finalista. Sin embargo, resulta de máxima utilidad para resolver dos cuestiones controvertidas: la existencia o no de «duplicación de los plazos de espera»⁵⁰⁹ y la integración de la laguna legal sobre la eficacia de las quitas acordadas en relación con los acreedores subordinados (*vid. infra* cap.2º.IV.2.C).c), p. 257).

⁵⁰⁸ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 632; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 134», *est.cit.*, p. 941 para quien la regla del peor trato de los créditos subordinados en el convenio debe considerarse «un principio interpretativo del convenio (...) cuando el mismo nada contempla en cuanto a una posición jurídica especial del subordinado».

⁵⁰⁹ Denominación de VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 134», *est.cit.*, p. 940.

Con carácter previo, es necesario delimitar con precisión cuándo ha de considerarse producido el *íntegro cumplimiento del convenio respecto de los créditos ordinarios*, hecho del que se hace depender el cómputo del plazo de espera de los subordinados. Tal momento parece poder situarse bien en el de la presentación del informe del deudor (art. 139 LC), bien en el de la fecha del auto de declaración de cumplimiento o, en su caso, en el de la sentencia del incidente de incumplimiento o, incluso, en la fecha de la firmeza de dichas resoluciones⁵¹⁰.

Ahora bien, en modo alguno el plazo de espera de los créditos subordinados puede depender del cumplimiento del convenio, pues ningún convenio estará cumplido sin la satisfacción –en la medida acordada– de todos los créditos, incluidos los subordinados, sin duda. Luego mantener que el deudor puede presentar informe entendiendo cumplido un convenio y solicitar la declaración de su cumplimiento, y que el Juez pueda dictar auto declarándolo para, a partir de entonces, comenzar a contar la espera de los créditos subordinados –y empezar a cumplir el convenio con sus titulares– implica desconsiderar totalmente el presupuesto de la declaración de cumplimiento: que esté, en palabras del art. 139.1 LC, *íntegramente cumplido el convenio*; además, evidencia una *contradictio in terminis* que sólo se resolvería excluyendo del cumplimiento del convenio los créditos subordinados, lo cual llevaría a la desechable conclusión de que los acreedores subordinados no quedan afectados por el convenio, contraria al tenor literal del artículo 136 LC y a los más elementales principios que configuran la solución convencional del concurso⁵¹¹.

Cabe concluir, entonces, que el cómputo de las esperas de los créditos subordinados se producirá cuando el deudor, de hecho, haya cumplido íntegramente el convenio respecto de los acreedores ordinarios (pagados todos los créditos ordinarios –con las quitas y/o esperas acordadas– y cumplida cualquier otra previsión alternativa –

⁵¹⁰ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 632-633, DE BUSTOS, M., en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Derecho concursal práctico*, Iurgium, 2004, p. 649, MACHADO PLAZA, J.M., «Artículo 134», en SAGRERA/SALA/FERRER (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, Bosch, 2004, pp. 1412-1434, p. 1434 y CARRASCO PEREA, A., «Artículo 134», *op. cit.*, p. 1476, consideran que el *dies a quo* debe ser el de la resolución judicial que declara cumplido el convenio.

⁵¹¹ La contradicción de esta postura adquiere su máxima expresión cuando se afirma que el plazo de las esperas de los subordinados pende de la declaración judicial de su cumplimiento y, a la vez, se les considera legitimados para solicitar la declaración de incumplimiento del convenio cuando sus créditos no hayan sido satisfechos. Si se considera que un acreedor subordinado puede solicitar la declaración de incumplimiento del convenio cuando sus créditos no han sido satisfechos, será porque el convenio, en ese caso, se considera incumplido; luego no es posible mantener que será la declaración judicial del cumplimiento del convenio (art. 139 LC) la que inicie el cómputo para cumplirlo respecto de los subordinados. Parece apuntarse a una declaración de cumplimiento parcial del convenio no prevista legalmente e imposible de articular en la práctica, máxime cuando a la declaración de cumplimiento sigue la conclusión del concurso *ex art.* 141 LC. Es la mantenida por FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 632-633 y 667-668.

establecimiento de garantías, capitalización de créditos, *etc.* —), sin que sea necesario, ni siquiera posible, una resolución judicial en tal sentido. En el caso de proceder el deudor a satisfacer los créditos subordinados no habiendo cumplido el convenio respecto de los ordinarios, el mecanismo de protección de de los titulares de éstos será el ejercicio de la acción de incumplimiento *ex* artículo 140 LC.

En la defensa de la tesis de que la LC instaura, con carácter imperativo o dispositivo, un sistema de duplicación de los plazos de espera se parte de que el cómputo de las esperas de los créditos subordinados se inicia con el íntegro cumplimiento respecto de los ordinarios porque (i) el acreedor subordinado siempre tiene que soportar una posición peor que la del ordinario y, por tanto, sólo puede empezar a cobrar después de éste; y (ii) el convenio no puede alterar la clasificación crediticia legalmente establecida. La regla vendría a implicar un nuevo límite al contenido del convenio, que no podría contener una disposición que llevara a acreedores ordinarios y subordinados a cobrar a la vez, por lo que si el convenio sólo establece un único plazo de espera, común para todos los acreedores, se produciría, *ex lege*, una duplicación de los plazos respecto de los subordinados, pues su plazo de espera *empezaría* a contar desde la satisfacción de los ordinarios⁵¹². Para evitar este efecto se propone la posibilidad, bien de pactar dos plazos de espera distintos para ordinarios y subordinados, bien el enmascaramiento de la espera con otros sistemas más complejos que produzcan el mismo efecto o, incluso, recurriendo a otras fórmulas distintas de las esperas, siempre que se respete, en cualquiera de las hipótesis, el principio de que «cualquier contenido de convenio, o en cualquier aplicación del mismo, debe cumplirse la idea de que los créditos subordinados nunca pueden pagarse antes del íntegro pago de los ordinarios»⁵¹³.

El fundamento de la norma se encuentra, efectivamente, en la degradación de los créditos subordinados frente a los ordinarios y en el obligado respeto a la clasificación

⁵¹² Así, *v.gr.*, ante un pactado plazo de espera de dos años, a partir del transcurso de éstos empezarían a pagarse los ordinarios y, una vez satisfechos íntegramente, empezaría a contar el plazo de dos años de espera para los subordinados, lo que llevaría a que los subordinados tuvieran un plazo de espera de, al menos, cuatro años, a los que habría que sumar el tiempo en el que se dilataran, en su caso, pagos parciales acordados respecto de los ordinarios, incluso si existe un trato singular conforme al art. 125 LC. *Vid.* PRENDES CARRIL, P., «Artículo 92», *est. cit.*, p. 735; MACHADO PLAZA, J.M., «Artículo 134», *est. cit.*, p. 1434 opina que la norma del inicio del cómputo del plazo de espera de los subordinados tras el cumplimiento con los ordinarios viene impuesto por la necesidad de mantener en la técnica legislativa un nivel de coherencia con la degradación del artículo 158 LC ya que éste, en la práctica, implicará una remisión total de los créditos subordinados; GARRIDO, J.M., «El momento de pago de los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 546 defiende que en la práctica los acreedores subordinados soportan una espera doble a la pactada para los acreedores ordinarios.

⁵¹³ VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 134», *est.cit.*, pp. 939-941 quien reconoce que con este sistema la Ley logra dilatar el tiempo de eficacia del convenio hasta límites insospechados aunque entiende que siempre le cabrá al deudor pagar antes de ese doble plazo siempre que, previo a los subordinados, satisfaga a todos los ordinarios.

crediticia. Sin embargo, por una necesaria interpretación restrictiva, proporcional y constitucional de las limitaciones de los derechos de los acreedores subordinados y a fin de evitar los perniciosos efectos que, incluso para el deudor, tendría la prolongación de la suspensión del procedimiento hasta el cumplimiento o incumplimiento del convenio, el precepto debe ser interpretado en el sentido de ser necesariamente previo el cumplimiento del convenio respecto de los créditos ordinarios para poder empezar a cumplir respecto de los subordinados, no que a partir de entonces empiece a computar el plazo de espera de éstos.

Si se analiza el tenor literal del artículo 134 LC, expresa que los créditos subordinados quedarán afectados por las *mismas esperas* pactadas para los ordinarios «pero los plazos de espera *se computarán a partir* del íntegro cumplimiento del convenio» respecto de aquéllos, no que los plazos de espera *se empezarán a computar a partir* del íntegro cumplimiento del convenio» respecto de los créditos ordinarios. Ante la evidente contradicción del precepto hay que considerar que para el cómputo de cualquier plazo hay un día inicial, *dies a quo*, y un día final, *dies ad quem*, y ambos son términos del cómputo de dicho plazo. En el supuesto, hay que determinar cuándo *empieza* a computarse el plazo de espera que, tanto para los ordinarios como para los subordinados, será el de la fecha de la eficacia del convenio; y cuándo *concluye* el mismo y, por tanto, el deudor debe atender el pago de los créditos, so pena de quedar legitimado el acreedor para la declaración de incumplimiento del convenio. Es ese último día del plazo de espera el que difiere según los créditos sean ordinarios o subordinados. Para los primeros dependerá del mero transcurso del plazo de espera establecido en el convenio; para los segundos será preciso, además, que se haya producido el íntegro cumplimiento del convenio en relación con aquéllos.

Conclusivamente, pues, el cumplimiento del convenio respecto de los créditos ordinarios supondrá, no el *dies a quo* del plazo de espera de los subordinados, sino vendría a ser como el *dies ad quem* para cumplir con ellos, una vez transcurrido el idéntico plazo de espera que, en su caso, se haya acordado para todos. No es que se considere que las alternativas que se plantean como remedio al sistema de la duplicidad de los plazos no sean viables –que lo son y se comparten–, sino que son innecesarias al ser otro el sistema que deriva de la regulación legal, que configura el cumplimiento del convenio como *condictio iuris* para cumplir con los subordinados, también, en el caso de esperas⁵¹⁴.

⁵¹⁴ Realmente, si no, el artículo 134 LC contendría una contradicción *in terminis*: los créditos subordinados no quedarían afectados por *las mismas quitas y esperas* establecidas para los ordinarios si su plazo comenzara a computarse como se propone; estarían, en verdad, afectados por *el doble de las esperas* establecidas para aquellos. La expresión «*a partir*» del artículo 134 LC no se refiere a una fecha

Igualmente se ha planteado polémica en cuanto al cómputo de las esperas correspondientes a los distintos rangos dentro de los propios créditos subordinados, según se consideren aplicables o no al convenio las reglas del pago en la liquidación. Partiendo de que la graduación del artículo 92 LC opera únicamente en fase de liquidación, no siendo aplicable a la solución de convenio, se ha defendido que los acreedores ordinarios pueden establecer libremente cómo ha de ser el cómputo de las esperas de los distintos grados dentro de los subordinados, sin que deba esperarse al cumplimiento respecto de los subordinados del grado anterior para que empiece a computarse el plazo de espera del siguiente. Se señala como ventaja de dicha interpretación que dota de mayor flexibilidad y sencillez al cumplimiento del convenio⁵¹⁵. Sin embargo, el respeto debido a la clasificación crediticia legalmente establecida, conscientemente buscada por el legislador (art. 100.3 LC en relación con los artículos 89 a 93 LC), impide a los acreedores ordinarios aprobar un convenio por el que los créditos subordinados sean atendidos en igual medida sin respetar el orden legal establecido entre ellos (art. 158.2 LC). Por tanto, ha de entenderse que las esperas de cada sub-grupo de subordinados *concluyen* cuando hayan sido íntegramente satisfechos los del grado anterior⁵¹⁶.

c) Los créditos subordinados y la eficacia de las quitas acordadas

Los acreedores ordinarios no pueden aceptar, sin el previo consentimiento de los afectados, un convenio que imponga a los subordinados mayores quitas –o esperas– que las autoimpuestas. Los acreedores subordinados gozan así, junto con los ordinarios, de un mismo grado mínimo de satisfacción legal por vía de convenio (art. 100 LC)⁵¹⁷. En este sentido, se ha escrito que los créditos subordinados no serían «créditos postergados en el *quantum* sino créditos legalmente postergados en el *quando*; son créditos de

sino a un hecho; en realidad no es un término sino una condición. En la espera de los subordinados se acumula un término (el plazo de espera idéntico al acordado para los ordinarios) y la condición de haber cumplido el convenio con los ordinarios para poder empezar a cumplir con ellos.

⁵¹⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 134», *est.cit.*, pp. 941-942 defiende la tesis de que, a los efectos de convenio, los acreedores subordinados constituyen un único grado, aunque para la liquidación existan seis sub-grados pues lo contrario implicaría una gran complejidad al cumplimiento del convenio.

⁵¹⁶ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 634-635 defiende esta misma interpretación aun cuando, en general, considera que el pago del rango anterior supone el *inicio* del cómputo de la espera para el siguiente.

⁵¹⁷ *Vid. supra* cap.2º.IV.2.B).a), pp. 243 y ss en las reflexiones sobre el contenido del convenio y los acreedores subordinados los argumentos que conducen a esa conclusión. BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 244 en su particular interpretación del binomio normativo suspensión-subordinación de intereses defiende que, para este tipo concreto de crédito subordinado, el inciso final del 59.2 LC autorizaría una quita más amplia para los créditos por intereses que para el crédito principal, pudiendo esa quita llegar a ser total, no siendo obstáculo el artículo 134 que sólo contiene una regla dispositiva, que sólo se aplicaría en defecto de pacto expreso.

último grado –es decir, créditos que se satisfacen en último lugar, conforme un cuadro de amortización idéntico pero sucesivo al fijado para los créditos ordinarios– pero no créditos de menor grado de satisfacción»⁵¹⁸.

Los créditos subordinados quedarán afectados por las mismas quitas establecidas en el convenio para los ordinarios (art. 134.1 2º LC), No obstante, al ser posible que el convenio establezca un trato singular para algunos acreedores (art. 125.1 LC) con menores quitas para ciertos créditos ordinarios, surge el interrogante de cuál sería la quita aplicable, en tal caso, a los subordinados. Sin duda, quedarán afectados por la mayor quita establecida en el convenio, puesto que una interpretación contraria llevaría a un peor trato de ciertos acreedores ordinarios. Cuestión distinta es que se articulara, no la regla del trato singular mejor –se concede a una clase de ordinarios menores quitas que al resto– sino la del trato singular peor (art. 125.2 LC regla) –se sacrifican unos ordinarios consintiendo mayores quitas que al resto–, en cuyo caso se aplicaría a los subordinados la misma quita establecida con carácter general, salvo que hubieran individualmente aceptado ese trato peor⁵¹⁹.

En conclusión, la regla no es la aplicación a los créditos subordinados de la quita mayor contenida en el convenio, sino la de la quita establecida en el convenio para la generalidad de los ordinarios.

Está también cuestión la laguna legal de cuándo ha de procederse a satisfacer la parte subsistente del crédito remitido a los subordinados cuando no se ha establecido espera alguna. La norma establece que las esperas de los subordinados computarán desde el íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios (art. 134.1.2º LC), pero omite regular cuándo ha de procederse a la satisfacción de los subordinados si dichas esperas no han sido pactadas. Sin embargo esto no presenta ninguna dificultad; en ningún caso el pago de los créditos subordinados podrá efectuarse antes de que hayan sido satisfechos íntegramente los ordinarios, tanto por la degradación propia del acreedor subordinado como por la prohibición de convenios que alteren la clasificación

⁵¹⁸ GARRIDO, J.M. «Extensión subjetiva (art. 134)», ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 2228.

⁵¹⁹ TORRUBIA CHALMETA, B., «Artículo 125», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2004, pp. 895-900, p. 896, por el contrario, mantiene que el trato singular del párrafo primero no hace referencia a la idea de ventaja o provecho, de trato más favorable, sino a trato singular en el sentido de trato distinto del general previsto para la mayoría de los acreedores. También ROJO, A. «Contenido de la propuesta de convenio (art. 100)», ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1876 opina que si hay un trato distinto, sea mejor o peor, hay trato singular y que los acreedores subordinados quedan afectados por la misma quita establecida en el convenio para los ordinarios de peor condición, se llegue a ella por ser la regla general o por la del trato singular *ex* art. 125 LC. GARRIDO, J.M.^a, «Créditos subordinados (art. 92)», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1660 también defiende que, en caso de disparidad de quitas para los ordinarios los subordinados recibirán la de peor trato.

crediticia y el necesario respeto en el convenio a los rangos de cobro de la liquidación⁵²⁰.

Se ha planteado, igualmente, el supuesto de pacto en el convenio de una quita general y una espera sólo para los créditos ordinarios. En tal caso, se ha defendido que, dado el principio de previa satisfacción de los créditos ordinarios, en fase de convenio no resulta posible que el deudor atienda simultáneamente los créditos ordinarios y los subordinados, de modo que éstos sólo podrán serlo una vez concluida la espera de aquéllos⁵²¹. Si es el supuesto que en un convenio eficaz exista una espera sólo para los ordinarios es, necesariamente, porque así haya sido expresamente establecido (si no, entraría en juego el tenor literal del art. 134 LC) y tal cláusula ha sido querida por los ordinarios que la votaron a favor, consentida por los que no lo hicieran y aprobada por el juez –por no apreciar de oficio o desestimar, en su caso, causa de desaprobación del convenio por tener contenido ilegal-. Se considera que la Ley no impide este convenio y resultaría amparado de legalidad si, en una combinación de la valoración del respectivo sacrificio de unas esperas y otras quitas resulta, a la postre, tratado el subordinado como la generalidad de los ordinarios o, en su defecto, peor tratado⁵²².

d) Los créditos subordinados y los efectos de la aceptación de propuestas alternativas

En caso de contener el convenio propuestas alternativas dirigidas a los acreedores subordinados, cualesquiera que sean sus contenidos, podrán éstos ejercitar el derecho de opción (art. 102.2 LC); si no lo hicieran, podrán quedar afectados por cualquier alternativa remisoria o dilatoria predeterminada en aquél (art. 102.1 LC). Sin embargo, la eficacia de alternativa que consista en cualquier forma de capitalización de sus créditos exige su aceptación expresa –previa (art. 125.2 LC) o posterior (art. 134.1.2º LC) – y, consecuentemente, salvo anterior consentimiento expreso de los afectados, no podrá haber una propuesta de convenio que sólo consista para los subordinados en la

⁵²⁰ Vid. *supra* cap.2º.IV.2.B.d), p. 250 y FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, pp. 630-631. Sin embargo aquí no se comparte que sea imposible un pago simultáneo de ordinarios y subordinados; sólo se niega la posibilidad de uno anterior.

⁵²¹ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 630; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 134», *est.cit.*, p. 941.

⁵²² Se considera que la valoración del trato mejor y peor ha de ser global y depende de las circunstancias concretas (*v. gr.* no tiene por qué ser necesariamente mejor que el subordinado cobre sólo el 50% ya y que el ordinario cobre, el 80% dentro de tres años). Lo que, en esta línea, sí habrá de implicar el supuesto planteado es quitas para todos, aun cuando menores para los ordinarios que lleven espera; no podrá ser quita igual y espera sólo para ordinarios, sino que habrá de tratarse de menor quita para éstos o cualquier otra prestación que compense el desfavor que constituye la espera exclusiva para ellos. En línea parecida, CARRASCO PEREA, A., «Artículo 134», BERCOVITZ (coord.), *op. cit.*, p. 1476 considera que en la Ley «no se impide que, de no haberse pactado una espera, el acreedor subordinado no cobre simultáneamente (o antes incluso) que los ordinarios, si así se hubiera convenido».

conversión de sus créditos en participación (*vid. supra* cap. 2º.IV.2.B).c), p. 248). Ahora bien, sea como fuere, la propia naturaleza de propuestas *alternativas* –de cualesquiera contenidos y a salvo los distintos requisitos establecidos para cada caso– implica que, en todo caso, la plena eficacia de una impide que surta efecto alguno cualquiera de las restantes.

El precepto que tras la declaración general de quedar afectados los acreedores subordinados a las mismas quitas y esperas acordadas para los ordinarios, deja a salvo su facultad de aceptar propuestas alternativas de cualquier forma de capitalización de sus créditos (art. 134.1.2º LC) ha sido considerado incoherente e innecesario por ser mera reiteración de la norma general referida a las propuestas alternativas (art. 102 LC)⁵²³. Sin embargo, su existencia sirve para concluir que cualquier oferta de conversión de créditos requiere la aceptación expresa de su titular (*vid. supra* cap.2º.IV.2.B).c), p. 248), así como para autorizar un convenio que implique quitas o esperas para unos créditos y conversión inmediata de la totalidad de otros –específicamente los subordinados– en cualquier forma de participación en el capital o los beneficios obtenidos por el deudor. En este sentido, no estaría reiterando la norma general, sino especificando que, con independencia de las quitas y esperas establecidas para otros acreedores, es posible prever para los subordinados la alternativa de recibir la integridad de sus créditos, inmediatamente, mediante su conversión en participación en el capital⁵²⁴.

e) Los créditos subordinados y el mantenimiento de las obligaciones de terceros

La LC establece en qué medida el convenio aprobado extiende su eficacia hacia las obligaciones solidarias, concurrentes con la responsabilidad del deudor concursado, y las garantías personales que, en forma de aval o fianza, tuvieran recibidas los acreedores de terceras personas, determinando, como regla general, su pleno mantenimiento (art. 135 LC). Se infiere, así, el principio general de no afectación de las relaciones entre el acreedor y el tercero por el convenio concursal⁵²⁵.

⁵²³ MACHADO PLAZA, J.M., «Artículo 134», *est. cit.*, p. 1434. SALA, A., «Artículo 134», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 609-612, p. 612 afirma que la mención es incoherente, pues si se le impidiera suscribir dichos convenios, en la práctica supondría dejar de reconocerles su condición de acreedor.

⁵²⁴ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, pp. 635-636 quien añade que dicha interpretación, además de no alterar el rango de distribución concursal, permite salidas al concurso que benefician tanto a los acreedores subordinados «quienes pueden preferir convertirse en accionistas a perder parte o la totalidad de sus créditos» como al deudor «quien obtendrá una mejora de su situación financiera a través del incremento de la cifra de retención del capital social y la consiguiente disminución de su pasivo exigible, lo que sin duda será un elemento positivo en el camino hacia su recuperación».

⁵²⁵ Se analizan ahora las posibles garantías personales de que pudieran disfrutar los acreedores

Ahora bien, se distinguen dos supuestos según que los acreedores que gocen de tales acciones hayan votado o no a favor del convenio⁵²⁶. En el primer supuesto, el mantenimiento de la acción contra el tercero dependerá de lo expresamente dispuesto por las partes para el caso –al establecer la obligación– o, en su defecto, de la norma legal aplicable a la obligación contraída (art. 135.2 LC); en el segundo, la aprobación del convenio no afectará, en modo alguno, a los derechos del acreedor frente a estos terceros, que no podrán invocar u oponer ni su aprobación ni sus efectos (art. 135.1 LC). El traslado de la cuestión a los créditos subordinados ha de analizarse a través del prisma de la privación del derecho a voto de sus titulares en todo caso, de modo que éstos, como imposibles votantes del convenio y sus pactos, mantendrían inalterados los derechos que pudieran ostentar frente a terceros obligados junto con el deudor. No obstante, son precisas algunas matizaciones.

De un lado, debe suponer una excepción el caso de ser un mismo sujeto titular de un crédito ordinario y de un crédito subordinado y haber votado a favor del convenio⁵²⁷. Dado que la consecuencia del artículo 135 LC se asocia a la voluntad del titular del crédito y no a la consideración del crédito en sí mismo, una vez expresada aquélla aceptando los términos de un convenio –con previsiones para ambos tipos de créditos de los que es titular el mismo acreedor que habrá emitido el voto en contemplación del conjunto–, el mantenimiento de las acciones contra el tercero dependerá de lo pactado o del régimen legal aplicable a la obligación (art. 135.2 LC).

De otro lado, si bien los acreedores subordinados están privados del derecho a voto, deben manifestar expresamente su consentimiento para que les afecten las propuestas alternativas de capitalización de sus créditos (art. 125 con 134 LC). Aun cuando en la práctica sea poco probable que el acreedor subordinado que dispone de acciones contra terceros [solventes] prefiera la conversión, aceptándola expresamente, en el imaginario caso de que así fuera sería de aplicación el pacto contractual o la norma legal (art. 135.2 LC) que, en la generalidad de los casos de fórmulas de capitalización, supondrá la

subordinados, pues la del mantenimiento o no de las garantías reales, asociadas legalmente como efecto del reconocimiento y clasificación de créditos, fueron vistas al analizar la posición jurídica de los créditos subordinados en la fase común (vid. supra cap.2º.IV.1.D), p. 230); y en un sentido amplio, pues no todos los casos son realmente garantías personales, al no corresponder a tal naturaleza todos los supuestos posibles de obligaciones solidarias de terceros con el deudor.

⁵²⁶ A pesar de la dicción literal del artículo 135 LC, debe incluirse en el supuesto de voto a favor aquellos otros en los que la aceptación del convenio se expresa en forma de adhesión al mismo, sea una adhesión previa a convenio aceptado en Junta, una adhesión a propuesta anticipada o una adhesión a propuesta ordinaria tramitada por escrito.

⁵²⁷ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, ob.cit., p. 637 plantea la excepción desde el exclusivo prisma de titulares de créditos ordinario por principal y subordinado por sus intereses, pero las hipótesis posibles exceden a la planteada –v.gr. créditos de socios con distinta naturaleza jurídica y clasificación ex art. 92.5º, acreedores con créditos insinuados y sin comunicar, etc.–.

extinción del crédito y, con él, la de las garantías personales ofrecidas.

Resta, por último, considerar las repercusiones a estos efectos de la manifestación por un acreedor subordinado de su adhesión a la propuesta de convenio que resultara aceptada y aprobada. Esta posibilidad no resulta incompatible con la privación del derecho a voto y el aparente conflicto se resuelve distinguiendo los distintos efectos que acarrearán el ejercicio del derecho a voto –sólo encaminados a la aceptación de una propuesta– y la adhesión –que pueden ir asociados a su admisión a trámite o a su aceptación– (vid. *supra* cap.2º.IV.2.A).a) y b), pp. 234 a 238). Sin embargo, se considera más acorde con la finalidad de la norma y su vinculación con la voluntad del titular del crédito considerar que, en estos casos, la adhesión equivale al consentimiento del acreedor, que deberá llevarle a la aplicación del párrafo segundo del artículo 135 LC.

D) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

El análisis de la posición jurídica de los titulares de créditos subordinados en el cumplimiento del convenio debe empezar por una afirmación que podría considerarse obvia y superflua si no fuera porque se expresan opiniones que parten como premisa de la contraria. El cumplimiento del convenio exige que se culminen la totalidad de las previsiones contenidas en él y, entre ellas, destaca la satisfacción de todos los acreedores concursales, incluidos los subordinados, en la medida de las quitas o esperas que se hubieran acordado. Por tanto, no podrá el deudor instar –ni el juez declarar– el cumplimiento de un convenio si los acreedores subordinados no han sido íntegramente satisfechos según lo en él establecido y en los términos en que, respecto de ellos, resulte eficaz⁵²⁸.

El control del cumplimiento del convenio se articula a través de distintos mecanismos, unos facultativos, otros obligatorios. El propio convenio *puede* establecer los mecanismos de control que se consideren oportunos –incluso el mantenimiento de funciones de la administración concursal (art. 133.2 LC) –, pero *en todo caso*, de un lado, se establece la obligación del concursado de dar cuenta semestral al Juez acerca de su cumplimiento (art. 138 LC); del otro, se articula un régimen de incumplimiento del convenio. Si el deudor no cumple los términos del convenio, los acreedores pueden solicitar del juez la declaración de su incumplimiento (art. 140 LC) desde el momento en que haya dejado de ser cumplido por el deudor; esta acción caduca a los dos meses desde el auto de cumplimiento del convenio que el juez dictará, a instancias del deudor,

⁵²⁸ Vid. *supra* cap.2º.IV.2.C).b), p. 253 en la polémica sobre la duplicidad de los plazos de espera.

si lo estimare cumplido (art. 139 LC). Al respecto se suscitan dos cuestiones en relación con los acreedores subordinados: su legitimación para el ejercicio de dicha acción y los efectos que una eventual declaración de incumplimiento tiene sobre sus créditos.

a) *La legitimación de los titulares de créditos subordinados para la acción de incumplimiento del convenio*

La legitimación para el ejercicio de la acción de incumplimiento del convenio se atribuye en función de las causas que la soportan. Si el incumplimiento deriva del hecho de haber infringido el deudor cualquier medida convenida, prohibitiva o limitativa de sus facultades de disposición o administración, la legitimación viene otorgada a cualquier acreedor sin consideración a otra condición alguna (art. 137.1 LC), por lo que los acreedores subordinados la tienen atribuida. Pero en cualquier otro supuesto la legitimación viene atribuida a «cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte» (art. 140.1 LC). Ante ello surge la duda acerca de la legitimación o no de acreedores subordinados si el incumplimiento fuera de créditos ordinarios.

Se ha sostenido que, al no afectar ese incumplimiento—directamente— a los intereses de los titulares de créditos subordinados, éstos sólo podrán ejercitar la acción cuando el convenio esté cumplido íntegramente respecto de los créditos ordinarios y el incumplimiento se refiera a créditos de su titularidad⁵²⁹. En posición contraria, se ha mantenido que, pese a ello, debe entenderse atribuida la legitimación a cualquier acreedor, incluidos ordinarios y subordinados⁵³⁰.

Sin embargo, cabe defender una postura intermedia que niegue la legitimación de los acreedores respecto de los cuales el convenio se haya cumplido —en este caso el interés del acreedor no estará afectado por el posterior incumplimiento⁵³¹—, y la afirme respecto de cualquier otro acreedor que no haya sido satisfecho en su integridad, aun cuando el

⁵²⁹ MACHADO PLAZAS, «Artículo 140», en SAGRERA/SALA/FERRER (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial Bosch, Barcelona 2004, p. 1480; ROJO, A., «Incumplimiento (art. 140)», ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 2283; CARRASCO PEREA, A., «Artículo 140», en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, v. II, pp. 1512-1528, p. 1519. FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, pp. 668-669 insiste en su argumento de que tal prerrogativa sería incoherente con su papel marginal en el concurso.

⁵³⁰ VARA DE PAZ, N., en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, *Comentarios legislación concursal*, t. II, p. 1276. CORDÓN MORENO, F., «Artículo 140», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2004, pp. 959-963, pp. 961-962 critica la solución legal que interpreta restrictivamente y opina que si el incumplimiento deviene en causa de rescisión con eficacia general, lo lógico hubiera sido reconocer la legitimación, en todo caso, a cualquier acreedor.

⁵³¹ SALA, A., «Artículo 139», SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona 2004, p. 628 «la legitimación deviene del crédito y, extinguido éste, decae el derecho a solicitar que el juez deniegue el pronunciamiento sobre el cumplimiento del convenio».

incumplimiento producido se refiera a un crédito de rango anterior.

El convenio habrá de contener, necesariamente, el plan de pagos para su cumplimiento, luego el incumplimiento del convenio determinará, en general el incumplimiento del plan de pagos establecido y éste afectará, siquiera indirectamente, a los intereses de los acreedores que han de ser satisfechos con posterioridad. Dado que el cumplimiento respecto a éstos requiere lo propio en relación con los anteriores, el incumplimiento de éstos implicará el de aquéllos y habilitará a cualquier acreedor respecto al cual el convenio no haya sido cumplido, a solicitar la declaración de incumplimiento basada en la falta de satisfacción de los créditos predecesores del suyo.

La legitimación, en estos términos, sería predicable en todo supuesto e incluiría, en sus casos, la de los privilegiados ante el incumplimiento de otros privilegiados que hubieren de ser satisfechos con anterioridad, la de los ordinarios ante la insatisfacción de los privilegiados que les precedieren, la de los subordinados ante la insatisfacción de los ordinarios e, incluso, la de los subordinados de rango posterior ante el incumplimiento respecto de los subordinados a satisfacer previamente.

b) Los efectos de la declaración de incumplimiento en los créditos subordinados

La declaración de incumplimiento del convenio supondrá su rescisión y la desaparición de los efectos novatorios sobre los créditos (art. 140.4 LC). La firmeza de tal declaración implicará la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1.5º LC). Los pagos realizados en cumplimiento parcial del convenio se presumen legítimos –salvo prueba de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores–, siendo retenidos por su perceptor quien, no obstante, si hubiere recibido más que el resto de acreedores de su misma clasificación, quedará al margen de los cobros en la liquidación hasta la percepción por éstos de un porcentaje equivalente (art. 162 LC).

Con todo ello, ante el incumplimiento del convenio, la posición del acreedor subordinado puede resultar paradójica, en ciertos casos: podría solicitar la declaración de incumplimiento por faltar el deudor al cumplimiento del convenio con los ordinarios, pero ello implicará la rescisión del convenio y, con ella, la eliminación del efecto remisorio de las quitas acordadas, si las hubiera (las esperas decaen por el vencimiento anticipado *ex art.* 146 LC). Por tanto, en la liquidación subsiguiente al incumplimiento del convenio, los acreedores subordinados cobrarán tras el pago íntegro de los créditos ordinarios que no se hayan extinguido, sin las quitas acordadas inicialmente y, con ello, la masa ordinaria preferente será superior en la liquidación que la que había en convenio. Podría pensarse que proceder así es peor que aquietarse al incumplimiento del convenio y mantener la esperanza de que, con nuevos recursos, el deudor pueda

cumplir. Pero hay otras circunstancias a considerar que podrían neutralizar esos inconvenientes. Por un lado, una eventual insuficiencia de bienes en la liquidación provocará la conclusión del concurso (art. 176.3º LC), pero el acreedor subordinado siempre conservaría su acción para reclamar y, si bien es cierto sólo en el caso de concurso de las personas físicas, una hipótesis de mejor fortuna mantendría sus expectativas de cobro (art. 178 LC)⁵³²; por otro lado, con la liquidación se abriría la sección de calificación (art. 167 LC) y podría ser satisfecho con una potencial indemnización de daños y perjuicios (art. 172.3 LC) y/o responsabilidad concursal (art. 172 bis LC) que podría venir aparejada a la eventual declaración de culpabilidad, si el incumplimiento del convenio se ha debido a causa imputable al concursado (art. 164.2.3º LC).

3. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS ANTE LA LIQUIDACIÓN

Por distintos motivos, y a instancia bien del propio deudor, de la administración concursal, de los acreedores e incluso de oficio, procede la apertura de la fase de liquidación. Con ella, la solución del concurso deriva hacia la enajenación del activo del deudor y el pago del pasivo según orden legalmente establecido, hasta donde alcance la realización de la masa activa. Terminada la liquidación, tendría lugar la consecuente conclusión del concurso previa tramitación de la correspondiente sección de calificación.

En los aspectos procedimentales, pocas especialidades se presentan en la fase de liquidación para los acreedores subordinados. El deudor que durante la vigencia de un convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación, viene obligado a solicitar del juez la apertura de la fase de liquidación. Sólo cuando incumpla tal deber surge la única legitimación reconocida a favor de *cualquier* acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso *ex* artículo 2.4 LC (art. 141.2 LC). Ninguna especialidad concurre en la legitimación del acreedor subordinado, como tampoco en cuanto a la posibilidad de formular observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación presentado por la administración concursal (art. 148.2 LC) o la de instar la separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación (art. 153.1 LC). De ninguna de esas

⁵³² VALPUESTA GASTAMINZA, E. «Artículo 158», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 1034-1035, p. 1035 destaca cómo la clausura del concurso que ha terminado en liquidación no extingue las deudas no pagadas y es, simplemente, el cierre de un proceso judicial que mantiene incólumes los derechos de cobro de los acreedores concursales insatisfechos; cómo, aun cuando pueda resultar ilusorio, caben otras vías para satisfacerse (*v. gr.* la exigencia de responsabilidad de administradores).

facultades o derechos son expresamente privados o limitados.

Desde el punto de vista sustantivo, la apertura de la fase de liquidación supondrá el vencimiento anticipado de los créditos subordinados aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones, como, en general, viene dispuesto para todos los créditos concursales (art. 146 LC). Sin embargo, ciertos otros rasgos sí vienen a constituir un régimen jurídico particular que la LC reserva para los titulares de créditos subordinados en la fase de liquidación.

A) LA LIQUIDACIÓN Y LA PRELACIÓN DE COBRO DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS

El efecto que caracteriza la posición de los titulares de los créditos subordinados en la fase de liquidación es su postergación al último lugar de la prelación en el rango de cobro de los créditos concursales (arts. 154 a 158 LC). Su pago, que no se realizará hasta la íntegra satisfacción de los créditos ordinarios, se efectuará por el orden establecido en el artículo 92 LC, no pudiendo satisfacerse una categoría de créditos subordinados sin la previa satisfacción de la anterior y habiendo de repartirse el remanente en proporción dentro de la categoría en caso de insuficiencia patrimonial para atenderla íntegramente (art. 158 LC)⁵³³.

Esta situación de los créditos subordinados, a la cola del proceso de distribución concursal, ha sido considerada por ciertos autores como la clave que ha de servir de parámetro interpretativo de la posición jurídica legislativamente querida para ellos en el procedimiento concursal en su conjunto, incluso en sede de convenio, lo que les ha llevado a defender posturas de las que ya se ha disentido en esta memoria⁵³⁴. Tal postura parte de considerar el proceso concursal como eminentemente liquidatorio –

⁵³³ Es una obviedad que, aunque la referencia legal sea a la previa satisfacción de los ordinarios, en la medida que éstos sólo pueden ser satisfechos una vez que lo estén los créditos contra la masa y los privilegiados (art. 157 LC), los subordinados resultan situados en el último lugar de la prelación.

⁵³⁴ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, p. 674 «La norma del artículo 158 LC pone de relieve, en fin, cuál es la verdadera posición de los créditos subordinados en el concurso. El legislador ha querido que en el concurso, como proceso que es para el pago ordenado de créditos, unos determinados intereses sean merecedores de una menor consideración. Esto se evidencia en uno de los aspectos cruciales del proceso, cual es el pago de los créditos. La última posición de estos créditos subordinados en el proceso de distribución concursal da una idea muy precisa de cómo trata el legislador los intereses de estos acreedores, la cual, a nuestro juicio, debe ser tenida en cuenta a la hora de analizar todas las normas de la Ley Concursal que hacen referencia a los créditos subordinados, señaladamente en lo que concierne a la fase de convenio. A nuestro juicio, el artículo 158 LC establece un principio según el cual no puede tratarse de igual modo a los titulares de créditos subordinados respecto de lo previsto para los ordinarios e, igualmente, muestra la clara opción del legislador en el sentido de que la prelación de créditos prevista respecto de las diferentes clases de créditos subordinados sea también respetada en todo caso.»

«como proceso que es para el pago ordenado de créditos»–, obviando la perspectiva de proceso conservativo, cuando la LC configura un sistema apto para ambas soluciones, con sus respectivas finalidades, régimen jurídico y presupuestos, y cuya disyuntiva se resolverá en función de la situación patrimonial, financiera y económica que presente el concursado y la viabilidad de su empresa, en su caso.

Por tanto, no se considera que la situación de los acreedores subordinados a la cola en caso de liquidación concursal que, efectivamente, tiende sólo al pago ordenado de los créditos cuando la masa activa vaya a ser insuficiente para atender a la masa pasiva, pueda ser considerada como principio general informativo de todo el sistema, permisivo de una interpretación extensiva de sus limitaciones también en caso o fase de convenio, que podrá articularse sólo cuando la situación patrimonial, financiera y económica del deudor y/o la viabilidad de su empresa, puedan garantizar un grado mínimo de satisfacción a todos los acreedores, incluidos los subordinados. Los principios establecidos para la solución de liquidación, en la que normalmente todos o algunos de los subordinados –también incluso todos o algunos de los ordinarios– habrán de quedarse sin cobrar, no pueden aplicarse sin más a la solución convenida en la que deberán recibir, necesariamente, los mínimos garantizados (art. 100 LC) so pena de incumplimiento declarado del convenio y consecuente apertura de la fase de liquidación.

B) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y EL PAGO ANTICIPADO Y A CUENTA EN LA LIQUIDACIÓN

En casos excepcionales y a solicitud de la administración concursal, la LC prevé la posibilidad de que el juez autorice motivadamente, en fase de liquidación, el pago de créditos ordinarios antes de haberse procedido a satisfacer íntegramente los de rango preferente, siempre que estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. También establece que el pago de los créditos ordinarios se efectuará en función de la liquidez de la masa activa, pudiendo realizarse entregas a cuenta no inferiores al 5% del nominal del crédito (art. 157 LC). Sin embargo, en relación con los créditos subordinados, la norma de referencia para su pago en la liquidación (art. 158 LC) no realiza previsiones similares, limitándose a afirmar que tal pago no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios. Surge, así, la duda de una posible aplicación analógica de aquellas otras normas de pago referidas a los créditos ordinarios.

La doctrina, en una interpretación literal de los preceptos y dada la posición marginal de los créditos subordinados en el concurso, viene negando las posibilidades de pago

anticipado o pago a cuenta de los créditos subordinados⁵³⁵. Sin embargo, la negación absoluta de ambas posibilidades debe ser matizada.

De un lado, parece ser voluntad legislativa claramente expresada (art. 158.1 LC) que, en sede de liquidación, no se atiende el pago de créditos subordinados hasta la íntegra satisfacción de los ordinarios. Esto responde, efectivamente, a la configuración propia de los créditos subordinados y a su postergación respecto de los ordinarios. Aun cuando hubiera sido posible que, respetando esa postergación, la Ley hubiera establecido la misma excepción de pago anticipado que para los ordinarios, con las mismas precauciones, el tenor literal y régimen propio de los créditos subordinados impide la aplicación analógica del artículo 157 LC, que conduciría a la anteposición de cobro de los subordinados sobre los ordinarios. No podrá, pues, anticiparse pago alguno a los acreedores subordinados estando pendiente la íntegra satisfacción de los ordinarios. Pero la conclusión ha de ser la contraria en relación con la anteposición de unos subordinados respecto de otros subordinados de rango anterior. En tal caso, podría el Juez, de forma excepcional, a solicitud de la administración concursal y siempre que el pago de los preferentes estuviera garantizado, autorizar el pago anticipado a unos acreedores subordinados respecto de otros subordinados de superior categoría, puesto que esta aplicación analógica no encontraría aquel obstáculo legal.

Similar interpretación procede ante la posibilidad de efectuar pagos a cuenta a los acreedores subordinados. Ningún pago a cuenta podrá realizarse a los acreedores subordinados si están pendientes de satisfacer íntegramente los ordinarios (art. 158.1 LC); pero si todos los acreedores ordinarios –y previos a ellos, obviamente, los créditos contra la masa y los privilegiados– estuvieran satisfechos, nada impide que el pago a los subordinados se vaya efectuando conforme a la liquidez de la masa activa, permitiéndose –ante la laguna legal– entregas a cuenta en aplicación analógica del artículo 157.3 LC. Lo contrario supondría entender que la administración concursal debería sucesivamente retener las cantidades líquidas de la masa activa hasta tanto fuera teniendo disponibilidad para atender íntegramente los créditos subordinados de cada rango, lo que parece contrario a la finalidad principal de la fase de liquidación que es la satisfacción pronta y ordenada a los acreedores.

C) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA COORDINACIÓN CON PAGOS ANTERIORES EN FASE DE CONVENIO

La LC prevé la situación de liquidación concursal precedida del cumplimiento

⁵³⁵ FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 673; GARRIDO, J.M., «Pago de créditos subordinados (art. 158)», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pp. 2486-2487.

parcial de un convenio y regula cómo coordinar, en tal caso, los pagos producidos en la fase anterior (art. 162 LC). Frente a la alternativa de retroceder todos los pagos efectuados en cumplimiento del convenio, se establece su legitimidad, salvo que se pruebe en un procedimiento judicial para la revocación del pago, la existencia de fraude, la contravención al convenio o la alteración de la igualdad de trato a los acreedores. Como regla general, los acreedores pueden retener el importe percibido pero si, por cualquier circunstancia, hubieren recibido importe en proporción superior a los demás de su misma clasificación, la administración concursal habrá de mantenerlos al margen de los pagos en la liquidación hasta tanto los del mismo rango no hayan recibido cobros paritarios.

No obstante, como las eventuales quitas acordadas en el convenio quedan sin efecto tras la apertura de la liquidación (art. 140.4 LC), podría darse el caso de que los acreedores subordinados hubieran recibido un pago que fuera posible con la remisión de la parte de la quita de los ordinarios pactada en el convenio, pero al que el activo concursal de la liquidación no alcanzaría si se hubiera de satisfacer en liquidación íntegramente los créditos ordinarios. En estos casos, y a salvo el supuesto de la revocación del pago (art. 162 LC), el acreedor subordinado no habrá de reintegrar el cobro recibido. Los créditos que en cumplimiento del convenio hayan quedado extinguidos por pago no quedarán afectados por rescisión de las quitas y la liquidación se abrirá sólo para la satisfacción de los créditos pendientes de cumplir; con todo ello, en la hipótesis que se baraja de no proceder la revocación del pago, el cumplimiento con subordinados implica la previa satisfacción de todos los de rango anterior que, por tanto, estarán ya extinguidos por pago⁵³⁶.

D) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS Y LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

En íntima relación con lo anterior, ya se puso de manifiesto cómo el régimen jurídico de los acreedores subordinados les ponía en la paradójica situación de parecer estar en mejor posición aquietándose al incumplimiento de un convenio que instando su declaración de incumplimiento y consecuente apertura de la fase de liquidación; y se apuntó cómo una de las ventajas de la apertura de esta fase era la eventual indemnización de daños y perjuicios con cargo a los cómplices, así como la responsabilidad por el déficit patrimonial que puede acordarse en la sección de calificación ante una eventual sentencia de declaración de concurso culpable (*vid. supra*

⁵³⁶ VALPUESTA GASTAMINZA, E. «Artículo 162», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 1041-1049, p. 1047, si bien en términos generales y sin analizarlo desde el prisma de los subordinados como se hace en el texto, defiende que si no hubiera bienes suficientes para igualarlos, simplemente, los acreedores que recibieron pagos parciales cobrarán en mayor proporción, pues los pagos realizados ya han quedado firmes.

cap.2º.IV.2.D).b), p. 264). Efectivamente, los acreedores subordinados no quedan excluidos del ámbito de la responsabilidad por el déficit concursal y éste no deja de existir por el hecho de restar tras la liquidación sólo este tipo de créditos, con lo que ninguna especialidad concurre a este respecto.

V. LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES

1. INTRODUCCIÓN

Tras una aproximación al régimen general de los créditos subordinados y a la posición jurídica común de sus titulares, cualquiera que sea su categoría, se afronta ahora el análisis de la subordinación del crédito por intereses establecida en el número 3º del artículo 92 LC –por tanto, en el tercer nivel del escalafón crediticio (art. 158 LC) –, según el cual son tales los *créditos por [recargos e] intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía*⁵³⁷.

No hay doctrina que profundice en la subordinación del crédito por intereses, centrándose la escasa producción científica al respecto en la búsqueda del criterio o forma de coordinar la regla de la subordinación del crédito por intereses (art. 92.3º LC) con la de la suspensión de su devengo (art. 59 LC) y en la consecuente determinación de qué intereses son los que se subordinan, si los preconcursales, los postconcursales o ambos⁵³⁸. Hay práctica unanimidad en considerar injusto el tratamiento legalmente dado a los intereses retributivos en el concurso, pero a lo más que se llega es a la propuesta de una conveniente reforma legal⁵³⁹. El núcleo de esta memoria se centra, ahora, en analizar si es necesaria –e inevitable– esa reforma legal o si, en aplicación del vigente régimen concursal interpretado a la luz de las normas constitucionales, cabe ya

⁵³⁷ En el rango entre los créditos subordinados establecido según su numeración dentro del elenco del artículo 92 (art. 158 LC), los intereses se sitúan bajo los supuestos de créditos de insinuación tardía (1º) y subordinación contractual (2º), y sobre los créditos por multas y sanciones (4º), personas especialmente relacionadas (5º), el crédito a la restitución del acreedor de mala fe en la reintegración concursal (6º) y el de los acreedores obstaculizadores del cumplimiento de contratos de la masa (7º).

⁵³⁸ Como la redacción del artículo 92 LC mantuvo en su esencia el contenido del Anteproyecto de 2001 sirven todas las referencias bibliográficas producidas desde entonces. ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva», *est. cit.*, pp. 400-401; MORAN BOVIO, D. «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, pp. 3008-3012; CORDERO LOBATO, E., «Artículo 92», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, v. I, pp. 1093-1102, pp. 1098-1099; GARRIDO, J.M., «La graduación de créditos», en ROJO, A. (dir.), *La Reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 225-245, pp. 240-241; MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est.cit.*, pp. 67-72; BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p.236.

⁵³⁹ SASTRE PAPIOL, S., «Los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 3919.

efectuar una distinción entre la subordinación de los intereses retributivos y los moratorios, aun a pesar del lastre que supone la falta de jurisprudencia sobre el particular y de una exitosa interpretación meramente literal del precepto, la cual ha hecho que en la práctica no se cuestione la subordinación de todo tipo de intereses ni se planteen incidentes concursales que la pongan en duda⁵⁴⁰.

2. EL ITINERARIO PARLAMENTARIO DE LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES Y MODIFICACIONES POSTERIORES

El itinerario parlamentario de la subordinación del crédito por intereses pone de manifiesto que las únicas diferencias entre el texto proyectado y el definitivo son meramente terminológicas. El artículo 91 PLC –rubricado «*Créditos subordinados*»– disponía en su número 3º la subordinación de «*los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía*»⁵⁴¹. Esta redacción se mantuvo en el Congreso (así se recogía tanto en el Informe de la Ponencia como en el Dictamen de la Comisión, permaneciendo incólume en el texto aprobado en el Pleno del Congreso) y pasó al trámite en el Senado, con la salvedad de su reenumeración –artículo 92–. En tales términos continuó en el Senado, tanto en el Informe de la Ponencia, como en el Dictamen de la Comisión, hasta que, en la propuesta de modificación del Dictamen aceptada en el Pleno del Senado, se modificó la expresión «*hipotecarios y pignoratícios*» por la más amplia de «*con garantía real*»⁵⁴² aprobándose, así modificado, el Dictamen de la Comisión.

⁵⁴⁰ En las escasas excepciones interesantes puede situarse la STS núm. 317/2012, de 25 de mayo (RJ 2012\6543) que, frente a la insinuación de la fiadora, declara la subordinación de los intereses de un préstamo satisfecho por una sociedad de garantía recíproca quien, como fiadora de la prestataria luego concursada, los pagó a la entidad financiera prestamista junto con el principal del préstamo y las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid [v. gr., de 31 de octubre de 2007 (AC 2008/94)] que, en el caso «Fórum Filatélico», y calificando de intereses los rendimientos esperados por los clientes (pues el pacto de recompra pactado incluía una revalorización sobre el precio inicialmente pagado por el cliente que se calculaba con un porcentaje), calificó tales créditos a las revalorizaciones como intereses y, por tanto, como créditos subordinados. Este criterio, en cuanto a los acreedores que plantearon el correspondiente recurso de apelación, fue corregido por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid [v. gr. Sentencias núm. 64/2010, de 12 de marzo (AC 2010\970) y 75/2010 de 22 marzo (AC 2010\976)] considerando que el carácter principal de la obligación de pago de la revalorización pactada impedía el tratamiento de crédito subordinado concedido por la Ley a los intereses, moratorios o retributivos.

⁵⁴¹ http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-01.PDF, p. 33 [última consulta 11/XII/13].

⁵⁴² En el mensaje motivado que el Senado acompañó al texto en él aprobado para su trámite en el Congreso, se justificaba dicha modificación por «en pro de una mejor técnica jurídica» BOCG, Congreso, Serie A, núm. 110-23, 19 de junio de 2003, p. 606 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-23.PDF) [última consulta 11/XII/13].

En el trámite de aprobación definitiva de la Ley en el Congreso –Pleno del 19 de junio de 2003–, fueron aceptadas las enmiendas del Senado, quedando así redactado el definitivo artículo 92.3º LC⁵⁴³.

La única enmienda formulada en el Congreso de los Diputados al artículo [entonces] 91.3º fue la número 509, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (*Convèrgencia i Unió*) que proponía modificar el precepto, dándole la siguiente redacción: «3.º *Los créditos por interés de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los ordinarios de préstamos y créditos de entidades de créditos devengados hasta la solicitud del concurso y los correspondientes a créditos hipotecarios...*». En su justificación se afirmaba que «acaso los intereses a que se refiere este apartado son los devengados después de la declaración del concurso. En otro caso, sería absolutamente discriminatorio que las entidades de crédito no pudieran percibir como crédito ordinario, hasta la declaración del concurso, la contraprestación de sus servicios (los intereses), frente a los restantes acreedores ordinarios que incluyen en el principal de su crédito el beneficio industrial correspondiente»⁵⁴⁴.

A la vista del Informe de la Ponencia, en la reunión para la emisión del Dictamen de la Comisión, el Sr. Silva i Sánchez, en la defensa de la enmienda de su grupo, insistió en lo irrazonable de considerar el crédito bancario por intereses como subordinado⁵⁴⁵. No siendo aceptada en el Dictamen, vino después a defenderla en el debate ante el Pleno, añadiendo entonces referencia a las consecuencias que su falta de aceptación tendrían en el encarecimiento del crédito y el aumento de la exigencia de garantías⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Todos los textos en <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas>

⁵⁴⁴ BOCG, Congreso, Serie A, núm. 101-15, 2 de diciembre de 2002, pp. 288-289 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-15.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁵⁴⁵ El Sr. Silva i Sánchez se expresó ante la Comisión en los siguientes términos: «*Nuestra enmienda 509 (...) pretende poner de manifiesto que los intereses de los créditos bancarios no pueden ser créditos subordinados porque el interés es la retribución del crédito, es la retribución del servicio; de la misma manera que no se considera crédito subordinado la retribución de una prestación que puede efectuar un tercero, no tiene ningún sentido considerar, única y exclusivamente en este caso concreto de que la prestación que efectúa el tercero es dar crédito, que la retribución de esa prestación tenga que ser un crédito subordinado. Tampoco tiene sentido considerar como crédito subordinado en última instancia los créditos derivados de descuento bancario. Tiene sentido considerar como crédito subordinado aquellos supuestos en los cuales se han adquirido créditos vinculados al concurso. Ahora bien, considerar créditos subordinados a aquellos créditos derivados de operaciones de descuento bancario va a perjudicar muy notablemente estas operaciones de descuento bancario*». DSCD, Comisiones, núm. 717, día 25 de marzo de 2003, página 23035. (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_717.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁵⁴⁶ La intervención del Sr. Silva i Sánchez en el Pleno tiene el siguiente tenor literal: «*El hecho de que los intereses de estos créditos hipotecarios, y no sólo de los créditos hipotecarios, de cualquier tipo de créditos, sean un crédito subordinado va a encarecer el crédito y va a suponer la exigencia de un reforzamiento de garantías. El hecho de que se consideren créditos subordinados no sólo ya estos*

No aceptada la enmienda en el Congreso, fue reformulada en el Senado por el Grupo Catalán en el Senado Convergència i Unió (GPCIU), número 289, cuyo texto y justificación mantuvieron el mismo tenor literal que la presentada en el Congreso⁵⁴⁷, siguiendo la misma suerte⁵⁴⁸.

En realidad, no se deducen de los debates y tramitación parlamentaria las razones del fracaso de la citada enmienda, pudiendo entenderse debido bien al hecho de ser considerada como una mera aclaración («*acaso...*») que se daba por sobreentendida⁵⁴⁹, bien a querer dejar establecido lo contrario a la sugerencia de modificación⁵⁵⁰.

Por Ley 38/2011, de 10 de octubre, para la Reforma Concursal, se modificó el precepto para incluir, en el rango subordinado de los intereses y junto a ellos, los créditos por recargos de cualquier clase. Se vino así a zanjar la anterior polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el tratamiento de los recargos de los créditos públicos, especialmente los de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, como principal, como intereses o como sanciones, lo que poco o nada afecta, en realidad, al objeto de este estudio.

3. RATIO DE LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES

A) PLANTEAMIENTO Y PREMISAS

La subordinación legal de ciertos créditos como excepción negativa a la *par conditio creditorum* supone discriminar tal clase de créditos, cuyos acreedores devienen en una

intereses —quiero llamar la atención de SS.SS., porque los intereses suponen la retribución de los servicios del prestamista, pero aquí la retribución de los servicios del resto de acreedores y prestadores de servicios no se considera crédito subordinado— sino también los créditos que proceden de descuento bancario en la medida en que son cesionarios de los créditos va a llevar aparejado el encarecimiento del crédito. De ahí que debemos sostener con mucha firmeza la enmienda.» DSCD, Pleno y Diputación Permanente, número 242, día 3 de abril de 2003, p. 12.389 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_242.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁵⁴⁷ BOCG, Senado, número 120-C, de 9 de mayo de 2003, p. 209 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/BOCG/II/II0120C.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁵⁴⁸ En la defensa de la enmienda en el Pleno del Senado el senador Sr. Capdevila I Bas: «*la primera de ellas persigue establecer, como salvedad de los créditos subordinados, a los créditos por intereses ordinarios de préstamos y créditos de entidades de crédito devengados hasta la solicitud del concurso. Sería discriminatorio que las entidades de crédito no pudieran percibir precisamente la contraprestación de sus servicios, como son los intereses».* DSS, núm. 140, 11 de junio de 2003, p. 8.712 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/DS/PL/PS0140.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁵⁴⁹ MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 56.

⁵⁵⁰ SASTRE PAPIOL, S., «Artículo 92», en SAGRERA/SALA/FERRER (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, 2004, v. II, pp. 1129-1140, pp. 1135-1136 se inclina por la conclusión de que fue una decisión consciente del legislador.

posición jurídica sensiblemente inferior respecto de la ostentada por el resto de acreedores concursales, resultando degradados en el concurso con la limitación, incluso eliminación, de esenciales derechos reconocidos a los demás, en los términos analizados en los epígrafes anteriores. Que tal discriminación pueda obtener cobertura constitucional exige la concurrencia de dos requisitos: suficiente justificación y proporcionalidad⁵⁵¹.

Los créditos subordinados son legalmente degradados respecto a los ordinarios y sus categorías son tan heterogéneas que resulta difícil encontrar un nexo de justificación común a todos ellos, al ser diametralmente distintas las razones determinantes de su tratamiento discriminatorio. Sin perjuicio de considerar adecuada la figura de la subordinación en términos generales, resulta necesario y conveniente considerar individualmente las razones de base de cada una de las categorías crediticias subordinadas para ventilar si se justifica en cada caso la postergación legal y, particularmente, la del crédito por intereses para concluir si en ella han de incluirse todos o algunas clases de intereses.

En la doctrina se han vertido numerosos y variados pronunciamientos sobre la subordinación del crédito por intereses, recibiendo una valoración positiva, por lo

⁵⁵¹ SASTRE PAPIOL, S., «Los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 3914 «Todos y cada uno de los supuestos contemplados en el artículo 92 debieran justificarse por motivos objetivos que, finalmente no siempre se consiguen, pese a las numerosas enmiendas dirigidas a este fin. De lo contrario, cabe el riesgo de que el trato discriminatorio dispensado a determinados acreedores, pueda ser reconducido como una previsión normativa contraria al principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE»; GUILARTE GUTIERREZ, V., «Artículo 92», *est. cit.*, p. 2029: «Obviamente y desde un primer momento hemos de destacarlo, tal postergación –que en definitiva supone como queda dicho un supuesto de discriminación– ha de fundamentarse en unos presupuestos lógicos mediante los cuales se evite que el trato peyorativamente desigual pueda reprocharse desde una perspectiva constitucional como, a mi juicio, en el supuesto del número 5 del precepto puede ocurrir»; SALA, A., «Artículo 134», *es. cit.*, pp. 611-612 valora como injusto el trato de los acreedores subordinados cuya posición jurídica les llevará, en la práctica, «a la remisión total de sus créditos»; MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 62: «creo que está más en lo cierto quien considera que la subordinación legal no puede actuar como un instrumento de sanción del fraude o de represión de la sobreinversión. Hay que encontrar otra explicación y ésta no es otra que la ya apuntada: se trata de una técnica de protección, de aseguramiento del mejor trato posible para los créditos ordinarios, y actúa en interés de ese conjunto, de la masa. Ciertos créditos se postergan porque tienen naturaleza u origen, calidad o ejercicio que no consienten el concurso con los demás ordinarios porque no hay razón para su tutela junto con los demás. Esta consideración vendría a resolver todas las cuestiones salvo las que cabe plantear en el caso de los créditos por interés, supuesto en el que hay que realizar una interpretación de las normas»; ALONSO LEDESMA, C., «La clasificación de los créditos en el concurso», *est. cit.*, p. 196: «no cabe duda de que si el legislador puede introducir discriminaciones entre los acreedores dando un trato de favor a algunos frente a los demás, también puede reconocer discriminaciones negativas en perjuicio de otros, siempre, naturalmente, que tanto unas como otras se ajusten al principio de razonabilidad»; MANZANARES SECADES, A. y VILLORIA RIVERA, I., «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 5, afirman que «lo cierto es que la decisión de privilegiar o subordinar determinados créditos es una opción de política legislativa, basada como tal en criterios de oportunidad. En general, no es más justo que cobren unos acreedores antes que otros; cosa distinta es que pueda resultar más conveniente ordenar a los acreedores conforme a determinados criterios» para lo cual el legislador debe atenerse a un principio de razonabilidad.

general⁵⁵². No obstante, ha de considerarse que, en muchos de ellos, la premisa es la previa delimitación del ámbito objetivo de aquellos intereses cuya subordinación se predica que deriva, a su vez, de su coordinación con la regla de suspensión del devengo de intereses. Efectivamente, sin perjuicio de ser precisado posteriormente (*vid. infra* cap.3º.III, pp. 337 y ss) y tomando en consideración el elemento temporal determinante de ese propio ámbito objetivo, de un lado, se encuentran opiniones defensoras de la sola subordinación de los intereses devengados con anterioridad a la declaración de concurso, a los que se añadirían los de los créditos salariales devengados con posterioridad⁵⁵³; de otro lado, las que entienden que la subordinación sólo debe predicarse de los intereses devengados con posterioridad⁵⁵⁴.

Sin embargo, el planteamiento doctrinal que sí es unánime, sostenido por una interpretación literal del artículo 92.3º LC, es el considerar afectados por la subordinación toda clase de intereses, independientemente de su función económica y naturaleza jurídica. Este criterio, precisamente, es el que permite distinguir entre intereses moratorios y retributivos, cuyo estudio se contiene en la primera parte de esta memoria. Describiendo someramente sus diferencias, los primeros suponen la indemnización de los daños y perjuicios debida al acreedor de una cantidad de dinero –

⁵⁵²ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva», *est. cit.*, p. 390; PRENDES CARRIL, P., «Artículo 92», *est. cit.*, p. 748; VEIGA COPO, A.B., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *est.cit.*, p. 29; MORAN BOVIO, D. «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, p. 3023 mantiene que el tratamiento de los intereses, ahora, es más justo que en el régimen anterior porque supone tratar de forma distinta a créditos que tienen naturaleza distinta (principal e intereses); antes los intereses ya devengados pasaban a formar parte del capital y ahora, se subordinan.

⁵⁵³ GARRIDO, J.Mª, «Créditos subordinados (art. 92)», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1664; BLASCO GASCÓ, F., «Artículo 158», *est. cit.*, p. 1646; ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva», *est. cit.*, pp. 401-402; SASTRE PAPIOL, S., «Los créditos subordinados», *est. cit.*, pp. 3919-3920; MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est.cit.*, pp. 69-72; VILA FLORENSA, P., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 634; JUAN Y MATEU, art. 59, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1105; FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 254-256; MORAN BOVIO, D. «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, p. 3005; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 92», *est.cit.*, p. 735-735; VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses, ob. cit.*, pp. 99-100; Díez Soto, C., *Concurrencia y prelación de créditos, ob. cit.*, p. 71; PANTALEÓN PRIETO, F., «De la clasificación de los créditos», en DE LA GANDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, 2004, pp. 501-540, p. 538; GUILARTE GUTIERREZ, V., «Artículo 92», *est. cit.*, pp. 2046-2048; BASOZÁBAL ARRUE, X. «Contrato parciario», *est. cit.*, p. 7; MERCADAL, F., «Artículo 92», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS, *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 449-453, pp. 451-452; GARCÍA-POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos, op. cit.*, p. 155; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», *est. cit.*, p. 351; BAÑULS, F.A., «El concurso de acreedores y el contrato de descuento», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 17, 2009 (2), pp. 193-246, p. 242; PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal », *est. cit.*, p. 365.

⁵⁵⁴ BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, pp. 235-254; CORDERO LOBATO, E. «Artículo 92», *est. cit.*, p. 92; CARRASCO PEREA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 70-71; VEIGA COPO, A.B., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *est.cit.*, pp. 30-40; ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El registro de la propiedad y la preferencia del crédito en la ejecución y en el concurso*, Comares, Granada, 2004, p. 242.

determinada o determinable— por el deudor que se retrasa en el pago de su deuda dineraria; los intereses retributivos, en cambio, son los pactados como contraprestación por la utilización y goce —disponibilidad— de una suma de dinero. Mientras que los moratorios parten, pues, de la de la mora en el cumplimiento de una obligación pecuniaria vencida, los segundos lo hacen de la existencia de una obligación voluntariamente aplazada y pendiente de vencimiento. Por lo tanto, el devengo de los primeros parte del incumplimiento por el deudor de una obligación propia principal, en tanto que el de los segundos retribuye la prestación del acreedor, alzándose en causa contractual para éste.

Sobre estas premisas, procede entonces analizar las distintas razones vertidas por la doctrina como soporte de la medida uniformista, sobre todo porque algunas de las aducidas justifican adecuadamente la subordinación de los intereses moratorios, pero, sin embargo, podrían carecer de cobertura constitucional para la subordinación de los intereses retributivos. Este análisis llevará a concluir si su distinta función económica y naturaleza jurídica exige o no un tratamiento concursal diferenciado de los intereses, también, a efectos de la subordinación acordada por el artículo 92.3º LC.

B) ANÁLISIS DE LAS RAZONES VERTIDAS PARA LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR TODO TIPO DE INTERESES

a) La accesoriadad (dependencia) de los intereses respecto del principal

La accesoriadad de los intereses respecto del principal de la deuda, única razón dada por la Exposición de Motivos de la LC como justificativa de su postergación, es también esgrimida por algunos autores para justificar plenamente esta subordinación⁵⁵⁵. Sin embargo, el análisis del tratamiento concursal del crédito por intereses arroja que la LC no los concibe como accesorios, sino como créditos independientes de los *principales* porque, en términos generales y salvo excepciones, no siguen el rango de su

⁵⁵⁵ EM LC, apartado V, párrafo 3º: «Las excepciones negativas son los créditos subordinados, una nueva categoría que introduce la Ley para clasificar aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios (...) por su carácter accesorio (intereses)». VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 92», *est.cit.*, p. 735 «la razón fundamental es que se considera al interés como algo «accesorio» o añadido a la deuda por principal, y en la búsqueda de una limitación de la cuantía de la deuda ordinaria el legislador ha optado por postergar todos los créditos por intereses»; PRENDES CARRIL, P., «Artículo 92», *est. cit.*, p. 748; BLASCO GASCÓ, F.P., *Prelación y pago a los acreedores concursales, ob. cit.*, Aranzadi, 2004, p. 153: «la postergación del crédito de intereses se basa en el carácter accesorio de dicha obligación. Así, la subordinación no obedece ni a una naturaleza sancionatoria ni a una finalidad indemnizatoria»; PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal », *est. cit.*, p. 365 «con la subordinación se consigue que sobre el principal se proyecte la exigencia del tratamiento igualitario de los acreedores, sin que estos puedan verse afectados por obligaciones accesorias, maximizándose así la masa activa».

crédito principal, sino que tienen necesariamente la consideración de subordinados⁵⁵⁶. En realidad, cuando la EM habla de «accesoriedad» lo hace en el sentido de secundariedad, de accidentalidad, de menor valor que el crédito *principal* del que deriva el de intereses⁵⁵⁷, con lo que el argumento de la accesoriedad que vendría a justificar su subordinación sería, en realidad, el del menor valor de la deuda de intereses que se trata a continuación.

b) Secundariedad de la deuda de intereses

La menor relevancia de la deuda de intereses, su menor valor respecto de la del principal, ha sido vista como una de las razones que justificarían la subordinación de los correspondientes créditos, tratándose de hacer ver, sobre dicha premisa, que atenderlos en plano de igualdad podría llevar a satisfacer a algunos acreedores deudas por principal e intereses, mientras que otros podrían no llegar a percibir la totalidad del principal, lo cual resultaría contrario al debido trato paritario o equitativo. De ahí que se concluya que sólo con el remanente del pago del *principal* ha de atenderse el pago de los intereses⁵⁵⁸.

Tal argumento resulta admisible en relación con los intereses moratorios, pero exclusivamente respecto de ellos. En los intereses retributivos no concurre esa nota de secundariedad justificante de su subordinación ya que éstos, por el contrario, se alzan como elemento esencial del contrato del que nacen, concretamente como causa del contrato para su acreedor, en los términos que ya fueron expuestos (*vid. supra* primera III.2.B), pp. 65 y ss)⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ GARRIDO, J.M^a, «Créditos subordinados (art. 92)», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1664 «(es) la accesoriedad de los intereses la que, lejos de justificar que reciban el mismo tratamiento que el crédito principal, constituye la razón de que reciban un tratamiento inferior al de los créditos principales»; VEIGA COPO, A.B., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *est.cit.*, p. 32 señala que, en este sentido, «en modo alguno la accesoriedad puede justificar la degradación o debilitamiento de valor de estos créditos; la accesoriedad no es ni puede ser causa de la subordinación».

⁵⁵⁷ Estas dos acepciones de la accesoriedad que se suele predicar de los intereses - dependencia y secundariedad- ya fueron analizadas respecto a sendas clases de intereses en la parte primera. *Vid. supra* primera, III.2.B) y C), pp. 65 a 72 y IV.4.B) y C), pp. 96 a 98.

⁵⁵⁸ ALONSO LEDESMA, C., «La clasificación de los créditos en el concurso», *est.cit.*, p. 197 y, posteriormente, en «Delimitación de la masa pasiva», *est. cit.*, p. 390; PEREZ DEL BLANCO, G., «La formación de la masa pasiva en la Nueva Ley Concursal: el procedimiento de clasificación de créditos», en DAMIÁN MORENO, J. *et alt.*, *La nueva Ley Concursal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Donosti, 2004, p. 76; MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est.cit.*, pp. 61 y 69, nota 50; FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 271; VEIGA COPO, A.B., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *est.cit.*, p. 29; MANZANARES SECADES, A. y VILLORIA RIVERA, I., «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 5.

⁵⁵⁹ En este sentido la intervención del diputado Silva i Sánchez en defensa de su enmienda «*el interés es la retribución del crédito y de la misma manera que no se considera crédito subordinado la retribución de una prestación que puede efectuar un tercero, no tiene ningún sentido considerar, única y*

c) *La garantía del trato igualitario entre acreedores de la misma categoría*

Garantizar un trato igualitario entre los acreedores, evitando la desigualdad

exclusivamente en este caso concreto de que la prestación que efectúa el tercero es dar crédito, que la retribución de esa prestación tenga que ser un crédito subordinado». Se trae a colación en este punto el criterio sostenido por la Sección 28 de la AP de Madrid en los recursos de apelación interpuestos contra la calificación de crédito subordinado, por identificación con los intereses, a las revalorizaciones pactadas en los contratos filatélicos en el asunto Fórum Filatélico. Sin perjuicio de que, paradójicamente, el Tribunal considera que en el ámbito del artículo 92.3º LC se encuentran los intereses retributivos y los moratorios, niega la extensión de la norma a las revalorizaciones de los lotes filatélicos con el siguiente argumento que extraemos de SAP Madrid (28º) núm. 75/2010 de 22 marzo (AC 2010\976) y es reproducido en otras posteriores: «Las denominadas ‘revalorizaciones’ de los lotes filatélicos adquiridos por los clientes de FÓRUM FILATÉLICO SA resultan del compromiso de ulterior recompra por parte de ésta de los sellos a un precio superior al de la venta inicial. Se trata de una obligación de FÓRUM que tiene su anclaje en una estipulación contractual (con efectos obligatorios, según los artículos 1089, 1091, 1254, 1255 y 1258 Cc) con sus clientes merced a la cual les garantizaba que en la recompra percibirían no solo lo que pagaron inicialmente sino además una cantidad complementaria que resultaría, como mínimo, según el caso, de las siguientes alternativas (...) La equiparación del crédito que por ese concepto se reconoce a los clientes de FÓRUM al que merecerían los intereses, para llegar al tratamiento concursal de subordinado (art. 92.3º LC) (...) resulta, en efecto, una solución muy discutible. El mecanismo de la subordinación diseñado por la Ley Concursal contribuye, con un evidente criterio de justicia, a garantizar que, entre otros efectos, componentes accesorios de las deudas (como los intereses) no produzcan el efecto pernicioso de acabar gravando y menoscabando los créditos de los demás acreedores, por lo que se persigue que se satisfaga primero el principal de los créditos antes de atender aquéllos otros conceptos con los bienes que al final le pudieran restar al concursado. Sin embargo, en el caso aquí enjuiciado no estamos ante un concepto accesorio, sino ante una parte del precio comprometido (o garantizado) por la recompra de los sellos, lo que constituía un aspecto esencial del contrato de FÓRUM con sus clientes, resultando muy forzado trazar una separación dentro de lo que constituye una prestación única, como lo sería el citado precio de recompra (formado por la adición del precio inicial de adquisición más la revalorización). La fórmula utilizada para su cálculo podrá estimarse más o menos afortunada y podría criticarse el riesgo asumido, pero responde a una ganancia estipulada en la operación pactada de recompra, que se garantizaba por parte de FÓRUM, sin que constituya propiamente ni una retribución por el uso de un capital ajeno (como lo sería el interés remuneratorio) ni una indemnización por retraso o por incumplimiento (como lo sería el interés moratorio), que merecería además un trato fiscal diferente (el que corresponda a la plusvalía o al incremento patrimonial). Es por ello que no entrevemos margen para la aplicación analógica del artículo 92.3º LC, salvo que equiparásemos los contratos de FÓRUM a puras operaciones financieras de préstamo con interés (con la finalidad de justificar la aplicación del artículo 315 del CCom) que se cita en la resolución apelada, lo que entrañaría apreciar una simulación contractual de carácter relativo que la propia administración concursal descartaba en el informe del artículo 75 de la LC). La mecánica de FÓRUM, con independencia del juicio que pueda merecer la gestión empresarial de que fue objeto esta entidad, tarea que no incumbe acometer en esta pieza concursal, respondía, sin embargo, a otro tipo de operación mercantil, inicialmente atípica (integrada por un serie de negocios jurídicos en los que subyacía una causa contractual -artículos 1274 y 1277 Cc - verdadera y lícita, que no resulta empañada ni por la constitución, en la mayor parte de los casos, pero no en todos, de un depósito de los sellos simultáneo a la entrega, ni por la finalidad inherente al compromiso de recompra de poder obtener así una futura ganancia vía incremento patrimonial) (...). Por otro lado, la aplicación con carácter extensivo del artículo 92 LC para dar cabida a otros créditos, aparte de los que en él se relacionan, que hayan de resultar postergados en el seno de un concurso nos parece fuera de lugar, cuando la Ley Concursal no da pie, precisamente, a ese tipo de interpretaciones, pues se señala en su exposición de motivos (nº V) que la calificación de ordinarios de los créditos constituye la regla general del concurso, a la que solo caben excepciones contadas y muy justificadas, que pueden serlo positivas (los privilegios) y negativas (la subordinación crediticia). No resulta adecuado incurrir en ampliaciones de las mismas para comprender supuestos no previstos en tales excepciones, que no guarden clara identidad de razón hasta el punto de permitir subsumirlas en las ya existentes sin llegar a forzarlas. Por lo que debemos, en este aspecto, estimar el recurso para reconocer a los acreedores demandantes que las cantidades que figuraban en el listado de la administración concursal como subordinadas por el concepto de revalorizaciones son créditos ordinarios».

injustificada entre créditos de la misma categoría, es otra de las razones que se vierten para la subordinación de los intereses. Se aduce que, si unos créditos concursales son productivos y devengan intereses mientras que otros no –encontrándose además en los productivos importantes diferencias entre los tipos de interés pactados–, permitir que el crédito por intereses se incorpore al principal supondría un perjuicio tanto para los improductivos, como para los que tuvieran pactada una tasa de interés más baja. Se apunta, por otro lado, la idea de que las desigualdades en los tipos de interés pueden deberse al logro del crédito en tiempo próximo a la situación crítica del deudor, consiguiéndose sólo por algunos acreedores el sobreprecio forzado. Por tanto, la subordinación de todos los créditos por intereses hace que queden igualados todos los créditos por principal⁵⁶⁰.

Analizar críticamente esta opinión impone precisar previamente qué se han de considerar «créditos productivos» y los tipos de intereses que estos créditos estarían devengando. Si se trata de créditos que devenguen intereses moratorios, es indudable la existencia de una obligación dineraria vencida y, por tanto, ya exigible al deudor a la fecha de declaración de concurso; tales intereses vendrían a indemnizar el daño que el acreedor sufre por el retraso en el cumplimiento de tal obligación. Si, por el contrario, se trata de intereses retributivos es porque existe una obligación dineraria aplazada (*principal*), pendiente de vencimiento, y, por tanto, no exigible al deudor hasta el término previsto para su cumplimiento que, por lo demás, no se anticipará por la mera declaración de concurso (art. 62 LC).

A través del prisma de los intereses moratorios, que unos créditos sean productivos y otros no depende de que se encuentren o no en mora y, por ello, las diferencias entre créditos de igual categoría no sería injustificada, pues encontraría suficiente explicación en la situación de mora previa a la declaración de concurso sólo para algunos acreedores. No es, por tanto, una injusta desigualdad que haya que soslayar; es que con unos acreedores está más tiempo el deudor en situación de incumplimiento. Desde la óptica de los retributivos, que unos sean productivos y otros no depende del vencimiento o no de la obligación principal de la que derivan y, no suponiendo la mera declaración de concurso el vencimiento anticipado de esta obligación, la diferencia estriba en que unos acreedores sí y otros no estarían obligados, *a priori*, a respetar un

⁵⁶⁰ ALONSO LEDESMA, C., «La clasificación de los créditos en el concurso», *est.cit.*, p. 197 y, posteriormente, en «Delimitación de la masa pasiva», *est. cit.*, p. 390; TATO PLAZA, A., «Reconocimiento y graduación de créditos en la nueva Ley concursal», *Revista Xurídica Galega*, nº 40, 2003, pp. 39-59, p. 57 que califica de «lógica» esta razón; GUILARTE GUTIERREZ, V., «Artículo 92», *est. cit.*, p. 2047; FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 271; MORÁN BOVIO, D. *Estudios Olivencia*, p. 3024; BÉJAR, J., «Artículo 92», *est. cit.*, p. 471; GARRIDO, J.M., «La graduación de créditos», *est. cit.*, p. 240, para quien estos argumentos han de entenderse dirigidos a los intereses «devengados con posterioridad a la apertura del concurso».

plazo mientras éste se encuentre en vigor. Tampoco aquí se presenta una desigualdad injusta, pues la diferencia entre existir o no un interés retributivo radica en la existencia o no de un plazo que obligue al acreedor.

Por otro lado, las desigualdades en las tasas de interés –sea moratorio o retributivo– tampoco tiene por qué estar necesariamente injustificadas⁵⁶¹. Si las tasas de interés pactadas por el deudor fueran superiores a las tolerables o desproporcionadas –los intereses retributivos sólo están sometidos a los límites de la Ley de Usura y los moratorios sólo a los impuestos por legislación específica (*vid. supra* primera III.2.E), p. **¡Error! Marcador no definido.** y IV.4.E), p. 98)– existen mecanismos -genéricos y específicos concursales- para dejar judicialmente sin efecto sólo aquéllos en los que concurriera tal injusta circunstancia (acciones de reintegración, nulidad, rescisión, *etc.*)⁵⁶². No parece razonable que, por evitar una eventual desigualdad injustificada, se pueda hacer tabla rasa entre todos los acreedores para quienes, normalmente, el devengo de interés –moratorio o retributivo– estará plenamente justificado.

En realidad, pues, el mecanismo de la subordinación establece, no *con la finalidad* de igualar unas desigualdades injustificadas, sino que, establecido por razones distintas, *produce el efecto* de igualar a todos los acreedores, estando la cuestión, precisamente, en responder si ese trato supuesta y paradójicamente igualitario que acarrea resulta justificado y amparado constitucionalmente. La respuesta pasa, una vez más, por diferenciar los intereses retributivos y los moratorios.

C) LA RAZONABILIDAD DE LA SUBORDINACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS

Para hallar las razones que justifiquen la subordinación de los intereses moratorios se prescinde, por ahora, de considerar el momento de su devengo, por ser más propio del lugar donde se analice la coordinación del binomio suspensión-subordinación, tras el análisis en profundidad de sendas instituciones (capítulo 3º).

⁵⁶¹ Entra dentro de la lógica tanto jurídica como económica que cuanto más alto sea el riesgo más alto sea el interés retributivo o, en su caso, el moratorio pactado; de la misma forma que parece lógica una imposición comercial de venta al contado cuando el comprador está en dificultades económicas y no se imaginaria tacha de validez a dicha operación comercial de venta sin aplazamiento. Todo esto subyace en el hecho no paradójico de que la STS núm. 113/2013, de 22 de febrero declare usurario un interés retributivo del 20% anual y la STS núm. 406/2012, de 18 de junio declare, atendiendo a las circunstancias del caso, válido un préstamo con esa misma tasa de tipo de interés.

⁵⁶² VEIGA COPO, A.B., *Los privilegios concursales, op.cit.*, pp. 301-302 al hilo del análisis de esta razón como justificativa de la subordinación plantea que el mejor remedio para evitar y eliminar el «expolio y la expropiación egoísta» de algunos acreedores, que se valen de la especial información que tienen del deudor para cometer actuaciones perjudiciales para el interés del resto de acreedores serían las acciones de (*sic*) impugnación –revocatorias concursales.

Otorgar a un crédito el rango de subordinado supone una opción de política legislativa en la que subyace la consideración de ser merecedor, por las condiciones objetivas del crédito o por las subjetivas de su titular, de un trato desfavorable. Con ello sólo se pretende que, con el sacrificio de unos créditos –los subordinados–, aumenten las expectativas de cobro de los otros –los ordinarios–, considerados dignos de mayor protección⁵⁶³. En este sentido, la subordinación del crédito por intereses moratorios parece plenamente justificada. Siendo el devengo de los intereses moratorios la consecuencia legalmente prevista para el incumplimiento de obligaciones pecuniarias (art. 1108 Cc), si la masa activa hubiera de atender el pago de estos intereses en plano de igualdad con el principal, se mermarían las posibilidades de cobro de la masa pasiva ordinaria, que habría de soportar, pues, las consecuencias de un incumplimiento que no le es imputable⁵⁶⁴. Además, su naturaleza indemnizatoria y su carácter de crédito accesorio –tanto en el sentido de dependiente, como en el de secundario, es decir, de obligación no principal– son coherentes con ese trato desmerecido que resulta proporcionado cuando, además, las consecuencias de la subordinación del crédito por intereses moratorios, en la práctica, son menores que las que se despliegan respecto a otros créditos subordinados⁵⁶⁵.

D) LA ARBITRARIEDAD DE LA SUBORDINACIÓN DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS

El análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de la subordinación del crédito por intereses retributivos –aun prescindiendo por ahora, igualmente, del elemento temporal de su devengo– conduce a conclusión bien distinta. Tomando como premisas las

⁵⁶³ En este sentido de mera opción de política legislativa, STS nº 317/2012, de 25 de mayo (RJ 2012\6543), si bien refiriéndose a los «intereses» en general, sin distinción de clases, y ventilando la clasificación que corresponde a la sociedad de garantía recíproca por la cantidad satisfecha por intereses, como fiadora de la concursada, a la entidad prestamista, que se pretendía fueran considerados ordinarios, afirma que «*la calificación atribuida, por razones objetivas, al crédito a los intereses responde a que se considera que sus titulares han de ser postergados respecto de los que lo son de los créditos ordinarios, por exigirlo así la organización de la comunidad de pérdidas que la norma considera adecuada*». En este sentido la ya citada opinión de MANZANARES SECADES, A. y VILLORIA RIVERA, I. «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 5 de que la opción de privilegiar o subordinar es una opción de política legislativa basada en criterios de oportunidad pues, en general, no es más justo que cobren unos acreedores antes que otros; sólo será más o menos conveniente.

⁵⁶⁴ SJMER Nº 1 de Las Palmas, de 15 de septiembre de 2005. En el sentido citado aunque aplicado a la subordinación del crédito por multas y sanciones se pronuncia ALONSO LEDESMA, C., «La clasificación de los créditos en el concurso», *est. cit.*, pp. 197-198: «De no darse la subordinación, serían el resto de acreedores los que, a la postre, deberían satisfacer las multas o sanciones impuestas al deudor, pagando así las consecuencias de las infracciones cometidas por éste, lo que no deja de ser injusto».

⁵⁶⁵ Un acreedor subordinado por intereses será, normalmente, un acreedor también –cuando menos ordinario– por el principal. Por tanto, las consecuencias de la subordinación no implicarán la privación de intervenir en la formación de la voluntad de la masa pasiva –derecho al voto y todas las demás facultades asociadas a él– pues podrá ejercitarlas como titular del otro crédito (si bien en cuantía limitada a él), quedando prácticamente reducidas las privaciones a las propias del rango en el cobro, sea en convenio o en liquidación.

obtenidas en cuanto al régimen jurídico y características de los intereses retributivos (*vid. supra* primera, III, pp. 30 a 85), no se encuentran las razones que justifiquen la degradación –y, en la práctica, remisión total– de los intereses debidos al acreedor voluntario en remuneración del plazo concedido al deudor para la disponibilidad de una suma de dinero. Su carácter de obligación principal, esencial, causa del contrato, imposibilita justificar su subordinación. Tan *principal* es el capital del que derivan, como los intereses retributivos que de él se devengan; tan retributivo es el interés de un préstamo, como el precio de una compraventa o la renta de un arrendamiento; y tan injustificada, pues, como resultaría la subordinación de el precio o de la renta en esos contratos, debe verse la del interés de aquél. Esa falta de justificación, predicable en principio de todo supuesto de interés retributivo, resulta más intolerable si, además, la subordinación se aplicara a intereses retributivos devengados antes de la declaración de concurso, lo que sólo se deja aquí apuntado, pues el elemento temporal se analizará posteriormente (*vid. infra* cap.2º.V.5, p. 290.)

Podrían emplearse *mutatis mutandi* los argumentos utilizados para defender lo irrazonable de la suspensión del devengo de los intereses retributivos (*vid. supra* cap.2º.IV.2, pp. 154 y ss) y, como allí se hizo, podría decirse, elevando la cuestión a la hipérbole, que si de lo que se trata es de que cobren más los acreedores ordinarios, a cualquier precio, bajo cualquier circunstancia y al margen de toda justificación, más eficaz sería la medida si, por ejemplo, se subordinaran al último rango del escalafón los créditos que fueran de la titularidad de personas rubias, o de sociedades cooperativas, o de fecha anterior a los treinta y cinco días previos a la declaración de concurso o cualquier otra arbitraria razón, tanto como, en realidad, resulta hacerlo sobre los intereses retributivos⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ En contra FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados, ob.cit.*, pp. 272-275, al hilo de la enmienda que se presentó al artículo 92.3º LC para excepcionar de la subordinación a los intereses de las entidades de crédito, pese a considerarlos como parte fundamental en los contratos de crédito y préstamo con lo que su subordinación supone una afectación de las legítimas aspiraciones empresariales de las entidades financieras, entiende plenamente justificada la medida dado el privilegio de información previa de la que suelen disfrutar estos prestamistas profesionales, la frecuente acumulación de responsabilidades reales y personales, y porque así, además, se evita el efecto pernicioso que lo contrario tendría de provocar un relajamiento de la diligencia de las entidades de crédito en la defensa de sus créditos que terminaría perjudicando al resto de acreedores. De esta manera «se incentiva a efectuar una actuación más diligente y cuidadosa en el examen de las condiciones de solvencia de sus deudores». Se coincide en que sería discriminatorio excluir sólo a las entidades financieras. Sin embargo, no se debe desenfocar el análisis, pues ni deben ceñirse los intereses retributivos a los debidos a las entidades de crédito en el ejercicio de su actividad profesional –en cuyos contratos no deja el pacto de interés de cumplir la función de contraprestación de obligaciones recíprocas– ni, desde luego, es la *ratio* de la norma la de conseguir que las entidades financieras sean empresarias más diligentes. En sentido similar, GARCÍA-POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos, op. cit.*, p. 155 destaca las consecuencias de la subordinación de intereses respecto a entidades financieras, pues «su beneficio no es otro que el interés pactado. Por lo tanto, al subordinar el interés se subordina su beneficio, lo que no ocurre con el resto de los acreedores.»; no obstante, ciñe su respuesta al elemento temporal, concluyendo que, al suspenderse

4. EL ÁMBITO MATERIAL DE LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES

Una vez establecida la *ratio* del precepto en el incremento de las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios y asentadas las razones justificativas de la postergación de intereses moratorios –improcedente para la de los retributivos–, procede analizar ahora el ámbito material de la subordinación del crédito por intereses, delimitándolo tanto positiva como negativamente, sin perjuicio de la consideración posterior del elemento temporal de su devengo. Este análisis pasa por la necesidad de una primera interpretación meramente literal del precepto a fin de determinar si su supuesto de hecho se ciñe a una clase de intereses o las abarca todas. En este segundo caso, y dada la arbitrariedad predicable de la subordinación de los intereses retributivos, habrá de considerarse si se respeta o traspassa el límite infranqueable del necesario respeto a los derechos y principios constitucionales.

A) LA SUBORDINACIÓN SE EXTIENDE EXCLUSIVAMENTE A LOS INTERESES MORATORIOS

a) La interpretación literal del artículo 92.3º LC

La LC cataloga como subordinados «*los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía*». De este tenor se podría afirmar, como unánimemente sostiene la doctrina, que se subordinan todo tipo de intereses, cualquiera que sea su clase. A diferencia del artículo 59 LC, en el que cabía asidero literal para entender no incluidos los intereses retributivos, limitando su ámbito de aplicación tan solo a los moratorios (*vid. supra* cap.1º.V.3, pp. 166 y ss), en el caso de la regla de subordinación del artículo 92.3º LC no parece caber duda sobre su extensión, al menos aparentemente, a toda clase de intereses dada la locución «*créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios*».

Conforme a tal interpretación meramente literal se desprendería, consecuentemente, que todo crédito que responda a la idea de interés –deuda que dependa de la situación de goce/privación/detentación de un capital que da lugar a su devengo–, sea del tipo que sea e independientemente de su denominación, tendría la consideración de crédito subordinado del tercer nivel en el escalafón de los créditos subordinados.

La redacción de este precepto procede, casi literalmente, de la Propuesta Rojo de 1995, cuyo

los posteriores a la declaración, los que se subordinan son los anteriores.

artículo 126 –incardinado en el procedimiento liquidador del «concurso de acreedores», pero aplicable también al conservativo de la «suspensión de pagos»– situaba en el primer número de su reducido elenco de «créditos legalmente postergados» los «*créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los créditos hipotecarios y los pignoraticios hasta donde alcance la respectiva garantía*». Resulta difícil de averiguar lo que, en realidad, se quería proponer, si la subordinación de los intereses preconcursales o la de los postconcursales y lo determinante de la referencia expresa a los intereses moratorios, significando la inclusión implícita de los retributivos o conectándola con la suspensión del devengo de intereses que también proclamaba. Tal dificultad deriva del hecho de no haber sido la «Propuesta Rojo» el trabajo de la Comisión General de Codificación, sino sólo la propuesta de uno de sus miembros que, por vaivenes electorales, no llegó a ser jamás revisada por la Sección de Derecho Mercantil, ni sometida a debate alguno. En cualquier caso, las consecuencias de la postergación del crédito por intereses en aquella propuesta se limitaban, prácticamente, a la de su cobro en caso de apertura de liquidación, pues no se privaba a los titulares de los créditos correspondientes del derecho al voto, ni tenía trascendencia si el concurso terminaba con convenio, al tener éste los mismos efectos para acreedores ordinarios y subordinados (*vid. infra* cap.3º.II.3.C), p. 311)⁵⁶⁷.

b) La incoherencia de la subordinación de los intereses retributivos

La subordinación del crédito por intereses es, respecto de los retributivos, una norma dura y asimétrica. No se pretende en esta memoria traspasar el límite infranqueable que en la interpretación de las normas impone la claridad de su tenor, cometiendo el error de forzar el texto legal para que termine diciendo lo que no dice, puesto que se coincide con que si la norma en cuestión se considera desacertada y peligrosa, debe impetrarse del legislador su modificación o derogación. Sólo ese es el camino, y en el ínterin ha de ser aplicada según postulados de política legislativa –con un espíritu y finalidad– coherentes con la funcionalidad del sistema concursal instaurado por la LC⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Cabría plantearse el atrevimiento de suscitar que en la propuesta Rojo, de la que directamente deriva el precepto y que acogía el sistema alemán, no se pretendía subordinar «cualquier clase» de interés sino el interés moratorio de «cualquier clase» de créditos (incluso los subordinados) que es lo que, como se ha visto, efectúa aquella legislación; y que, en coherencia con ello, no quería decirse «incluso los moratorios» sino «*incluidos en los moratorios*». Nos impiden confirmar la hipótesis tanto la suerte que corrió aquella *mera* propuesta como la escasa atención parlamentaria que sufrió el precepto en el que resultó plasmada.

⁵⁶⁸ ROJO, A., «La calificación de los créditos concursales con garantía personal», *est. cit.*, p. 536, en referencia a la interpretación de la redacción original del art. 87.6 LC: «por supuesto, la *ratio* ‘es el alma de la Ley’ –la ‘clave fundamental’ para interpretar aquellas normas que no sean claras (v. STS de 2 de Julio de 1991)- y, por consiguiente, de rango superior a otros criterios de interpretación. Atendiendo a la *ratio* de la Ley es lícita tanto una interpretación restrictiva como una interpretación extensiva de la norma. Pero la invocación del ‘espíritu’ y de la ‘finalidad’ tiene que realizarse teniendo presente la existencia de dos *límites intrínsecos* que el intérprete no puede transgredir. El primer límite es el de la claridad de la norma legal (...) La invocación del espíritu y de la finalidad de la norma no puede ser mero pretexto para eliminar la letra de la ley ni un subterfugio para el vaciamiento del mandato normativo. No es lícito presumir que el legislador ha incorporado una solución desacertada, ni es lícito propugnar que el juez, en vez de aplicar el Derecho, se convierta en legislador. La interpretación teleológica (...) no puede conducir a la abrogación (o derogación material) de la norma objeto de esa interpretación. El segundo límite es el de la objetividad de la *ratio*. Y es que el problema fundamental para interpretar una norma legal conforme a ese «espíritu» y a esa «finalidad» consiste en determinar previamente, sin género de dudas, cuál ha sido

En este sentido, resulta necesario, pues, reflexionar sobre si la literalidad de la norma es coherente con el sistema concursal instaurado y, por tanto, si su *ratio* corresponde a una determinada opción de política legislativa conscientemente adoptada. Sin perjuicio de dejar para un momento posterior este análisis sistémico, efectuándose con profundidad en el capítulo siguiente, se deja señalado que no parece componerse bien la subordinación de intereses retributivos con un sistema que no subordina ninguna otra legítima contraprestación contractual. La estricta aplicación literal del precepto puede llevar al absurdo, por ejemplo en caso de liquidación del crédito derivado de un préstamo, de considerar crédito ordinario la comisión por reclamación de posiciones deudoras y, en cambio, subordinado, el interés retributivo debido al banco; o, v. gr., declarar judicialmente revocada la calificación como crédito subordinado, elevándolo a ordinario, de las pactadas revalorizaciones de los contratos de Fórum Filatélico –porque por mucho que se establecieran porcentualmente eran las obligaciones *principales* en aquellos contratos– y a la vez seguir afirmando la subordinación de los intereses retributivos en el préstamo (SAP Madrid (28º), núm. 75/2010, de 22 de marzo).

c) *[In]constitucionalidad de la subordinación del crédito por intereses retributivos*

El aquietamiento ante una norma que aparenta injusticia y asimetría presupone haber analizado si su literalidad y [aparentemente] clara disposición respetan los superiores límites impuestos por la Constitución (artículos 14 CE –igualdad–, 33 CE –propiedad privada– y 9 CE –interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos–). En caso de no ser así, se trataría de una disposición arbitraria, injustamente desigual y/o expropiatoria, ante la que no cabe conformismo de clase alguna.

La doctrina ha puesto de manifiesto que todos los casos de degradación crediticia, dado el régimen restrictivo de derechos y facultades impuesto al titular del crédito en todas las fases del procedimiento, han de justificarse por razones objetivas; de lo contrario, cabe que el trato discriminatorio dispensado a algunos acreedores por una previsión normativa sea contrario al principio de igualdad (art. 14 CE) y la norma que lo

el propósito perseguido por el legislador a la hora de redactar esa norma legal, evitando el fenómeno de la «invención» de la *ratio*. El «espíritu» y a la «finalidad» tienen que deducirse objetivamente de la propia norma legal y de la Ley en la que ésta se inserta (...). La norma analizada [87.6 LC] es dura y asimétrica; pero responde a unos postulados de política legislativa –es decir, que tiene un espíritu y una finalidad– que son coherentes con la funcionalidad del sistema concursal instaurado por la LC. No es posible negar que se trata de una norma discutible en el plano de las opciones de política legislativa. Pero no se trata de una norma que no sea clara, aunque las consecuencias de su aplicación no satisfagan a determinadas categorías de acreedores o a determinados estudiosos. Esa insatisfacción no legitima a forzar textos legales a fin de que digan aquello que no dicen por muy autorizadas que sean las opiniones. Si la norma se considera desacertada y peligrosa, debe impetrarse del legislador la modificación o derogación: sólo ese es el camino, pero mientras tanto hay que aplicarla.»

dispone, generadora de indefensión (art. 24 CE)⁵⁶⁹. En relación con los intereses retributivos se ha puesto de relieve la patente desigualdad de trato entre el prestador de servicios financieros y los restantes acreedores por entrega de otros bienes o prestación de cualquier otra clase de servicios, y la consecuente injusticia padecida por aquél al no poder ser atendido parte de su crédito –el representado por los intereses que suponen la recuperación del coste de intermediación y su beneficio– hasta la previa y total satisfacción del pasivo privilegiado y ordinario⁵⁷⁰.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional tiene sentado que no toda desigualdad de trato normativo supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, pues lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables.

Conforme STC nº 200/2001, de 4 de octubre de 2001 (BOE 6 de noviembre de 2001): *«El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la*

⁵⁶⁹ SASTRE PAPIOL, S., «Los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 3914; GUILARTE GUTIERREZ, V., «Artículo 92», *est. cit.*, p. 2029.

⁵⁷⁰ GARRIDO, J.M., «La graduación de créditos», *est. cit.*, p. 241; SASTRE PAPIOL, S., «Los créditos subordinados», *est. cit.*, p. 3919. CARRASCO PEREA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 73 plantea el carácter retroactivo de la LC, pues su sistema de graduación de créditos se aplicará aun cuando en el momento en que se constituyera el crédito no existiera ninguna norma que impusiera la subordinación concursal. Ante esta suerte de «expropiación legislativa» imagina la posibilidad de la su declaración de inconstitucionalidad «por imponer una expropiación legal no compensada».

diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas) (...). El juicio de igualdad es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma»⁵⁷¹.

La ausencia de razones que justifiquen la subordinación del crédito por intereses retributivos y el hecho de implicar tal regla, normalmente en la práctica, la expropiación a sus titulares de legítimas contraprestaciones contractuales, no hacen sino poner de manifiesto una injustificada discriminación. A esta perspectiva cabría añadir la de la conexión de la norma con la interdicción de la arbitrariedad, en el caso, del poder legislativo, proscrita por el artículo 9 CE [STC (Pleno) núm. 206/1993 de 22 junio (RTC 1993\206)]⁵⁷², y la de la vulneración del derecho a la propiedad privada del artículo 33 CE.

⁵⁷¹ En el ámbito mercantil fue la vulneración del artículo 14 CE uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para, pese a la literalidad del artículo 944 CCom, igualar el régimen de interrupción de la prescripción de las acciones civiles y mercantiles concediendo virtualidad para ello, en ambos casos, a la reclamación extrajudicial recogida sólo en el artículo 1973 Cc [SSTS 4 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9157), 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9769), 21 de marzo de 2000 (RJ 2000\2022) y 8 de marzo de 2006 (RJ 2006\1074)].

⁵⁷² STC (Pleno) núm. 206/1993 de 22 junio (RTC 1993\206): «esto nos sitúa ya en el terreno propio del principio de igualdad ante la Ley que resultaría desequilibrado procesalmente -como ocurre en el caso que ha provocado la cuestión- si todos los condenados en la Sentencia al pago de una indemnización perfectamente cuantificada hubieran de abonar como intereses por demora el rédito legal incrementado en dos puntos, salvo el Estado, a quien se le condona tal recargo, con un régimen privilegiado sin justificación objetiva, planteamiento que es el meollo de este proceso. Conviene hacer un alto en el camino para delimitar, con la máxima precisión de que seamos capaces, el perímetro de lo controvertido aquí y ahora. Por de pronto, la sedicente desigualdad no se produce en la aplicación de la Ley ni desequilibra la posición de las partes en el proceso, sino que deriva directa e inmediatamente de la propia Ley y se refleja en su texto por lo que el destinatario del reproche resulta ser el Poder legislativo. En definitiva, el tema conductor de la cuestión bien podría ser reconducido a averiguar si el legislador de 1984 obró, o no, con arbitrariedad, cuya interdicción proclama el último párrafo del art. 9 CE, cuando establece dos tipos de interés diferentes para los ciudadanos y para la Hacienda pública en el procedimiento de ejecución de Sentencia».

Por todo ello, y sin perjuicio de instar una intervención legislativa que modifique el precepto en el sentido sugerido, se propone una lectura histórica, sistemática, teleológica y constitucional de la norma que trascienda la meramente gramatical del irreflexivo precepto cuya tramitación parlamentaria hace pensar, en lo que a los intereses retributivos se refiere, que no responde a una clara ni justificada opción de política legislativa acorde con el sistema concursal, y que lleve a considerar comprendidos en su ámbito material de aplicación sólo aquellos intereses que no tengan naturaleza retributiva.

B) LA EXCEPCIÓN DE LOS INTERESES DE CRÉDITOS CUBIERTOS CON GARANTÍA REAL

De la subordinación crediticia se excluyen expresamente los intereses devengados por créditos cubiertos con garantía real, hasta donde alcance la respectiva garantía (art. 92.3º LC). Como ya hiciera en el artículo 59 en orden a la suspensión del devengo de intereses, la LC mantiene en la novedosa figura de los créditos subordinados la tradicional hiperprotección del acreedor hipotecario o pignoraticio, extendiéndola ahora a otras *garantías reales*, exceptuándolos de la regla general de la subordinación siempre que se encuentren dentro de la cobertura de la respectiva garantía.

Los créditos que se incluyen en esta excepción son los derivados de *créditos con garantía real*. Como ya se pusiera de manifiesto anteriormente (*vid. supra* cap.1º.VI. 1, pp. 178 y ss), ante la divergencia entre los créditos que reciben el trato del privilegio especial con afección de determinados bienes y derechos (art. 90) –todos aquéllos que dispongan de una cobertura accesorio que les permita defender *erga omnes* una preferencia en su cobro con el producto de la realización de específicos bienes y derechos– y el más restrictivo de los «créditos con garantía real» (art. 92.3º LC), surge la duda sobre la debida subordinación o no de los intereses de aquellos créditos que gocen de otros privilegios especiales no constitutivos, estrictamente, de derechos reales de garantía.

Frente a una interpretación restrictiva de la excepción, que la circunscribe a sólo los intereses derivados de genuinas garantías reales⁵⁷³, se ha postulado otra extensiva de la expresión «*garantía real*», que abarcaría todos los privilegios especiales del artículo 90

⁵⁷³ PRENDES CARRIL, P., «Artículo 92», *est. cit.*, p. 749; GARCÍA-POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos*, *op. cit.*, p. 155; PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal », *est. cit.*, p. 365. En la jurisprudencia, SJMER Oviedo 1 núm. 32/2005, de 14 junio (AC 2005\1017) y SAP Palencia (1ª) núm. 345/2011, de 30 diciembre (AC 2012\84).

LC⁵⁷⁴.

No se encuentran razones para no extender el particular tratamiento que los artículos 59 y 92.3º LC dispensan a las genuinas garantías reales a aquellos otros casos en los que, presupuesto el cumplimiento de los requisitos legales de constitución y oponibilidad, el acreedor asegura su crédito mediante otras instituciones concedentes de una posición similar; máxime cuando éstas tienen con las garantías reales una analogía de trato jurídico ante la insolvencia del deudor garantizado con ellas, expresamente referenciada en relación con el ejercicio de acciones (arts. 56 y 57), el rango crediticio (art. 90), la posibilidad de rescate de la garantía (art. 155.2), la forma de realización del bien afecto (art. 155.3 y 4), la posición jurídica ante el convenio (arts. 123 y 134.2) y el régimen el pago en la liquidación (art. 155.1), entre las más importantes. La referencia a *garantía real* tiene otra explicación distinta del propósito legislativo de diferenciar, sólo en este extremo de salvedad a la subordinación entre créditos con garantía real y aquellos otros con garantías asimiladas. La explicación se puede encontrar, simplemente y por absurdo que parezca, en una [nueva] imprecisión terminológica del legislador. Y es que la interpretación aquí defendida no encuentra el «insalvable obstáculo de estar extendiendo un privilegio»⁵⁷⁵; no se hace una interpretación extensiva de un privilegio – no se concede a los intereses así garantizados un rango privilegiado– sino una restrictiva de un *antiprivilegio*, pues se viene a excluir de la subordinación a los intereses amparados por *pseudo*-garantías reales o garantías asimiladas a ellas.

Cuantitativamente, el límite de la excepción viene dado por el «alcance de la respectiva garantía». Retomando las conclusiones alcanzadas anteriormente (*vid. supra* cap.1º.VI.1, pp. 178 y ss), tal locución significa, por un lado, que la insuficiencia del producto de la venta o de la ejecución del bien afecto a la garantía para cubrir los intereses determinará, obviamente, que la parte no cubierta reciba el trato concursal que corresponda según la naturaleza del interés y la fecha de su devengo (*vid. infra* cap. 3º, pp. 293 y ss). Por otro lado, conforme a la legislación hipotecaria, que sólo quedarán cubiertos por la garantía (y, en la medida necesaria, excluidos de la regla de subordinación) los intereses que hayan sido expresamente determinados e inscritos (principio de especialidad *ex* art. 12 LH). En relación con los intereses retributivos

⁵⁷⁴ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, p. 156; BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 248; JUAN Y MATEU, art. 59, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1105. GARRIDO, J.Mª, «Créditos subordinados (art. 92)», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pp. 1664-1665 reconduce la cuestión a que, en realidad, el análisis del elenco de los privilegios especiales (art. 90 LC) arroja que en su práctica totalidad son garantías reales, salvo los refaccionarios de los trabajadores que tienen un régimen propio de producción de intereses; y en cuanto a los créditos por arrendamientos financieros y compraventas aplazadas con reserva de dominio, que los intereses están implícitos en el cálculo de las cuotas o plazos.

⁵⁷⁵ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, pp. 157-165.

comprenderá, en todo caso, los correspondientes al importe de de las dos últimas anualidades y la parte vencida de la anualidad corriente o, en su caso, en los distintos términos en los que se hubiere pactado, dentro del límite de los cinco años (art. 146 en relación con el 114 LH). Para la extensión de la garantía a los intereses moratorios será necesario el pacto expreso que cumpla con los requisitos de las hipotecas de máximo. Sean retributivos, sean moratorios, la responsabilidad máxima hipotecaria establecida e inscrita será el límite que, en caso de concurso de acreedores, podrá ser entregado al acreedor hipotecario del producto de la subasta, llevándose el remanente, de haberlo, a la masa activa del concurso (art. 692.1 LEC).

5. EL ÁMBITO TEMPORAL DE LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES

Admitido que desde el punto de vista material la regla de la subordinación debe entenderse restringida a la de los intereses no retributivos, resta dirimir la cuestión temporal, es decir, la determinar la extensión de la postergación del crédito por intereses moratorios desde el punto de vista de su devengo. Tal resolución se impone por el hecho de coexistir en la LC la regla de la subordinación de los intereses con la de la suspensión de su devengo. En la medida que el devengo de los intereses se suspende como efecto de la declaración de concurso, parece que los que se habrán de subordinar serán, pues, los moratorios que se hubieran devengado antes de dicha fecha.

El completo engranaje de tales reglas –de la suspensión y subordinación del crédito por intereses en función de su clase–, en relación con el momento del devengo de los intereses y en su debida coordinación con los elementos basales del sistema concursal, ha de ser aplazado al capítulo posterior, en el que tratará de proponerse de forma conclusiva cuál sea el régimen concursal del crédito por intereses, discriminado entre los moratorios y los retributivos, así como entre su devengo preconcursal o postconcursal. No obstante se deja adelantado que, en la medida que en esta memoria se defiende la restricción de las reglas de la suspensión y de la subordinación al ámbito de los intereses moratorios –porque sólo en ellos tienen sentido y justificación–, la delimitación de ambas en relación con el devengo de esta clase de intereses determina que los intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso resulten suspendidos y los devengados con anterioridad, subordinados.

CAPÍTULO TERCERO

EL RÉGIMEN CONCURSAL DEL CRÉDITO POR INTERESES

I. INTRODUCCIÓN

La configuración del régimen concursal del crédito por intereses pasa por precisar el engranaje de las dos normas que la LC dedica específicamente a los «intereses» y que han sido analizadas en los capítulos precedentes: el artículo 59 LC, que declara la suspensión del devengo de intereses tras la declaración de concurso, y el artículo 92.3º LC, que establece la subordinación del crédito que en ellos consista. Ante la necesidad de su coordinación, la doctrina viene decantándose de manera unánime por atender exclusivamente al elemento temporal del devengo de los intereses. No obstante, como ha tratado de revelarse a lo largo de esta memoria, y sobre la base de la dispar naturaleza y régimen jurídico de los intereses retributivos y los moratorios, se hace necesario distinguir el tipo de interés del que se trate y a su vez, dentro de cada tipo, según sean anteriores o posteriores a la declaración de concurso.

El tratamiento concursal del crédito por intereses, tiene como premisa el propio sistema concursal, de modo que sólo a través de una visión sistémica y de la contemplación global de otras instituciones y mecanismos concursales se podrá dar debida respuesta a algunos interrogantes y encontrará explicación la propuesta que se efectuará para conjugar coordinadamente el efecto de la suspensión con la regla de la subordinación.

II. ANÁLISIS SISTÉMICO DEL TRATAMIENTO CONCURSAL DEL CRÉDITO POR INTERESES

1. EL CRÉDITO POR INTERESES EN DISTINTOS SISTEMAS CONCURSALES DEL DERECHO COMPARADO

A) FRANCIA

El sistema concursal francés viene configurado por la disposición del Libro VI del Código de Comercio, artículos L 610.1 a L670-8 y R 600-1 y ss⁵⁷⁶. Se articula sobre la existencia de diversos procedimientos judiciales y extrajudiciales, con diferentes finalidades, que proponen diversas soluciones a las distintas situaciones de crisis económicas empresariales. Obviando los mecanismos detectores y preventivos previos a

⁵⁷⁶ Redacción dada por Ley nº 2005-845, de 26 de julio de salvamento de empresas (*sauvegarde des entreprises*) y en su Decreto de aplicación nº 2005-1677 de 28 de diciembre, reformados con posterioridad en varias ocasiones (v. gr. *L'Ordonnance* nº 2008-1345, de 18 de diciembre, *L'Ordonnance* nº 2010-1512, de 9 de diciembre).

la insolvencia⁵⁷⁷ y centrando el análisis en los procedimientos formales de insolvencia, en el sistema galo se establecen tres procedimientos distintos para el deudor empresario que no pueda superar las dificultades de su crisis financiera.

(i) «*Procédure de sauvegarde*» («procedimiento de salvaguarda»), introducido por la *Loi de sauvegarde des entreprises* de 2005).— Se destina a «facilitar la reorganización de la empresa con objeto de permitir la continuidad de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y la liquidación del pasivo» (art. L-620-1). Solicitado a instancia del deudor, se acuerda por el Tribunal cuando haya una posibilidad verosímil de salvar la empresa, evitando que el deudor incurra en estado de insolvencia o en cesación generalizada de los pagos. El procedimiento tiende a la elaboración –por el deudor– de un plan de reestructuración que, tras un periodo de observación (6-12 meses) en el que la actividad se mantiene en todo caso, puede ser impuesto por el Tribunal (sólo si contiene aplazamientos máximos de 10 años) o ser votado por los acreedores constituidos en comités y aprobado por el Tribunal, en cuyo caso su contenido es libre y flexible y eficaz frente a todos los acreedores⁵⁷⁸.

(ii) «*Redressement judiciaire*» («saneamiento judicial»).— Se abre a todo deudor que se encuentre en estado de insolvencia, por la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con el activo de que dispone (art. L 631-1). Es también un procedimiento cuyo objeto es salvar la empresa, mantener su actividad y los puestos de trabajo y liquidar el pasivo. Consiste en la aprobación por parte del Tribunal de un plan de saneamiento de la empresa, que puede suponer su continuidad (en cuyo caso se imponen esperas a los acreedores) o su cesión (se cede la empresa junto con sus principales contratos a un tercero, que asume determinados compromisos). El plan se aprueba tras un periodo de observación y, en su caso, la constitución de los comités de acreedores, conforme también se hacía en el procedimiento de salvamento⁵⁷⁹.

(iii) «*Liquidation judiciaire*» («liquidación judicial»).— Se declara cuando el deudor está en situación de insolvencia actual y el saneamiento es manifiestamente imposible (art. L-640-4). Su apertura exige la concurrencia de las circunstancias establecidas en la Ley (art. L-640-1), salvo que se abra un procedimiento de

⁵⁷⁷ *Prévention des difficultés des entreprises, mandat ad hoc y procédure de conciliation* regulados en los artículos L611-1 à L611-15.

⁵⁷⁸ Junto al procedimiento de salvaguardia normal se establece otro procedimiento de salvaguardia financiera acelerada cuyos destinatarios y afectados son sólo los acreedores bancarios y financieros, introducido en el año 2010 para cierto tipo de deudores.

⁵⁷⁹ Las principales diferencias entre el procedimiento de salvaguarda y el de saneamiento judicial es que la insolvencia es inminente o actual, respectivamente y, por ello, el de salvaguarda es voluntario y el de saneamiento judicial ha de ser solicitado por el deudor en el plazo de 45 días desde la situación de insolvencia, puede ser instado por acreedores o iniciarse de oficio.

conciliación, tendente al logro de un acuerdo amistoso entre el deudor y sus acreedores. El objetivo del procedimiento es finalizar la actividad de la empresa o ejecutar el patrimonio del deudor mediante la cesión global o aislada de sus bienes y derechos. La actividad de la empresa se puede detener o cederse a un tercero que continúe su explotación total o parcial. Salvo en el supuesto de cesión, la actividad del deudor se paraliza con la apertura del procedimiento y se disuelve la sociedad deudora. El procedimiento liquidatorio concluye con la cesión o venta de todos los activos y el correspondiente pago de los créditos haya donde alcance la realización de aquéllos.

Efecto ligado a la apertura del *procedimiento de salvaguarda* es la suspensión del curso de los intereses y recargos (art. L622-28) que, por remisión legal expresa, se extiende también a los *procedimientos de saneamiento judicial* (art. L631-14) y de *liquidación judicial* (art. L641-3). Se proclama la suspensión del curso de todo tipo de intereses, salvo que se trate de intereses de préstamos o aplazamientos voluntarios de pago de otros contratos de duración igual o superior a un año, teniendo en cuenta que, salvo en el caso de la liquidación judicial (art. L643-1), la apertura del procedimiento no implica el vencimiento anticipado de los créditos (L-622-29). De esta suspensión se benefician los garantes o coobligados solidarios del deudor sólo en el caso del procedimiento de salvaguarda⁵⁸⁰. No se contiene, sin embargo, ninguna norma de subordinación crediticia.

⁵⁸⁰ «Article L622-28. 1. Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. 2. Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans. Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires.»

«Article L622-29. Le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite.»

«Article L631-14. Les articles L. 622-3 à L. 622-9, à l'exception de l'article L. 622-6-1, et L. 622-13 à L. 622-33 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire, sous réserve des dispositions qui suivent (...) Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28.»

«Article L641-3. Le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire a les mêmes effets que ceux qui sont prévus en cas de sauvegarde par les premier et troisième alinéas du I et par le III de l'article L. 622-7, par les articles L. 622-21 et L. 622-22, par la première phrase de l'article L. 622-28 et par l'article L.622-30.»

B) ITALIA

El régimen concursal italiano viene establecido en la *Legge Fallimentare* (lf)⁵⁸¹ que lo articula sobre la existencia de dos procedimientos concursales principales⁵⁸².

El «*fallimento*» («quiebra») es el procedimiento general de carácter liquidativo, cuyo presupuesto objetivo es la insolvencia del deudor imposibilitado para cumplir regularmente sus obligaciones. Tiende a la realización del activo del deudor y al pago a los acreedores conforme a su rango. A la declaración de «*fallimento*» se asocia el cese del devengo de intereses, a los efectos del concurso, salvo de los créditos garantizados con hipoteca, prenda o privilegio. Paralelamente se establece el vencimiento anticipado de todas las deudas dinerarias a plazo (art. 55 lf)⁵⁸³.

El «*concordato preventivo*» es el procedimiento concursal destinado a evitar la liquidación del patrimonio del deudor honesto y de buena fe, a través de un acuerdo judicial con los acreedores, de amplio y variado contenido (reestructuración de deuda, arrendamiento de la empresa, daciones en pago, etc.). El deudor, único legitimado para instarlo, ha de plasmar el «*concordato preventivo*» en un plan que ha de acompañar a su solicitud, a cuya fecha se conectan ciertos efectos de los establecidos para el *fallimento* (artículo 169 lf), entre ellos, la suspensión del devengo de intereses establecida en el artículo 55 lf.

⁵⁸¹ RD 16 marzo 1942 N° 267, modificada por el Decreto Legislativo de 9 de enero de 2006, n.5 de reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales, por Decreto Legislativo n° 169 del 12 de septiembre de 2007, por la Ley 69 de 18 de junio de 2009, por la Ley 122 de 30 de julio de 2010, por la Ley 221 de 17 de diciembre de 2012 y por la Ley de estabilidad 2013, número 228, de 24 de diciembre de 2012.

⁵⁸² Se deja al margen la *liquidazione coatta amministrativa*, procedimiento concursal especial de liquidación de determinadas categorías de empresas determinadas en la ley (bancos, compañías de seguros, ciertas empresas participadas etc.) y el procedimiento preventivo de *accordi di ristrutturazione dei debiti* introducido en el artículo 182 bis lf en el año 2005 para que las empresas con problemas puntuales de liquidez puedan negociar un convenio extrajudicial con la mayoría de sus acreedores, que se homologa judicialmente, sobre la no exigencia –aplazamiento– de sus créditos y no instar el *fallimento* durante unos determinados plazos.

⁵⁸³ «Art. 55. *Effetti del fallimento sui debiti pecuniari. La dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell'articolo precedente. I debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento.*» Art. 54. *Diritto dei creditori privilegiati nella ripartizione dell'attivo (...)* L'estensione del diritto di prelazione agli interessi è regolata dagli articoli 2749, 2788 e 2855, commi secondo e terzo, del codice civile, intendendosi equiparata la dichiarazione di fallimento all'atto di pignoramento. Per i crediti assistiti da privilegio generale, il decorso degli interessi cessa alla data del deposito del progetto di riparto nel quale il credito è soddisfatto anche se parzialmente.»

C) ALEMANIA

El régimen concursal alemán viene dado por la *Insolvenzordnung –InsO–* de 5 de octubre de 1994, que establece, con carácter general, un único procedimiento judicial para el tratamiento de la insolvencia o crisis económica de la empresa, que pretende compatibilizar el sistema liquidativo, propio de la *Konkursordnung* de 1898 (*K.O.*), con el convenio o transacción judicial, de carácter conservativo. Saneamiento y recuperación empresarial se coordinan con el derecho de los acreedores a satisfacer sus deudas, finalidad básica del procedimiento de insolvencia. La satisfacción de los acreedores, bien mediante la realización o liquidación del patrimonio del deudor, bien a través de un plan de insolvencia (no equiparable al convenio concursal de la LC, pues se trata de un ‘plan de liquidación’ que puede contemplar la conservación de la empresa y la explotación empresarial), es el eje del procedimiento, que tiene como presupuestos objetivos la insolvencia actual o la inminente⁵⁸⁴.

Recientemente, con la finalidad de promover el saneamiento y salvamento de empresas, una la reforma legal de 2012⁵⁸⁵ ha introducido un nuevo procedimiento de carácter preparatorio, «procedimiento de protección» (*Schutzschirmverfahren*), previsto para situaciones de insolvencia inminente o de endeudamiento excesivo (pero sin que haya una incapacidad de pago actual) en el que se ofrece al deudor, siempre que la negociación pretendida sea aparentemente viable, la posibilidad de elaborar, de forma autónoma y en el plazo de tres meses, un plan de saneamiento que podrá convertirse en plan de insolvencia siempre que, una vez abierto el procedimiento de insolvencia, sea aceptado por los acreedores conforme a las reglas generales. El concurso de los requisitos para la apertura de este procedimiento – ausencia de incapacidad actual de pago y viabilidad de la reestructuración– se acredita mediante un informe emitido por persona experta en materia concursal, que el deudor aportará al Juzgado (§ 270 b). Durante este procedimiento de protección (3 meses), el deudor mantiene el poder de disposición sobre su patrimonio y el juez puede declarar la suspensión de ejecuciones forzosas contra su patrimonio. La gestión de la empresa deudora solamente estará bajo la supervisión e intervención de un *Sachwalter*⁵⁸⁶. Se trata, en definitiva, de otorgar un plazo de tres meses que ponga al deudor a resguardo de la ejecución forzosa por los acreedores, a fin de negociar un plan de insolvencia que sea aprobado y permita, con la continuación de la actividad empresarial, satisfacer el interés de aquéllos como alternativa a la liquidación concursal.

⁵⁸⁴ §1 *InsO*: «Ziele des Insolvenzverfahrens. Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien.»

⁵⁸⁵ Incorporado a la *InsO* por la Ley para la mejora de la reestructuración de empresas (*ESUG Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*) en vigor desde el 1 de marzo de 2012.

⁵⁸⁶ FERRÉ, J. y KELLER, N., «La reforma de la legislación concursal en Alemania», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 27, 2012, pp. 327 a 334 analizan la profunda reforma llevada a cabo por esta norma, que va más allá de la incorporación de este escudo protector.

No es efecto del procedimiento de insolvencia alemán la suspensión del devengo de intereses, que se siguen generando con la apertura del procedimiento, si bien los intereses moratorios devengados tras la declaración de concurso tienen la consideración de crédito subordinado en los términos antes analizados (*vid. supra* cap.2º.II.1.B), p. 217), según un orden de prelación que varía según que deriven de créditos principales o de créditos ordinarios o subordinados. Los intereses retributivos desaparecen con la declaración porque se establece el «vencimiento anticipado», al declararse que las obligaciones a plazo serán tratadas como si estuvieran vencidas (§41).

D) PORTUGAL

El régimen concursal portugués viene establecido en el *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)*⁵⁸⁷ que, en la actualidad, lo articula sobre la existencia de dos procedimientos concursales principales, el procedimiento de insolvencia y el proceso especial de revitalización de empresas, incorporado por la *Lei* 16/2012, de 20 de abril.

El «*processo de insolvência*» («procedimiento de insolvencia») es el procedimiento concursal general, de ejecución universal, cuya finalidad es la satisfacción de los acreedores mediante la ejecución de un plan de insolvencia que se base en la recuperación de la empresa o, cuando esto no sea posible, mediante la liquidación del patrimonio del deudor insolvente y el reparto del producto obtenido entre los acreedores⁵⁸⁸. Son éstos quienes deciden si el pago de sus créditos se obtendrá mediante la liquidación íntegra del patrimonio del deudor o a través de la reestructuración de la empresa y su mantenimiento en actividad, bajo la titularidad del deudor o de terceros, conforme a un plan de insolvencia que no contemple la liquidación; reunidos en Junta y a la vista del informe del administrador concursal, evalúan la viabilidad económica de la empresa y deciden conjuntamente si se debe refloatar o liquidar la empresa y en qué condiciones. El procedimiento, pues, se configura como esencialmente liquidatorio, salvo que se apruebe un plan de insolvencia ajeno a la liquidación. En consonancia, su apertura provoca el vencimiento de todas las obligaciones del deudor que no estén

⁵⁸⁷ *Dec.-Lei* n.º 53/2004, de 18 de marzo, modificado en sucesivas ocasiones, las más importantes, por *Dec.-Lei* n.º 116/2008 de 4 de julio y *Lei* n.º 16/2012 de 20 de abril.

⁵⁸⁸ «*Art. 1 CIRE: Finalidade do processo de insolvência. 1 - O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores. 2 - Estando em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, o devedor pode requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º-A a 17.º-I.»*

sujetas a una condición suspensiva (art. 91 CIRE)⁵⁸⁹.

Los créditos concursales se dividen en tres categorías: garantizados o privilegiados, subordinados y ordinarios. Son créditos subordinados, cuyo pago sólo se realiza una vez satisfechos íntegramente los créditos ordinarios –excepto en el caso de gozar de privilegios crediticios o de estar garantizados por hipotecas legales–, los recogidos en el artículo 48 CIRE⁵⁹⁰, en cuyo elenco se incluyen los créditos por intereses devengados tras la declaración de concurso, distinguiéndose, dentro de ellos, los que derivan de créditos no subordinados y los que lo hacen de créditos subordinados. Así, los créditos por intereses devengados tras la declaración de concurso por créditos no subordinados –salvo los cubiertos con garantías reales y privilegios hasta donde puedan cubrirlos– se sitúan en el segundo lugar de la graduación, mientras que los derivados de créditos subordinados, ocupan el quinto y penúltimo lugar en este escalafón. No se produce, pues, la suspensión del devengo de intereses pero, declaradas anticipadamente vencidas todas las deudas del concursado, los intereses (moratorios) que se devenguen tras la declaración, sufren la degradación en el cobro que corresponda en función del tipo de crédito –subordinado o no– del que deriven.

El proceso especial de revitalización de empresas (*processo especial de revitalização*) tiene como objetivo promover su recuperación, permitiendo que el deudor en difícil situación económica –por una falta de liquidez o de crédito– o de insolvencia inminente establezca negociaciones con los acreedores para llegar a un acuerdo, sometido a homologación judicial, que permita el reflotamiento de su

⁵⁸⁹ «Artigo 91. Vencimento imediato de dívidas. 1 - A declaração de insolvência determina o vencimento de todas as obrigações do insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva. 2 - Toda a obrigação ainda não exigível à data da declaração de insolvência pela qual não fossem devidos juros remuneratórios, ou pela qual fossem devidos juros inferiores à taxa de juros legal, considera-se reduzida para o montante que, se acrescido de juros calculados sobre esse mesmo montante, respectivamente, à taxa legal, ou a uma taxa igual à diferença entre a taxa legal e a taxa convencionada, pelo período de antecipação do vencimento, corresponderia ao valor da obrigação em causa. 3 - Tratando-se de obrigação fraccionada, o disposto no número anterior é aplicável a cada uma das prestações ainda não exigíveis. 4 - No cômputo do período de antecipação do vencimento considera-se que este ocorreria na data em que as obrigações se tornassem exigíveis, ou em que provavelmente tal ocorreria, sendo essa data indeterminada (...)

⁵⁹⁰ Artigo 48. Créditos subordinados. Consideram-se subordinados, sendo graduados depois dos restantes créditos sobre a insolvência: a) Os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respectiva aquisição, e por aqueles a quem eles tenham sido transmitidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; b) Os juros de créditos não subordinados constituídos após a declaração da insolvência, com excepção dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor dos bens respectivos; c) Os créditos cuja subordinação tenha sido convencionada pelas partes; d) Os créditos que tenham por objecto prestações do devedor a título gratuito; e) Os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má fé; f) Os juros de créditos subordinados constituídos após a declaração da insolvência; g) Os créditos por suprimentos.

empresa⁵⁹¹. La apertura del procedimiento y sus trámites, por su propia configuración, no tienen más efecto sobre los créditos y sus titulares que el de paralizar o suspender las acciones de reclamación o cobro de los créditos, hasta que el plan de recuperación sea alcanzado o termine el procedimiento sin concluirlo⁵⁹².

E) EE.UU.

La regulación concursal en EE.UU. es federal, estando contenida en el *US Code*, que dedica el Título 11 a los distintos procedimientos concursales (*Bankruptcy*), abordando con carácter general la insolvencia de la persona física y la insolvencia de sociedades. Fuera de los procedimientos que pueden considerarse marginales –el regulado en el *Chapter 12* para explotaciones agrarias o pesqueras familiares y el del *Chapter 13* para la elaboración de un plan de pagos por personas físicas con ingresos regulares–, en la práctica, los dos procedimientos concursales más habituales son el del *Chapter 7 –liquidation–* y el del *Chapter 11 –reorganization–* que tienden, respectivamente, a la liquidación con la venta de los bienes del deudor y reparto de su producto entre los acreedores o a la recuperación del deudor que pagará mediante su reestructuración, la reorganización de sus créditos y el mantenimiento de la actividad⁵⁹³.

Cualquiera que sea la vía utilizada, la declaración de concurso provoca en todo caso la paralización de las ejecuciones individuales, incluso de aquéllas que sean consecuencia de un crédito con garantía real, sin que se establezcan distinciones al respecto en función de los bienes sobre los que éstas recaigan, impidiéndose el inicio de cualquier acción legal contra el patrimonio del deudor. La declaración no impide la

⁵⁹¹ Artículos 17 A a I CIRE. «Artigo 17.º-A. Finalidade e natureza do processo especial de revitalização. 1 - O processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização (...).» «Artigo 17.º-B. Noção de situação económica difícil Para efeitos do presente Código, encontra-se em situação económica difícil o devedor que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito.»

⁵⁹² «Artigo 17.º-E. Efeitos. 1 - A decisão a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo 17.º-C obsta à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas contra o devedor e, durante todo o tempo em que perdurarem as negociações, suspende, quanto ao devedor, as ações em curso com idêntica finalidade, extinguindo-se aquelas logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação.»

⁵⁹³ En el sistema concursal americano hay, en realidad, un único procedimiento, con unas normas comunes (*Chapters 1 a 6*), que permite dos tipos de soluciones concursales: la liquidación, la venta de bienes del deudor y reparto entre los acreedores (*liquidation*) -*Chapter 7*- y las alternativas conservativas que tienden a la recuperación del deudor, permitiéndole usar futuros ingresos para el pago a los acreedores. Estas últimas, en función de la naturaleza mercantil o no del deudor, están regulados en los *Chapter 11 (reorganization)*, *Chapter 12 (adjustment of debts of a family farmer or fisherman with regular annual income)* y *Chapter 13 (adjustment of debts of an individual with regular income)*.

continuación de la actividad empresarial y los contratos se mantienen o no en vigor según la decisión que al respecto tome –en el plazo de sesenta días– el administrador judicial (*trustee*), nombrado por el juez.

El tratamiento concursal que el crédito por intereses recibe en el sistema americano, según el análisis antes realizado (*vid. supra. cap.2º.II.1.A*), p. 215), consiste en que los intereses devengados con anterioridad a la declaración de concurso se reconocen y admiten con el rango de su principal (§ 501 y 502); no figurando el crédito por intereses en el elenco general de los créditos subordinados (§ 510), sólo en la solución de liquidación (*Chapter 7*) los intereses moratorios devengados por los créditos concursales tras la declaración de concurso se satisfacen, al tipo de interés legal y desde la fecha de la declaración, únicamente tras la íntegra satisfacción de todos los créditos concursales y con preferencia, pues, sobre la entrega del sobrante, en su caso, al deudor (§ 726). En realidad, pues, más que una subordinación del crédito por intereses lo que se establece es una suerte de suspensión del devengo de intereses moratorios con la declaración, que sólo se satisfacen, al tipo legal, si en la liquidación resulta remanente tras el pago íntegro de los créditos concursales.

2. EL CRÉDITO POR INTERESES EN LOS SISTEMAS DE LA TRADICIÓN CONCURSAL HISTÓRICA ESPAÑOLA

El régimen concursal que vino a derogar la vigente LC estaba constituido por un conjunto disperso de arcaicas normas sustantivas y procesales que venían a articular cuatro procedimientos distintos en función de ser o no comerciante el deudor y su estado patrimonial, de *insolvencia definitiva* o *provisional*. Se articulaban, así, dos procedimientos para la insolvencia definitiva –concurso de acreedores, para el deudor civil, y quiebra, para el comerciante– y otros dos para la falta de liquidez –beneficio de quita y espera, para el deudor civil, y suspensión de pagos, para el comerciante–. El tratamiento concursal dado al crédito por intereses en cada uno de ellos dependía de los principios básicos de cada instituto que a continuación se resumen, sin perjuicio de remisión al mayor detalle que en otro lugar se contiene (*vid. supra cap.1º.II.1 y 2*, pp. 129 a 146).

A) EL CRÉDITO POR INTERESES EN EL SISTEMA DEL CONCURSO DE ACREEDORES DEL CÓDIGO CIVIL

El concurso de acreedores era el procedimiento previsto para el deudor común que hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, siendo su pasivo mayor que su activo. Dado ese presupuesto objetivo –insolvencia definitiva–, el procedimiento tenía

una finalidad claramente liquidatoria, tendente a la realización del activo del deudor y a la satisfacción ordenada de su pasivo, hasta donde aquél alcanzara. Por ello, en relación con el deudor, la declaración de concurso producía su inhabilitación para administrar sus bienes (art. 1914 Cc); frente a los acreedores, tal declaración determinaba, como primer y principal efecto, su agrupación en un colectivo (*masa pasiva o masa de acreedores*) en el que lograr la efectividad y eficiencia del principio de igualdad de trato y, como consecuencia necesaria inexcusable, la pérdida o paralización de las acciones individuales y aisladas. Hilado a lo anterior, la mera declaración de concurso producía el vencimiento anticipado de los créditos pendientes, debiendo practicarse el correspondiente descuento si fueran pagados antes del término prefijado en la obligación (art. 1915 Cc).

Desde la fecha de declaración del concurso dejaban de devengar interés todas las deudas del concursado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcanzare su respectiva garantía; pero, si resultaba remanente tras el pago del principal, habrían de satisfacerse los intereses, reducidos al tipo legal, salvo si el pactado fuera menor (art. 1916 Cc). Esta suspensión del devengo de intereses afectaba a toda clase de ellos. No obstante, producido el vencimiento anticipado, los intereses retributivos dejaban de tener soporte causal, por lo que el precepto, en realidad, servía sólo para decretar la suspensión en relación con los moratorios, cuyo devengo habría de continuar de no haber existido una norma como la de la especie, justificada y coherente con el sistema. Ninguna regla legal de graduación crediticia en el concurso de acreedores se refería a intereses, por lo que los devengados antes de la declaración de concurso se satisfacían junto con el principal, en el rango que a éste correspondiera.

B) EL CRÉDITO POR INTERESES EN EL SISTEMA DE LA QUIEBRA DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885

El régimen de la quiebra, procedimiento liquidatorio para el comerciante insolvente, era sustancialmente idéntico al descrito para el concurso de acreedores del deudor común. Compartía con él su carácter de juicio universal, su naturaleza de procedimiento de ejecución colectiva y la finalidad de satisfacer proporcionalmente a los acreedores. También, sobre un presupuesto objetivo de impotencia patrimonial, la declaración de quiebra provocaba la inhabilitación del deudor para administrar sus bienes (art. 878 CCom), la pérdida o paralización de las acciones individuales, el vencimiento anticipado de todas las deudas a plazo del quebrado (art. 883 CCom) y la suspensión del devengo de intereses, salvo en cuanto a los créditos garantizados con prenda o hipoteca y hasta el tope de su cobertura (art. 884 CCom). Tampoco existía en este régimen ninguna norma de clasificación crediticia referida a intereses. Con todo, es el mismo el

tratamiento concursal de los intereses en la quiebra y en el concurso de acreedores e idénticas la justificación que lo basaba y la valoración merecida, de ser lo propio de un sistema que tiende a la liquidación patrimonial del deudor con la mira puesta en la *par conditio creditorum*.

C) EL CRÉDITO POR INTERESES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SUSPENSIÓN DE PAGOS Y DE QUITA Y ESPERA

Los procedimientos de suspensión de pagos y de quita y espera eran, por el contrario, los procedimientos previstos para comerciante y no comerciante, respectivamente, en los supuestos en que su situación patrimonial no fuera de insolvencia *definitiva* (que sólo admiten una solución de liquidación ordenada del patrimonio), sino de insolvencia *provisional* o falta de liquidez, permisiva del acuerdo del deudor y sus acreedores de articular una quita o espera de sus créditos, a fin de superar una adversa coyuntura económica atisbada como pasajera.

Sobre estas premisas, se justifica la inexistencia de precepto alguno referido a la suspensión del devengo de intereses o, mucho menos, a su graduación crediticia, por no ser propias de procedimientos no liquidativos. Ante ello, doctrina y jurisprudencia se plantearon la aplicación analógica en estos procedimientos de los correspondientes preceptos del proceso liquidativo lo que, en general, recibió una respuesta negativa sobre la base de la distinta configuración del procedimiento y la finalidad con él perseguida⁵⁹⁴.

3. EL RÉGIMEN CONCURSAL DEL CRÉDITO POR INTERESES EN LOS TRABAJOS PRE-LEGISLATIVOS

Como es bien sabido y puesto de relieve unánimemente por la doctrina, la ordenación concursal española vigente hasta el año 2003 adolecía de graves y manifiestos vicios procesales y sustantivos que la convertían en un instrumento radicalmente inadecuado para satisfacer los intereses sociales a cuya tutela debería estar pre-ordenado el sistema. Aquel marco legislativo comprendía algunos preceptos redivivos del viejo Código de Comercio de 1829, el Código de Comercio de 1885, el Código Civil, la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, como cuerpos legales más importantes, al que se añadían un disperso

⁵⁹⁴ STS nº 169/1998, de 2 de marzo de 1998, SAP Madrid (Sección 28ª) nº 102/2009, de 24 abril de 2009, SAP Valencia (Sección 6ª) nº 191/1999, de 10 de junio de 1999. Para más detalles sobre el particular y las razones por las que esta conclusión en parte no se comparte, *vid. supra* cap. 1º.II.2, pp. 142 y ss.

conglomerado de normas especiales⁵⁹⁵. Tal amalgama de normas configuraba una grave situación de inseguridad jurídica que era cuestionada, incluso, desde el prisma del grave atentado contra el Estado de Derecho⁵⁹⁶, dado el «arcaísmo, la dispersión o fraccionamiento y la falta de armonía y de sistema»⁵⁹⁷.

Era, pues, lugar común la crítica a la legislación entonces vigente, y unánime el reconocimiento de la necesidad –incluso urgencia– de su reforma. Ésta fue infructuosamente intentada en múltiples ocasiones, siendo varios los frustrados proyectos para configurar un nuevo sistema concursal adecuado al tiempo y a las circunstancias en que debía ser aplicado. Entre los más significativos intentos de reforma y, en relación con el tratamiento proyectado para el crédito por intereses, conviene destacar los siguientes textos⁵⁹⁸.

A) ANTEPROYECTO DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS DE 1959

El Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959, aunque no fue el primero, sí es destacado como el primer más valioso intento de actualización del obsoleto Derecho concursal español⁵⁹⁹. En 1953, la Sección de Justicia del Instituto de

⁵⁹⁵ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de este sector de nuestro ordenamiento jurídico», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Faustino F. Duque*, Valladolid, 1998, v. II, pp. 1643 a 1653, p. 1643, y sin ánimo de exhaustividad, cita más de veintiuna disposiciones especiales vigentes entonces en materia concursal.

⁵⁹⁶ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español», *est.cit.*, p.1643.

⁵⁹⁷ OLIVENCIA, M., «La Reforma del Derecho Concursal (El largo «ante» de un proyecto)». Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 30 de Septiembre de 1996, *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XI, enero 1998, p. 2.

⁵⁹⁸ Se utilizan como fuentes principales de las líneas que siguen, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español», *est.cit.*, OLIVENCIA, M., «La Reforma del Derecho Concursal», *est. cit.* y ROJO, A., «La Reforma del Derecho concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal. Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, Madrid, 6 a 10 de Mayo de 2002, Madrid, 2003, pp. 87-130 y los textos prelegislativos localizados. El Anteproyecto de Ley de Concurso de acreedores de 1959 se encuentra en el monográfico sobre «La Reforma del Derecho Concursal» publicado en 1997 en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, pp. 124-210; el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 en «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, marzo 1985, pp. 279-357; y la *Propuesta Rojo* de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, en AGUILERA ANEGÓN, G., *El anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1997, pp. 237-383.

⁵⁹⁹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español», *est.cit.*, p. 1646 recoge como primeros intentos de una reforma sustancial del sistema concursal, un Proyecto de reforma del Libro IV del Código de Comercio en 1891, otro de 1897 y el encargo recibido en 1926 por la Comisión General de Codificación de preparar un Anteproyecto de Reforma del Código de Comercio que, incluso, fue sometido a información pública pero que no llegó al debate parlamentario. Este último intento también es referido como antecedente en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal. Para la génesis y contenido del Anteproyecto de 1959 se sigue a JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español», *est.cit.*, pp. 1646-1647 y

Estudios Políticos⁶⁰⁰ acometió la preparación de un Anteproyecto de Ley sobre quiebra, concurso de acreedores y suspensión de pagos, llegando a ser aprobadas hasta catorce de sus bases. Su conclusión resultó impedida por la quiebra de la *Barcelona Traction*, que generó situaciones conflictivas entre sus miembros como consecuencia de la participación profesional de la mayoría de ellos en la defensa de intereses antagónicos de las distintas partes enfrentadas. Ante esta situación, se constituyó en 1956 una Subsección especial⁶⁰¹ de cuyos trabajos resultó el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, que no llegó a ser publicado oficialmente.

Se regulaban conjuntamente, por vez primera, los aspectos sustantivos y procesales, aun cuando los unos y los otros separados sistemáticamente dentro de la norma, unificándose también, de forma inédita, la regulación de las situaciones concursales de comerciantes y no comerciantes. Sin embargo, mantenía la dualidad de procedimientos en función de los distintos presupuestos objetivos determinantes de sus diferentes soluciones respectivas –liquidación y convenio–: el *concurso de acreedores*, para la situación de insolvencia, y el *concordato*, para la de falta de liquidez o dificultades de tesorería de deudores de buena fe⁶⁰².

a) *El concurso de acreedores*

El *concurso de acreedores* tenía por objeto satisfacer a los acreedores en los casos de insolvencia del deudor común (art. 1), haciéndose de tal concepto la base y la justificación del concurso, el centro de gravedad del sistema. Por tanto, se concebía la liquidación como el fin normal del concurso, articulándose un proyecto de liquidación a elaborar por la sindicatura a fin de evitar disgregaciones y fragmentaciones perjudiciales para el patrimonio del concursado.

La declaración de concurso privaba al deudor de la disposición y administración de los bienes integrantes de la masa del concurso, no pudiendo contraer, modificar o extinguir sus obligaciones salvo autorización previa o ratificación del órgano de administración del concurso (art. 11). Igualmente, la declaración producía el vencimiento anticipado de los créditos aplazados (padeciendo, según el momento del pago, el descuento correspondiente al interés legal (art. 21), la conversión en dinero de todos los créditos (art. 20) y la suspensión y paralización de las acciones individuales (art. 19). No obstante, se mantenía la posibilidad de compensar créditos y deudas del concursado (art. 23). En los contratos pendientes de

OLIVENCIA, M., «La Reforma del Derecho Concursal», *est. cit.*, pp. 4 y 5.

⁶⁰⁰ Bajo presidencia de Garrigues y la participación de Federico de Castro, Guasp, Uría y De la Plaza.

⁶⁰¹ Bajo la presidencia de Garrigues, formaron parte los vocales Cabanillas Gallas (letrado de la DGRN), Vacas Medina (Magistrado), Díez-Picazo y Olivencia.

⁶⁰² El texto del Anteproyecto de 1959 puede consultarse en «La Reforma del Derecho Concursal» número monográfico en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1997, pp. 124-210.

ejecución se regulaba exclusivamente la situación en la que ninguna de las obligaciones recíprocas estuviera íntegramente cumplida, en cuyo caso el órgano de administración optaría entre el cumplimiento o la resolución (art. 46).

En la masa activa del concurso se incluían todos los bienes, derechos y acciones del deudor (art. 25) y, en sustitución de la retroacción de la quiebra, se regulaban las acciones y los efectos de la reintegración a la masa activa por los actos perjudiciales acometidos en los dos años anteriores (arts. 33 a 40), si bien se establecían variopintos supuestos de derecho de separación –*v. gr.* del vendedor, del mandante o comitente, del depositante, *etc.* – (arts. 26 a 32), entre los que se incluía la separación de los bienes afectos a garantías reales (art. 92).

Se flexibilizaba el procedimiento, introduciendo una administración de designación judicial, en parte técnica y profesionalizada, compuesta por tres síndicos, uno de los cuales habría de contar con titulación profesional económica (arts. 51 a 66). Se reforzaba el papel del Juez y el del Ministerio Fiscal, en el entendimiento de afectar el concurso no sólo al interés de los acreedores sino también al interés general. La junta general de acreedores venía dotada de importantes competencias de conocimiento y aprobación (ratificación de los síndicos, el informe de los síndicos, la continuación o el cese de la actividad profesional o empresarial del deudor, el plan de liquidación de la sindicatura o el convenio propuesto por el deudor, *etc.* [art. 68]).

Los créditos se sometían a las operaciones de *previa deducción* –créditos que no debían estar sometidos a la ley del dividendo, equivalentes a los actuales créditos contra la masa (art. 91) – y de *graduación* (arts. 93 y 94), intentando clarificar y simplificar los privilegios, negando el carácter de concurrentes a los créditos con garantía real que debían ejecutarse, en todo caso, fuera del concurso (art. 92).

La calificación del concurso se reducía a fortuita y culpable (art. 101), estableciéndose diversas presunciones de culpabilidad (art. 102).

Si bien la liquidación y el pago a los acreedores conforme al plan de liquidación presentado por la sindicatura y con la aprobación de la junta general de acreedores era la forma normal de terminación del concurso, se establecía, salvo para ciertos casos, su posible conclusión mediante un convenio del deudor con sus acreedores, que debía ser aprobado judicialmente. Aun cuando parecían presumirse como contenido normal las quitas o esperas en los créditos, la única condición impuesta a su contenido era la del tratamiento igualitario de los acreedores no preferentes, exigiéndose que la propuesta expresara «con claridad y precisión la forma en que habrán de satisfacerse los créditos, las garantías de cumplimiento, los plazos de pago y cuantos datos sean convenientes para facilitar la decisión de los acreedores» (art. 107).

El concurso concluía, entre otras causas, con el reparto total del activo existente, en caso de liquidación, o con la aprobación judicial de la propuesta de convenio.

El tratamiento concursal que recibían los intereses en este procedimiento, esencialmente liquidatorio, pasaba por suspender el devengo de los de «créditos contra el concursado» desde la fecha de declaración de concurso, excepto los que gozaran de «*garantía específica, hasta donde el valor de ésta alcance*» (art. 22). Se añadía además la expresa consideración de ser crédito concursal, a insinuar con el principal y compartir su rango, el correspondiente a los «*intereses legales o convencionales hasta la fecha en que hubiesen dejado de devengarse, las penas convencionales y las demás prestaciones accesorias*» (art. 85). En definitiva, se decretaba la suspensión del devengo de intereses desde la declaración de concurso. Tal medida resultaba coherente, respecto de los

intereses retributivos, con la declaración del vencimiento anticipado de sus créditos generadores y, respecto de los moratorios, con la paralización de las ejecuciones individuales. No quedaba duda de que los intereses preconcursales, del tipo que fueran, eran créditos concursales que se habían de satisfacer junto con el principal.

b) El concordato judicial

El *concordato judicial* era el procedimiento previsto para el deudor que, teniendo bienes suficientes para cubrir sus deudas y no habiendo sobreseído de manera general el pago corriente de sus obligaciones, previera la imposibilidad de pagar todas sus obligaciones a sus respectivos vencimientos (arts. 130 y 131), proponiendo judicialmente un acuerdo a sus acreedores.

La admisión a trámite de la propuesta de concordato no implicaba la pérdida de la disposición y administración de los bienes del deudor, pero ciertos actos se sometían a la aprobación del interventor o a la aprobación judicial, so pena de nulidad (arts. 134 a 136). Sin embargo, la admisión a trámite sí implicaba la paralización de las ejecuciones individuales de los acreedores, salvo las de las garantías reales (art. 139).

Se establecían como órganos del concordato el Juez de Primera Instancia, el Interventor (no profesional, acreedor, con funciones básicamente fiscalizadoras) y la Junta General de Acreedores, en cuya sede se residenciaba la deliberación y aprobación del *concordato* propuesto por el deudor, previas las operaciones de preparación del concordato (comprobación de la situación patrimonial, financiera y económica del deudor y sus negocios, a cargo del interventor y plasmado en su Informe).

La totalidad de los acreedores se incluían en el pasivo del deudor, pero se reconocía a favor de algunos un derecho de abstención (*v. gr.* alimentos o trabajo personal) que, una vez ejercitado, les excluía de lo acordado en el concordato (art. 153). El contenido del concordato se ceñía a la espera en el pago de los créditos por plazo máximo de dos años o la cesión total o parcial de bienes del deudor (dación para pago, incluida la de la propia empresa), estando expresamente prohibida la quita o rebaja (arts. 169 a 172).

En el tratamiento de los intereses se establecía que «*los créditos pendientes contra el deudor devengarán el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero desde la fecha en que según la obligación hubieren vencido. Los intereses vencidos no devengarán interés*» (art. 140). La norma, que contra lo que se establecía para el caso de concurso de acreedores, no paralizaba el curso de los intereses y, claramente, se refería a los intereses moratorios de los créditos ya vencidos, encontraba su explicación en la premisa de la suficiencia patrimonial y en la finalidad del procedimiento que, igualmente, justificaba el veto legal al establecimiento de quitas. En lo que respecta a los intereses [retributivos y moratorios] devengados con anterioridad a la admisión a trámite, quedaba claramente establecido que el importe de los créditos se determinaba computando tanto el principal como «*los intereses legales o convencionales devengados hasta la fecha de admisión de la propuesta de concordato, las penas convencionales y*

las demás prestaciones accesorias» (art. 154). En fin, en los efectos del concordato se disponía expresamente que *«durante el tiempo de la espera, los créditos devengarán el interés convenido o, en su defecto, el interés legal desde la fecha de su vencimiento, salvo pacto en contrario»*, por lo que la espera acordada en el concordato era retribuida, salvo que expresamente se estableciera otra cosa.

El Anteproyecto de 1959, además de las dificultades propias de conciliar en el sistema, o priorizar, los intereses antagónicos afectados y las de carácter técnico, hubo de enfrentarse, como ya fue señalado, a la coyuntura de la quiebra de la *Barcelona Traction*. Ésta dio lugar al planteamiento ante el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya de una reclamación formulada por el Gobierno belga frente al español, sobre la base de una pretendida denegación de justicia de los Tribunales de España en el procedimiento de quiebra. Por ello, devino inoportuna la tramitación normativa del Anteproyecto, pues podía interpretarse como el reconocimiento oficial de la imperfección y obsolescencia de las normas concursales afectadas por la reforma proyectada⁶⁰³. Años después (1973), cerrado el caso, se intentó retomar el texto del Anteproyecto creándose un grupo de trabajo en la Secretaría Técnica del Departamento de Justicia. También la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, bajo presidencia de Garrigues, designó (1976) un grupo de trabajo para revisar el Anteproyecto. Pero, en cualquier caso, aquellos intentos no prosperaron y el texto de 1959 pasó a la historia de la reforma, no obstante lo cual algunas de sus propuestas son germen de la regulación actual.

B) EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 1983

Dos Órdenes Ministeriales de 17 de mayo de 1978 crearon, en el seno de la Sección segunda de la Comisión General de Codificación, sendas Ponencias especiales, de idéntica composición, encargadas de redactar, respectivamente, la Ley de Bases y un Texto Articulado de un nuevo Anteproyecto de Ley Concursal⁶⁰⁴. El texto articulado fue revisado y aprobado por las secciones de Derecho Mercantil, Civil y Procesal, publicado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia el 27 de junio de

⁶⁰³ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español», *est.cit.*, p. 1647.

⁶⁰⁴ Dichas ponencias estaban presididas por Manuel Olivencia Ruiz, e integradas como vocales por el Magistrado Luis Vacas Medina y los profesores Jorge Carreras Llansana, Ángel Rojo Fernández-Río y Guillermo Jiménez Sánchez. Se trataba de establecer dos fases en la tarea; la primera, de redacción de las bases; y, una vez redactadas y aprobadas por el Pleno de la Sección, la segunda de elaboración del texto articulado del Anteproyecto.

1983 y sometido a un amplio debate público⁶⁰⁵.

El Anteproyecto de 1983 mantenía la unidad legal –regulación unitaria de los aspectos materiales y formales, sustantivos y procesales– y de disciplina –aplicación a todos los deudores, con independencia de su carácter civil o mercantil–, incorporando la unidad de sistema mediante un único procedimiento, adaptable a las diversas situaciones que reclaman soluciones concursales. La finalidad básica del procedimiento no era la liquidación del patrimonio del deudor, sino la conservación de las unidades patrimoniales productivas con las modificaciones de estructura y gestión que resultaran necesarias para salvar o reconstituir su eficiencia. La liquidación, por tanto, pasaba a ser una solución subsidiaria a la preferida del convenio, cuando éste no pudiera lograrse o fracasara. Además, se introducía una tercera vía de solución a la crisis, sin necesidad de liquidación y una vez abierta ésta en ausencia de convenio: *la gestión controlada*.

Con el propósito de anticipar la declaración de concurso a un momento en el que aún fuera posible salvar la empresa, se establecía como presupuesto objetivo la situación de «crisis económica del deudor» (art. 1), es decir, «un estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos» (EM). Respecto a los órganos, se fortalecían las funciones judiciales, con jurisdicción exclusiva y excluyente sobre el patrimonio del deudor y amplio arbitrio en la dirección del procedimiento, así como el papel de la sindicatura, de carácter profesional, perdiendo la Junta de acreedores alguna de sus clásicas competencias (*v. gr.* el reconocimiento y clasificación de los créditos, que se atribuía al Juez). Se categorizaban cuatro grupos de acreedores, en función de sus créditos (públicos, laborales, privilegiados y ordinarios), con una drástica poda de privilegios en defensa de la *par conditio creditorum*. En orden a los efectos, pasaba a ser excepcional la inhabilitación del deudor, procediendo sólo cuando la acordara el Juez o se abriera la liquidación, y se mantenía la actividad económica del deudor y los demás efectos coherentes con ella (mantenimiento y rehabilitación de contratos, vigencia y exigibilidad de las obligaciones recíprocas, *etc.*), dada la preeminencia del convenio. La calificación del concurso se reducía a ser éste fortuito o culpable.

Conforme a esas opciones de política legislativa, el crédito por intereses se incardina en el sistema contemplándose sólo la suspensión de su devengo, haciéndolo además en el precepto que regulaba la forma de computar los créditos a los efectos de determinación de la masa pasiva. Así, el artículo 170 disponía: «A los efectos de la determinación de la masa pasiva, los créditos contra el deudor se computarán en dinero conforme a las reglas siguientes: 1ª. Los créditos vencidos a la fecha de la declaración se computarán por el principal e intereses devengados. Desde la fecha de la declaración quedará interrumpido el curso de los intereses, salvo los hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía. 2ª Los créditos aplazados se

⁶⁰⁵ El texto íntegro del Anteproyecto de 1983 puede consultarse en AA.VV., «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, marzo 1985, pp. 279-357.

computarán por su importe íntegro más los intereses devengados hasta la fecha de la declaración. Los intereses correspondientes a cantidades aplazadas quedarán interrumpidos o se deducirán, según proceda. Los créditos aplazados que no devenguen intereses sufrirán la deducción del interés legal correspondiente al tiempo que medie entre la fecha de la declaración del concurso y la de su vencimiento (...)»

Del análisis de este precepto interesa destacar cómo, dada la finalidad básica configuradora del sistema –no la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común–, se prescindía del vencimiento anticipado coactivo propio del régimen concursal entonces vigente, que respondía a parámetros opuestos –liquidativos–, y cómo, con ello, éste sólo se producía en caso de apertura de la liquidación (art. 242.2º). Por tanto, la suspensión del devengo de intereses tenía lugar a «los solos efectos de la determinación de la masa pasiva», en consonancia con esa nueva concepción concursal que implicaba, también, la mera intervención por el síndico de los actos del deudor (art. 140) –que sólo quedaba inhabilitado y sustituido si se abría la liquidación (art. 143) –, la continuación del deudor en el ejercicio de su actividad económica (art. 145), la opción del mantenimiento de la vigencia de las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (art. 174), el mantenimiento de ciertos contratos, incluidos los laborales (arts. 175 y 176), incluso la posibilidad de rehabilitación de ciertos contratos (art. 177).

El propio artículo 170 ALC 1983 dejaba claro que los intereses devengados con anterioridad a la declaración de concurso se computaban junto al principal. De otro lado, en sede de convenio se establecía que «salvo pacto en contrario, durante el tiempo de espera los créditos devengarán el interés convenido en cada caso o, en su defecto, el interés fijado por la ley para la ejecución de sentencia» (art. 236) y, en caso de liquidación, que «los intereses de los créditos que hayan dejado de correr a consecuencia de la declaración judicial de concurso podrán ser exigidos al deudor una vez concluido el procedimiento, salvo que en el convenio se hubiese pactado expresamente la condonación de tales intereses» (art. 330).

Se observa, pues, cómo con unas premisas sistémicas semejantes a las del régimen instaurado por la LC –procedimiento único flexible apto para concluir en convenio o en liquidación, según la situación patrimonial del deudor, en el que la declaración concursal no implica, por sí sola, ni la extinción de las obligaciones contractuales, ni su vencimiento anticipado, ni otras consecuencias propias de sistemas liquidatorios–, sin embargo, difiere sustancialmente en ambos textos el tratamiento concursal dado a los intereses. Y es que, en el ALC 1983, los intereses vencidos a la declaración de concurso recibían el mismo tratamiento que el principal (art. 170.1); en caso de espera, se preveía

expresamente el mantenimiento del devengo, incluso *ope legis*, de intereses retributivos (art. 236); los intereses dejaban de devengarse tras la declaración a los *solos* efectos del cómputo del pasivo (art. 170.2) y, por ser éste un efecto meramente práctico, los intereses *supendidos* se podían exigir al deudor una vez concluido el concurso, salvo que éste terminara por convenio y el mismo contemplara, expresamente, su condonación. Era, por tanto, una suspensión de su exigibilidad, que no de su devengo, coherente con el sistema proyectado.

C) EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 1995 (PROPUESTA ROJO)

Aparte de la dialéctica científica que siempre suscita la regulación de esta materia, el ALC1983 fue víctima también de las prioridades políticas y de los cambios ministeriales, no llegando a ser remitido como Proyecto de Ley a las Cortes Generales⁶⁰⁶. No obstante, el Ministerio de Justicia lo consideró un texto de referencia, que debía mantenerse actualizado, por lo que la misma Ponencia especial que lo redactó fue encargada, primero de su revisión (1985), más tarde de la redacción de un «Anteproyecto de Ley por el que se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley sobre el concurso de acreedores» (1987). La Ponencia consideró el método de la delegación legislativa, mediante Ley de Bases (art. 82 CE), el más adecuado para soslayar los escollos parlamentarios propios de proyectos tan técnicos y complejos como el de una ley concursal. Sobre la base del texto articulado de 1983, indujo y redactó el *Anteproyecto de Ley de Bases*, aprobado el 24 de marzo de 1987.

Tampoco el cambio de técnica legislativa consiguió desbloquear la situación. Tras una pausa de cinco años, se dispuso por orden ministerial la actualización y revisión del Borrador de Anteproyecto de Ley Concursal –en forma de Bases y texto articulado–, teniendo en cuenta las orientaciones del Derecho comunitario en la materia. Designados los mismos miembros de la anterior Ponencia Especial, éstos procedieron a revisar el Anteproyecto de Ley de Bases que fue remitido, en febrero de 1993, a la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación. Fue en el seno de ésta donde surgió la discusión sobre si el encargo recibido del Ministerio permitía o no introducir en el Anteproyecto de 1983 las modificaciones sustanciales que algunos proponían –*v. gr.* vuelta a la dualidad de procedimientos, con los consecuentes cambios en el presupuesto objetivo– lo que abocó a la suspensión de los trabajos hasta que el Ministro que había de surgir de las elecciones del 6 de junio de 1993 aclarara los términos del encargo.

En junio de 1994 el Ministro de Justicia Belloch comunicó al Presidente de la

⁶⁰⁶ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español», *est.cit.*, p. 1649.

Sección los *Criterios básicos de elaboración de un nuevo Anteproyecto de Ley Concursal* contenidos en 18 puntos⁶⁰⁷. La Sección segunda afrontó el encargo, designando al profesor ROJO como redactor de una propuesta que habría de ser sometida al informe de una Ponencia especial formada por el proponente y los profesores Olivencia y Jiménez-Sánchez y, posteriormente, a la revisión de la Sección segunda, ampliada con la participación de vocales de otras secciones⁶⁰⁸.

La *propuesta* redactada por el Profesor ROJO fue presentada el 12 de diciembre de 1995, conteniendo una Exposición de Motivos y 298 artículos. Seguía, en lo esencial, los criterios diseñados por el Ministerio, matizándolos o introduciendo alguna desviación en algunos casos⁶⁰⁹, y mantenía como postulados fundamentales la unidad legal y de disciplina, pero continuaba contemplando una dualidad de vías procedimentales: el concurso de acreedores y la suspensión de pagos.

a) *El concurso de acreedores*

El *concurso de acreedores* se concebía como medio para tratar las situaciones de *insolvencia*, entendida en un sentido amplio como equivalente del imposible cumplimiento puntual de las obligaciones, por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito (art. 2). Por tanto, el concurso se concebía no sólo como expediente liquidatorio, sino también como solución a situaciones resolubles, sin necesidad de liquidación, mediante un convenio basado en un concreto plan de continuación de la

⁶⁰⁷ Son sus rasgos esenciales los siguientes: (i) mantenimiento de los principios de unidad legal y de disciplina; (ii) abandono de la unidad de sistema al postularse la regulación de dos procedimientos distintos: la suspensión de pagos y el concurso de acreedores; (iii) establecimiento de presupuesto objetivo dual: insolvencia para el concurso de acreedores, iliquidez para la suspensión de pagos; (iv) proclamación de distintas finalidades de los procedimientos, tendiendo el concurso a la satisfacción de los acreedores mediante la liquidación del patrimonio del deudor común y la suspensión de pagos a la consecución de un convenio de continuación de la actividad del deudor, con prohibición expresa de los convenios esencialmente liquidatorios; (v) jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso que deberá reunir conocimientos en materia concursal y mercantil; (vi) mantenimiento con intervención de las facultades de administración y disposición del deudor en la suspensión de pagos y suspensión de las mismas en el caso del concurso de acreedores, con la participación de órganos de administración concursal profesionalizados; (vii) la declaración judicial, tanto de concurso como de la suspensión de pagos, producirá la interrupción del curso de los intereses, salvo respecto de los créditos hipotecarios y pignoraticios hasta donde alcance la respectiva garantía; (viii) postergación legal de determinados créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor.

⁶⁰⁸ Los criterios ministeriales y la Propuesta de Rojo en que consistían los *Materiales para la Reforma de la Legislación concursal* fueron publicados como Suplemento al número 1768 del Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior de 15 de febrero de 1996, para propiciar un amplio debate público que contribuyera a la configuración definitiva del futuro Derecho concursal español. OLIVENCIA, M., «La Reforma del Derecho Concursal», *est. cit.*, p. 13 pone de manifiesto cómo resultó de apresurada dicha publicación, pues la Propuesta Rojo no había pasado ni siquiera el trámite de la Ponencia revisora lo que, achacado a las prisas electorales, produjo malestar en la Comisión General de Codificación.

⁶⁰⁹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español», *est. cit.*, p. 1651; OLIVENCIA, M., «La Reforma del Derecho Concursal», *est. cit.*, p. 13.

actividad económica del deudor.

Se articulaban varios mecanismos para conseguir anticipar el momento de apertura del procedimiento (v. gr. la obligación de solicitud –art. 6– o el privilegio del acreedor instante –art. 125.1.7º–). En cuanto a los efectos concursales, se preveía la posibilidad de que el concursado viera meramente intervenidas –por tres interventores– o bien suspendidas sus facultades patrimoniales –sustituido por tres síndicos– (art. 46); los contratos pendientes de ejecución se mantenían en vigor hasta la aprobación de un convenio de no continuación de la actividad o la apertura de la liquidación, salvo ejercicio en breve plazo preclusivo, por alguna parte, de un específico procedimiento contradictorio de resolución contractual (art. 72); se declaraba la regla general del mantenimiento de la actividad del deudor (art. 86) y, además, se disponía la posible rehabilitación de ciertos contratos necesarios para desarrollarla (arts. 87 a 89). En materia de calificación de créditos, junto a los créditos de la masa activa (arts. 103 a 105) se encontraban los créditos concursales, que se clasificaban en privilegiados, ordinarios y *legalmente postergados* (art. 122). Los titulares de éstos últimos –de reducido elenco (art. 126)–, en caso de convenio, no eran privados del derecho al voto más que en el caso de tratarse de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 140), si bien su voto sólo era tenido en cuenta para formar las mayorías en los casos de convenios menos gravosos (art. 159); una vez aprobado el convenio, desplegaba idéntica eficacia novatoria en éstos créditos y en los ordinarios (art. 173). En caso de liquidación, que producía el vencimiento anticipado de todos los créditos (art. 186) y la resolución de los contratos (art. 187), la especialidad establecida para los subordinados era el cobro tras la íntegra satisfacción de los créditos ordinarios. Por tanto, el rasgo que configuraba a los créditos legalmente postergados en esta propuesta era, esencialmente, la postergación en el cobro⁶¹⁰.

En este procedimiento, de un lado, los intereses quedaban suspendidos como efecto de la declaración de concurso [«desde la declaración de concurso quedará suspendido el curso de los intereses, legales o convencionales, salvo los créditos hipotecarios y los pignoraticios hasta donde alcance la respectiva garantía» (art. 68)], de otro, eran legalmente postergados al incluirse en el número primero del elenco los «créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los créditos hipotecarios y los pignoraticios hasta donde alcance la respectiva garantía» (art. 126.1).

Es este texto, pues, el que por primera vez yuxtapone la regla de la suspensión del devengo de intereses, propio de la tradición concursal española en los procedimientos liquidatorios (arts. 1916 Cc y 884 CCom), con la postergación legal del crédito por intereses, importada de ordenamientos extranjeros. Además, aquella primera regla se acoge sin las consideraciones previstas en el ALC1983: previsión de mantenimiento de intereses en caso de esperas en convenio y reactivación de los intereses en caso de

⁶¹⁰ De hecho, tanto era ese el rasgo definitorio que en la Exposición de Motivos (II.2) de la Propuesta Rojo se hacía referencia a que se «se hace entrada en el Derecho español la categoría de los acreedores legalmente postergados –o acreedores subordinados a la satisfacción de los acreedores ordinarios– categoría que toma como referencia básica la existencia de una estrecha relación entre el deudor y el acreedor».

liquidación, salvo condonación expresa.

No queda claro si la propuesta pretendía postergar el crédito de intereses devengados con anterioridad a la declaración de concurso –lo que supondría una extravagancia respecto de los ordenamientos que sirvieron de modelo–, ya que la norma que la establecía no contenía ninguna referencia temporal. Sin embargo, lo que sí se concluye del análisis sistémico es que las consecuencias de la postergación del crédito por intereses de entonces, a diferencia de las de la subordinación de ahora, se limitaban, prácticamente, a la solución de liquidación, en la que se producía la relegación en el cobro y en la que, por el vencimiento anticipado de los créditos, los intereses retributivos dejaban de tener sentido. En la solución de convenio, sin embargo, la postergación del crédito por intereses era casi irrelevante, al ser idéntica la eficacia novatoria del convenio para los créditos afectados por él y no resultar los titulares de créditos por intereses privados del derecho al voto⁶¹¹.

b) La suspensión de pagos

La *suspensión de pagos* se configuraba con carácter restrictivo para deudores con activo manifiestamente superior a su pasivo que aún no hubieran incumplido global y significativamente sus obligaciones (art. 271). El expediente se desjudicializaba en parte, puesto que se constituía la situación mediante acta notarial que había de ser inscrita en el Registro Mercantil y publicada en el BORME, reduciéndose las competencias esenciales del Juez a las de resolver impugnaciones, el nombramiento –en ciertos casos– de interventor y –en su caso– la aprobación del convenio.

La solicitud del deudor debía acompañarse necesariamente de una propuesta de convenio, cuyo contenido estaba limitado a una espera no superior a tres años, sin quita alguna y, teniendo como presupuesto necesario la continuación de la actividad del deudor, había de acompañarse de un plan de financiación. Los acreedores habían de ser clasificados por el deudor, en la relación que de tales había de acompañar a su solicitud, conforme a las clases establecidas para el concurso de acreedores, pudiendo ser objeto de discusión judicial la calificación otorgada (art. 280). Para la aprobación de esta propuesta se exigía la adhesión –registral– de acreedores titulares de los dos tercios del pasivo ordinario (art. 287) y la espera pactada (único contenido posible) afectaba por igual a todos los acreedores ordinarios y postergados.

En materia de intereses, también se preveía aquí la suspensión de su curso desde la publicación de la suspensión de pagos con una disposición semejante a la establecida para el concurso de acreedores (art. 283). Se mantenía también la calificación del

⁶¹¹ Se encuentra explicación en que como la figura se traspone del ordenamiento alemán que la incardina en un procedimiento liquidatorio, los efectos proyectados se extendían a la fase liquidatoria del concurso.

crédito de intereses como legalmente postergado y, aun cuando sus titulares no tenían vedada la adhesión a la propuesta de convenio formulada por el deudor, tales créditos no eran computados para la formación de la mayoría necesaria para su aceptación. No teniendo el procedimiento otra finalidad que la de convenir una espera máxima de tres años y no estableciéndose ninguna especialidad para las esperas de los créditos legalmente postergados, habría de estarse al contenido del convenio para determinar si estos créditos aplazados producían intereses o no y, en su caso, si se reactivaban o no los suspendidos como efecto de la declaración.

D) EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 2001

En el inicio de la VI legislatura (1996-2000), la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación tenía aún pendiente la revisión de la Propuesta Rojo. Ésta no se llegó a realizar al constituirse dentro de la Comisión General de Codificación, por Orden de 23 de Diciembre de 1996, una Sección Especial para la Reforma Concursal, de carácter interdisciplinario, a la que se encomendó la elaboración de una propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal y la modificación, en su caso, de la LOPJ y demás normas que resultara necesario⁶¹².

En los trabajos desarrollados entre 1997 y 2000, esta Sección Especial no se limitó a revisar la Propuesta de 1995 –que muchos de los vocales rechazaban–, sino que fue más lejos, configurándose el sistema que se consideró más oportuno⁶¹³. Frutos de tales

⁶¹² ROJO, A., «La Reforma del Derecho concursal español», *est. cit.*, p. 90 recoge la composición de dicha Ponencia especial constituida por doce miembros, con presencia de mercantilistas (los catedráticos Olivencia, Jiménez Sánchez, Iglesias Prada y Rojo y el abogado Palao Menor), civilistas (el Notario Blanquer y los Registradores Chico Ortiz, Poveda Díaz y Sarmiento Ramos) y procesalistas (los catedráticos Carreras Llansana y Fernández López y el profesor Cons García), incorporándose posteriormente Alonso Ureba, Balsa Pascual, González-Moya, Rodríguez de Mondelo, Piñael López y Virgós Soriano.

⁶¹³ Para una exposición detallada del proceso de elaboración del Proyecto de Ley Concursal JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español», *est.cit.*, p. 1653 y CONS GARCÍA, F.J., «Novedades procesales en la reforma concursal», *Estudios Olivencia*, t. III, pp. 3469-3502, pp. 3470-3474. ROJO, A., «La Reforma del Derecho concursal español», *est. cit.*, pp. 90 y 91 hace un interesante resumen de las fases de los trabajos de la Sección especial y los avatares de las distintas posiciones contrapuestas mantenidas en su seno, que exigieron lo que parece describirse como un auténtico encaje de bolillos. También el mismo profesor Olivencia en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior en su sesión celebrada el día 29 de octubre de 2002 como Presidente de la Sección Especial, explica cómo el arduo, difícil y complejo trabajo de más de tres años, fue efectuado por una comisión de expertos multidisciplinar nombrada por la Ministra de Justicia que no sólo estaba integrada por juristas de diversas profesiones -notarios, registradores, abogados del Estado, abogados en ejercicio y cargos de la Administración pública- sino también por profesores y economistas; cómo actuaron, a diferencia de la propuesta del profesor Rojo –que recibió y se atuvo a unos criterios básicos dictados por el entonces Ministro de Justicia, Sr. Belloch- sin un mandato imperativo del Gobierno y cómo el resultado de los trabajos se hizo sobre la base de actuación colegiada, de la voluntad mayoritaria sin imposiciones de clase alguna. *Vid.* Diario de Sesiones de la Comisión de Justicia e Interior disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_604.PDF [última consulta 11/XII/13]

trabajos fueron el *Anteproyecto de Ley Concursal* y el *Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal*, entregados al Ministerio de Justicia el 17 de noviembre de 2000⁶¹⁴. La Secretaría General Técnica del Ministerio introdujo importantes modificaciones en los textos, cuya versión fue difundida el 5 y 7 de septiembre de 2001⁶¹⁵. Sometidos al preceptivo trámite de información, fueron emitidos los dictámenes e informes de las distintas instituciones y estamentos, siendo de destacar el del Consejo de Estado, de 21 de marzo de 2002, el del Consejo Económico y Social, de 7 de noviembre de 2001, y el del Consejo General del Poder Judicial, de 6 de noviembre de 2001. A la luz de tales dictámenes y a la vista de las modificaciones solicitadas por distintos Ministerios, surgieron los Proyectos de Ley Concursal y de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, aprobados por el Consejo de Ministros, en su reunión del día 5 de julio de 2002, con entrada en el Congreso el día 17 de julio; fueron publicados en el BOCG el día 23 de julio de 2002⁶¹⁶.

En el trámite parlamentario fueron presentadas por los distintos grupos parlamentarios múltiples enmiendas⁶¹⁷. La Ponencia en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados⁶¹⁸ elaboró su Informe, presentado a la Comisión y publicado el 24 de marzo de 2003, que introdujo modificaciones en el texto del

⁶¹⁴ ROJO, A., «La Reforma del Derecho concursal español», *est. cit.*, p. 91, nota 11 da cuenta de que previamente hubo una primera versión del Anteproyecto de Ley Concursal fechado el mes de octubre de 2000 del que se modificaron ligeramente la Exposición de Motivos y algún artículo. Los textos entregados por la Sección especial no fueron objeto de publicación oficial. Una versión anterior, de 30 de marzo de 2000 fue publicada en la revista *Derecho de los Negocios* núm. 126 (marzo de 2001), pp. 96 a 120 y núm. 127 (abril 2001) pp. 98 a 126. FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, p. 48 añade las referencias a un Borrador de Anteproyecto de 1999, y otro del mes de octubre de 2000 a cuyos contenidos no se ha tenido acceso.

⁶¹⁵ Ambos textos se encuentran reproducidos en AA.VV. *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dir. GARCÍA VILLAVARDE R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. Universidad Rey Juan Carlos-Universidad de Almería, editorial Diles, Madrid, 2002. El Anteproyecto de Ley Concursal fue publicado en la revista *Derecho de los Negocios*, núm.134 (noviembre 2001) pp. 86-164.

⁶¹⁶ BOCG, Congreso, Serie A, núm. 101-1, 23 de julio de 2002, pp. 1-70. (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-01.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁶¹⁷ BOCG, Congreso, Serie A, número 101-15, 2 de diciembre de 2002, pp. 97 y ss (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-15.PDF) [última consulta 11/XII/13] cuyo índice se encuentra en el BOCG, Congreso, Serie A, número 101-16, de 10 de diciembre de 2002, pp. 347 a 368 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-16.PDF) [última consulta 11/XII/13]

⁶¹⁸ Cuyos ponentes fueron D. Andrés José Ayala Sánchez (PP-GP), D. Jaime Javier Barrero López (PSOE-GS), Dña. Carmen del Campo Casasús (PSOE-GS), Dña. Begoña Lasagabaster Olazábal (EA-GMx), D. Jesús López-Medel Báscones (PP-GP), D. Carlos Mantilla Rodríguez (PP-GP), D. Luis Mardones Sevilla (Cc-GCC), D. Luis Carlos Rejón Gieb (IU-GIU), D. Manuel José Silva i Sánchez (CiU-GC-CiU) y Dña. Margarita Uría Etxebarria (EAJ-PNV-GV-PNV). Dña. Carmen del Campo fue sustituida en el Informe de la Ponencia por D. Joaquín Manuel Sánchez Garrido (conforme la corrección de error del Informe de la Ponencia, BOCG, Congreso, Serie A, número 101-18, 27 de marzo de 2003, p. 445).

Proyecto de Ley que quedó redactado en los términos que se contienen en su Anexo⁶¹⁹. Dicho Informe fue sometido a la consideración de la Comisión de Justicia e Interior, quien elevó a la Presidencia de la Cámara el correspondiente dictamen con el texto del Proyecto que habría de continuar la tramitación parlamentaria⁶²⁰. Los grupos del Congreso mantuvieron las enmiendas que aconsejaba la versión del Proyecto elevado a la Cámara, siendo aprobado su texto en el Pleno del Congreso, en su sesión del día 3 de abril de 2003⁶²¹.

El texto aprobado por el Congreso de los Diputados pasó al Senado donde, tras la presentación de las enmiendas⁶²² y previo el informe de la Ponencia⁶²³, se adoptó un nuevo texto en el Dictamen de la Comisión de Justicia⁶²⁴. Este texto, previa su modificación por una propuesta firmada por todos los grupos parlamentarios y aceptada por asentimiento de la Cámara⁶²⁵, fue aprobado en el Pleno del Senado el 11 de junio de 2003 (con sólo 3 votos en contra)⁶²⁶ y devuelto y remitido con el correspondiente mensaje motivado al Congreso de los Diputados que, finalmente, aceptó las enmiendas del Senado y lo aprobó en Pleno el día 19 de junio de 2003 (por 285 votos a favor y 1 abstención)⁶²⁷. La Ley Concursal fue sancionada por el Rey el 9 de julio de 2003 y

⁶¹⁹ BOCG, Congreso, Serie A, número 101-17, 24 de marzo de 2003, pp. 370-444 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-17.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁶²⁰ BOCG, Congreso, Serie A, número 101-19, 1 de abril de 2003, pp. 447-522 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-19.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁶²¹ Diario de Sesiones del Congreso, núm. 242, 3 de abril de 2003, pp. 12.375 a 12.399 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_242.PDF) [última consulta 11/XII/13] y BOCG, Congreso, Serie A, número 101-22, 11 de abril de 2003, pp. 527 a 601 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-22.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁶²² BOCG, Senado, Serie II, número 120 (c), 9 de mayo de 2003, pp. 93-249 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/BOCG/II/II0120C.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁶²³ BOCG, Senado, Serie II, número 120 (d), 27 de mayo de 2003, pp. 251-360 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/BOCG/II/II0120D.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁶²⁴ BOCG, Senado, Serie II, número 120 (e), 4 de junio de 2003, pp. 361-453 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/BOCG/II/II0120E.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁶²⁵ Pleno del Senado, sesión del día 11 de junio de 2003, Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, p.8662 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/DS/PL/PS0140.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁶²⁶ BOCG, Senado, Serie II, número 120 (f), 17 de junio de 2003, pp. 455-547 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/SEN/BOCG/II/II0120F.PDF) [última consulta 11/XII/13].

⁶²⁷ Diario de Sesiones del Congreso, Pleno y Diputación permanente, número 261, 19 de junio de 2003, p. 13.515 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_261.PDF) [última consulta 11/XII/13]. El texto definitivamente aprobado fue publicado en BOCG, Congreso, Serie A, número 101-24, de 27 de junio de 2003, pp. 765-842 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-24.PDF) [última consulta 11/XII/13].

publicada en el Boletín Oficial del Estado número 164, de 10 de julio de 2003⁶²⁸.

En materia de intereses, salvo los matices considerados en los correspondientes capítulos de esta memoria, la tramitación parlamentaria de la LC no arrojó grandes diferencias con los textos proyectados.

Las líneas generales de política legislativa que emergen del Proyecto de Ley Concursal, primero, y de la Ley Concursal, después, no son unitarias, ni coherentes en algunos aspectos, apreciándose la existencia de contradicciones importantes con sus principios generales. Efectivamente, la LC es fruto directo del Proyecto de Ley Concursal de 2002, el cual es un híbrido que, con cierta perspectiva desde el régimen derogado y la práctica concursal existente, combina el *Anteproyecto de Ley Concursal* (1983) y la *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* (1995), los cuales responden a postulados muy diferentes. Mientras que el Anteproyecto de 1983 se inspiraba en la filosofía de la conservación de la empresa, la Propuesta de 1995 transitaba hacia una función del procedimiento primordialmente solutoria. La combinación de los elementos normativos de uno y otro texto exigía un especial cuidado, valorando en cada caso si el incorporado respondía a una o a otra *filosofía*⁶²⁹. Precisa y especialmente en el tratamiento concursal de los intereses, tal valoración parece que fue obviada, dada la falta de engranaje entre piezas normativas derivadas de la legislación anterior – suspensión del devengo de intereses– y de los ordenamientos foráneos –subordinación crediticia–, yuxtaponiendo incluso instituciones que vienen a cumplir en el sistema de origen idénticas finalidades: evitar que la continuación del devengo de intereses *moratorios* diluya las expectativas de cobro del principal de créditos que merecen mejor estima legislativa.

4. LA INCARDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES EN EL SISTEMA CONCURSAL INSTAURADO POR LA LEY 22/2003, DE 22 DE JULIO

Dado que ciertas instituciones concursales sólo tienen explicación en una determinada concepción sistémica, careciendo de ella en la contraria, se analizan a continuación los elementos basales del sistema concursal que repercuten en la lectura e interpretación de los preceptos que condensan el tratamiento concursal del crédito por

⁶²⁸ Se detiene en este punto el análisis de los antecedentes históricos de la vigente legislación concursal en el entendimiento de que respecto del itinerario parlamentario de los Proyectos de Ley no ha de detenerse más que en las cuestiones atinentes al tratamiento concursal del crédito por intereses objeto propio de este trabajo, lo que ya se ha efectuado al analizar, respectivamente, la institución de la suspensión del devengo de intereses (*vid. supra* cap. 1º.III.3, p. 149) y la subordinación del crédito por intereses (*vid. supra* cap.2º.V.2, p. 271).

⁶²⁹ ROJO, A., «La Reforma del Derecho concursal español», *est. cit.*, pp. 102-103.

intereses⁶³⁰.

A) EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

En el frontispicio de las bases que asientan el sistema concursal español se encuentra el *principio de universalidad*, constante en todos los antecedentes de la LC y en los sistemas comparados: universalidad de la masa activa, a la que se incorporan todos los bienes y derechos embargables del concursado (art. 76), y de la masa pasiva («declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de hecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes», art. 49 LC). Se impide así que, una vez declarado el concurso, los acreedores concursales puedan pretender individual y separadamente la satisfacción de sus créditos, llegándose a prever, incluso, la temporal paralización de las ejecuciones de garantías reales (arts. 56 y 57 LC).

Los créditos aplazados y pendientes de vencimiento a la fecha de la declaración de concurso no quedan al margen de la consideración de créditos concursales y sus titulares resultan también conminados a concurrir a la universalidad del procedimiento y al sometimiento a la ley del concurso. Se suscita esta cuestión, que bien pudiera parecer superflua y meramente retórica, por plantearse con frecuencia en la práctica lo contrario. Pero la respuesta no admite duda alguna, hasta el punto que la propia norma regula expresamente la situación que corresponde a los acreedores futuros tanto en la fase común, como en el convenio o en la liquidación⁶³¹.

⁶³⁰ En materia de principios y elementos basales del sistema de la LC resulta interesante la calificación que de sus pilares efectúa ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho concursal*, 2ª edición, La Ley, 2009. Distingue pilares de estilo –principios de unidad legal, de disciplina y procedimiento–; pilares estructurales –principio de universalidad del concurso, la *vis attractiva concursus* y la *par condicio creditorum*–; pilares funcionales –eficiencia económica, estructura simple y flexible y eficacia procedimental– y pilares ideológicos –vocación solutoria, judicialización absorbente y sustitución de lo represivo por lo reparador–.

⁶³¹ Así, el artículo 88.4 LC que establece una regla especial, a los efectos de su reconocimiento, para los créditos concursales «que tuvieran por objeto prestaciones dinerarias futuras» cuyo cómputo se realizará por su valor a la fecha de la declaración de concurso, actualizándose conforme al tipo de interés legal vigente en ese momento. Ese importe, así determinado con el correspondiente descuento, servirá en la fase de convenio tanto para situar el peso relativo del acreedor en la formación de la voluntad de la masa pasiva como para calcular el importe a percibir en caso de convenio, dada la prohibición de convenios que alteren «la cuantía [de los créditos] fijada en el procedimiento» (art. 100.3 LC). En cuanto a la liquidación, el artículo 159 LC también prevé el descuento, conforme al interés legal, de un crédito que en liquidación se pagara antes del momento de su vencimiento contractual o legal, sobre todo lo cual habrá de volverse.

B) LA UNIDAD DE SISTEMA Y LA FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y SUS EFECTOS

El *principio de unidad de sistema* determina la existencia de un único procedimiento –el *concurso*– sea cual fuere la situación patrimonial del deudor. Este procedimiento se estructura sobre una ineludible fase común, continuada de otra, bien de convenio del deudor con los acreedores, bien, alternativa o sucesivamente, de liquidación del patrimonio concursal. Premisa de ello, declarada en la propia EM (II y III) de la LC, es el carácter flexible de este procedimiento, que permita su adecuación a diversas situaciones y soluciones a través de las cuales poder alcanzar la *satisfacción de los acreedores*, declarada expresamente como la auténtica finalidad esencial del concurso.

La flexibilidad aflora tanto en la propia estructura del procedimiento como en el régimen de los distintos efectos derivados de la declaración de concurso, que se articulan según su funcionalidad. En este sentido, los efectos que se despliegan –sea sobre el deudor, los acreedores, los contratos o los actos perjudiciales para la masa activa– se reducen a los beneficiosos para la normal tramitación del procedimiento, con el alcance que éste exija, dotándose al Juez de un amplio margen de discrecionalidad para acordarlos en la extensión pertinente. En lógica consonancia con un procedimiento que no se encuentra necesariamente abocado a la liquidación del patrimonio del deudor, el sistema no asocia automáticamente a la declaración de concurso la paralización de la actividad que viniera desarrollando el deudor (art. 44 LC), ni la pérdida de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 LC) ni, por tanto, el vencimiento anticipado de los créditos, que sólo se produce con la apertura de la liquidación (art. 146 LC).

C) EL MANTENIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS Y LAS CONSECUENCIAS DE SU FALTA DE CUMPLIMIENTO

La eventual posibilidad de una solución convenida del concurso hace que la declaración de éste no afecte, como regla general, a la vigencia de los contratos, ni produzca su resolución automática, de modo que las partes continúan obligadas a cumplirlos, si no lo hubieren hecho ya (art. 61 LC). El contrato subsiste, según las condiciones pactadas y el régimen legal propio del tipo contractual, sin que, salvo casos especiales, quepa pactar que la declaración de concurso implicará la resolución automática del contrato, ni que la misma dotará de facultad contractual resolutoria a cualquiera de las partes (art. 61.3 y 63 LC). Ello no obstante, es posible que un contrato que en principio debiera mantener su vigor lo pierda en *interés del concurso*, previa la tramitación procedimental *ad hoc* y con unas consecuencias económicas especiales

(artículo 62.2 LC en relación con el artículo 84 LC)⁶³²; también lo es que el posterior incumplimiento contractual pueda acarrear el ejercicio de una acción resolutoria por parte del contratante *in bonis*, si bien con las particulares consecuencias que impone la situación concursal (art. 62.4 LC) y la posibilidad de resultar enervada esa facultad resolutoria (art. 62.3 LC).

La especial atención que la LC presta al mantenimiento, vigencia y resolución de los contratos celebrados por el deudor se ciñe a aquellos de los que surgen obligaciones recíprocas, anudándose a la reciprocidad del vínculo contractual el régimen concursal establecido en orden al mantenimiento y/o resolución del contrato, así como a la calificación del crédito contractual contra el concursado.

El Código Civil no define la *reciprocidad*, pero doctrina y jurisprudencia –al hilo, fundamentalmente, de las consecuencias vinculadas (condición resolutoria implícita, *exceptio non adimpleti contractus* y régimen especial de producción de la mora, esencialmente), la hacen depender del contenido del vínculo y de la repercusión de este contenido en el funcionamiento de la relación: «cada obligación bilateral sirve de causa a la otra: si una parte no cumple su respectiva obligación queda la otra sin causa y produce como efecto la compensación en caso de mora (art. 1100 Cc, último párrafo), la posible *exceptio non adimpleti contractus* (arts. 1100, 1124 y 1308 Cc) y la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento de una de las partes (art. 1124 Cc)» [STS de 24 de febrero de 1998 (RJ 1998\991)]. Los requisitos determinantes de *reciprocidad* de las obligaciones vienen a ser: (i) que tengan causa en un mismo negocio, (ii) que de ellas nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes contractuales, ocupando éstas la doble posición de acreedora y deudora la una de la otra, (iii) que exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal determinante de estar cada una inicialmente prevista y funcionar como contravalor o contraprestación de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia –objetiva ni subjetiva– de valores entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate, pues difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria [STS núm. 44/2013, de 19 de febrero (JUR\2013\120.430)].

En relación con el mantenimiento de las obligaciones contractuales recíprocas y las

⁶³² En puridad, aunque la ley hable de *resolución voluntaria* no es un supuesto de *resolución* del contrato, pues no es el incumplimiento de las partes lo que motiva la extinción. Está este cumplido o incumplido, de lo que se trata es de que un contrato cuyas prestaciones a cargo del concursado son crédito contra la masa (art. 84.2.6º LC), deje de producir efectos si las cargas que su mantenimiento implica son superiores a los beneficios que a la masa activa le pueda reportar.

consecuencias de su falta de cumplimiento, una vez declarado el concurso, son dos las perspectivas que interesan al régimen concursal: (a) si el incumplimiento de una parte concede o no facultad resolutoria a la otra, lo que, en escenario concursal, depende de tratarse de un contrato de tracto único o sucesivo y de obligaciones vencidas antes o después de la declaración de concurso –y, por ello, de un incumplimiento anterior o posterior–; y (b) si las consecuencias económicas del cumplimiento o incumplimiento de estas obligaciones (v. gr. pago, indemnizaciones o restituciones) son determinantes de la existencia de un crédito concursal o contra la masa.

En la ejecución de los contratos celebrados por el deudor antes de la declaración de concurso caben varias hipótesis:

- (i) Que todas las obligaciones derivadas del contrato, ya vencidas, estuvieran cumplidas por todas las partes al tiempo de la declaración de concurso. En tal caso no se derivan consecuencias crediticias para el concurso ni éste produce efecto alguno en aquel contrato – salvo el caso de una eventual acción de reintegración *ex arts. 71 a 73 LC*–.
- (ii) Que todas las obligaciones derivadas del contrato hubieran vencido antes de la declaración de concurso, encontrándose cumplidas totalmente por una parte e incumplidas, en todo o en parte, por la otra. En este caso, por un lado, el crédito o la deuda del concursado se incluirá, respectivamente, en la masa activa o pasiva del concurso (art. 61.1 LC); por otro lado, por el incumplimiento anterior a la declaración del concurso no cabrá la *facultad resolutoria*, que el artículo 62.1 LC ciñe a los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes (STS de 11 de octubre de 2011) y dado que, además, la resolución con efectos restitutorios resulta incompatible con las reglas y principios concursales⁶³³. En realidad, a efectos del artículo 61 LC, la reciprocidad debe existir en la fase funcional del vínculo (sinalagma no genético, sino funcional) y, por expresa exigencia legal, después de declarado el concurso, pues «se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente la condición de reciprocidad la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de la declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea declarado concursal. La razón de

⁶³³ SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, N° 18, 2009, pp. 423-473 y *La vigencia del contrato de compraventa en el concurso*, Tesis doctoral Universidad San Pablo CEU, octubre 2012; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, n° 13, 2008, pp. 57-113, p. 61; MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *Anuario de Derecho Concursal*, n° 14, 2008, pp. 71-119, p. 81.

ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas» [STS núm. 44/2013, de 19 de febrero (JUR\2013\120.430)]. Con ello, este es el tratamiento que corresponde también a todo supuesto de obligaciones unilaterales y de bilaterales no recíprocas, a las que, a estos efectos, vienen a asimilarse.

- (iii) Que queden obligaciones, recíprocas entre sí, pendientes de vencimiento y, con ello, de cumplimiento por ambas partes. Esta es la única hipótesis que, en realidad, debería considerarse incardinada en las reglas especiales del artículo 61.2 y 62 LC. Se trataría de obligaciones recíprocas que, para cada parte, no han sido exigibles antes de la declaración (v. gr. por la existencia de una condición o un término) y cuyas condiciones de exigibilidad se cumplen una vez declarado el concurso⁶³⁴. La mera declaración de concurso no afectará a la vigencia de los contratos de los que tales obligaciones deriven (art. 61.2 LC), por lo que, reunidas las condiciones de exigibilidad, la masa habrá de atender las que vayan a cargo del concursado, so pena de incurrir en causa de resolución (art. 61.2 LC), quedando sólo así en condiciones de exigir su contraprestación recíproca (arts. 1124 y 1100 Cc). Ahora bien, si el activo resultante del cumplimiento de esta obligación recíproca –la contraprestación a percibir– fuera a resultar inferior al pasivo a satisfacer contra la masa (es decir, si el coste para la masa va a ser superior al beneficio que vaya a producirse en ella), la administración concursal –o el concursado– pueden instar la resolución en *interés del concurso*, mediante la tramitación del procedimiento transaccional o judicial establecido *ad hoc*, con consecuencias restitutorias e indemnizatorias contra la masa (art. 61.2.2º LC).

Sólo tiene sentido que sea con cargo a la masa el cumplimiento o la restitución estando en presencia de obligaciones recíprocas que no fueran exigibles –ni para el concursado ni para el tercero– antes de la declaración de concurso y, por tanto, desterrada la situación de incumplimiento por ninguna de las partes. Como su vencimiento sería postconcursal, su incumplimiento sería necesariamente posterior al concurso y, por tanto, bien de la propia masa o contra la propia masa. En este caso, quedará facultada la contraparte para instar la resolución del contrato por el incumplimiento posterior. Si la incumplidora es la masa, el crédito restitutorio y el indemnizatorio de los daños y perjuicios del contratante *in bonis* será un crédito contra la masa (art. 62.4), pero podrá el Juez acordar, en interés del concurso, el mantenimiento del contrato, cumpliéndose éste también contra la masa (art. 62.3)⁶³⁵. Por el contrario, la hipótesis de ser la otra parte la incumplidora posterior

⁶³⁴ A esta interpretación no obsta el hecho de que el artículo 62.4 LC distinga entre obligaciones pendientes de vencimiento y vencidas, pues, en su contexto, se refiere a vencidas o no en el momento de acordar la resolución.

⁶³⁵ BELTRÁN, E., «Créditos concursales y créditos contra la masa» (art. 84), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1491-1524, p. 1519 califica de *contratos de la masa* tanto aquellos que, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, continúan

no es contemplada en el precepto; procedería que el concursado o la administración concursal, según los casos, instaran bien el cumplimiento bien la resolución contractual, siendo las recíprocas restituciones propias de la resolución contra y a favor de la masa e idéntico destino el crédito indemnizatorio a favor del concurso.

- (iv) Que todas las obligaciones recíprocas estuvieran vencidas, aunque incumplidas por ambas partes, antes de la declaración de concurso. A diferencia del supuesto anterior, lo que existe es un incumplimiento previo de ambas partes, por lo que en este caso no tiene sentido alguno que la colectividad de los acreedores hubieran de padecer el sacrificio de atender su cumplimiento o resolución contra la masa. No es lo mismo estar pendiente de cumplimiento, que incumplido; ni puede acarrear las mismas consecuencias que entonces incumpliera el deudor, que ahora incumpla la propia masa.

Por tanto, en la hipótesis que se analiza de incumplimiento recíproco, si fue el concursado quien incumplió primero, haciéndolo antes de la declaración, el crédito por tal incumplimiento no puede ser más que concursal (y el de los efectos restitutorios de la eventual resolución, si el contrato es de tracto sucesivo, también, por la disposición del artículo 62.4 LC); mientras tanto, el contratante *in bonis* estaría protegido por la *exceptio non adimpleti contractus* frente a eventuales reclamaciones que ejercitara la masa. Si primeramente incumplió la otra parte del contrato, ésta no podrá exigir el cumplimiento a la masa, ya que la citada excepción beneficiaría ahora al concursado; de cumplir la otra parte tras la declaración de concurso, su crédito, contingente hasta ese momento, no habría de ser sino concursal [art. 84.2.6º LC *sensu contrario*, *vid. infra* G, p. 327)].

No será posible instar la acción de resolución tras la declaración de concurso, si no se ha ejercitado con anterioridad, salvo que se trate de obligaciones de tracto sucesivo, único supuesto en el que se prevé la resolución concursal por incumplimientos previos a la declaración. En cualquier caso, será de carácter concursal el crédito restitutorio y/o indemnizatorio derivado de esta resolución (art. 62.4 LC).

- (v) Que permanezcan obligaciones recíprocas pendientes de vencimiento y, con ello, de cumplimiento sólo por una de las partes. Este supuesto, *a priori*, vendría incardinado en la hipótesis del párrafo primero del artículo 61 LC y, por ello, en un caso, siendo el concursado el deudor, el crédito de la parte *in bonis* sería un

vigentes por disposición legal tras la declaración de concurso (art. 61.2) como aquellos otros que continúan en vigor por disposición judicial, tras la pretensión de resolución por incumplimiento (art. 62.3).

crédito concursal incluido en la masa pasiva y, en otro, siendo él acreedor, su crédito incorporado a la masa activa. El reconocimiento del carácter concursal del crédito al cumplimiento implica que éste resulte sometido a las reglas de la universalidad y, por tanto, que sólo pueda ser cumplido el contrato en el marco, bien de un convenio, bien de un plan de liquidación, debidamente aprobados. Esto abocará, normalmente, en un incumplimiento posterior del concursado que no habilitará al contratante *in bonis* a instar la resolución del contrato, pues esta facultad se limita a los supuestos en los que las obligaciones recíprocas están pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 62.1 LC). Por tanto, el contratante *in bonis* que cumplió íntegramente su prestación antes de la declaración de concurso se encuentra en la misma situación, ya hubiera incumplido el deudor su recíproca prestación antes de la declaración de concurso, ya lo hubiera hecho con posterioridad por tener vencimiento postrero.

La facultad de resolución se viene negando, sobre todo, por considerar que los efectos restitutorios propios de ella son incompatibles con el mecanismo y sistema concursal, lo que tiene especial relevancia en los casos en que una restitución con eficacia retroactiva real (*v. gr.* supuestos de compraventa de inmuebles) permitiría al contratante separar el bien de la masa activa, colocándose al margen del concurso, con un tratamiento privilegiado respecto a los demás acreedores, incluidos aquéllos que, encontrándose en la misma situación, no pueden separar el bien por no resultar identificable. Además, el ejercicio de resolutorias con eficacia restitutoria podría privar al procedimiento de masa activa con la que atender sus fines. Ante ello, se discute la posibilidad de una resolución con efectos meramente obligacionales que sólo trajera como consecuencia el reconocimiento de un crédito restitutorio, de carácter concursal en todo caso, argumento al que se opondría la circunstancia impeditiva de no ser necesariamente del mismo monto el crédito al cumplimiento que el crédito a la restitución⁶³⁶.

D) LA POSIBLE REHABILITACIÓN DE CONTRATOS EXTINGUIDOS EN INTERÉS DEL CONCURSO

La declaración de concurso produce sobre los contratos, además de los efectos generales (arts. 61 y 62 LC), los específicos que se producen en algunos de ellos, entre los que merece destacarse la rehabilitación (arts. 68 a 70 LC). Se trata de contratos extinguidos antes de la declaración de concurso por su resolución a instancia de la parte *in bonis* ante el incumplimiento contractual del concursado, y que la administración concursal considera conveniente rehabilitar para el interés del concurso. Esta 'reactivación' se logrará a condición de cumplirse los requisitos y seguirse los trámites establecidos para cada caso. Tanto los costes de la rehabilitación, como del

⁶³⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución», *est. cit.*, pp. 60-64; MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso», *est. cit.*, p. 82.

cumplimiento de estos contratos *reactivados*, quedarán con cargo a la masa.

En el sustrato de estas disposiciones se encuentra, una vez más, la perspectiva conservativa del concurso y la eventualidad de un convenio continuista de la empresa. Respondiendo a la idea de coadyuvar a la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado se permite reactivar aquellos contratos que la administración concursal considere necesarios a tal fin⁶³⁷. Entre los contratos que pueden resultar *estratégicos*, la LC acoge los de «préstamo y demás de crédito» (artículo 68 LC), que podrán ser objeto de rehabilitación si su «*vencimiento anticipado* por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados» se hubiera producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso y el acreedor no hubiera iniciado acciones de reclamación a la fecha de declaración de concurso. En tal caso, habrá de satisfacerse inmediatamente y con cargo a la masa la totalidad de las cantidades debidas, asumiendo con cargo a ella los pagos futuros.

E) LA CLASIFICACIÓN CREDITICIA Y LAS SOLUCIONES DEL CONCURSO

Es básica y esencial la distinción entre *créditos contra la masa* y *créditos concursales*. Aquéllos no quedan sometidos a las reglas y efectos del concurso, habiéndose de satisfacer, como regla general, a su respectivo vencimiento (art. 84.3 LC); éstos, por el contrario, se satisfarán, siempre dentro del concurso, en función de la solución que éste tenga, distinguiéndose entre créditos concursales *privilegiados*, especiales o generales, *ordinarios* y *subordinados*. En caso de convenio, éste afectará a todos los créditos ordinarios y subordinados, no desplegando eficacia alguna sobre los privilegiados, de la clase que fueren, salvo que así lo acepten sus titulares expresamente (art. 134 LC). En caso de liquidación, previa deducción de lo necesario para atender los créditos contra la masa, se satisfarán por orden los privilegiados generales, los ordinarios y los subordinados. Los que gocen de privilegio especial se satisfarán con el producto de la realización de los bienes afectos y, en lo no cubierto, en concurso con los demás, ordinarios o subordinados, según la naturaleza del crédito (*v. gr.* principal *vs* intereses moratorios).

F) LA TIPOLOGÍA DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS

El elenco de los créditos subordinados (art. 92 LC) es de variada tipología, resultando prácticamente imposible encontrar una *ratio* común a todos ellos; sin embargo, sí concurre en cada uno de ellos alguna razón justificante de su postergación

⁶³⁷ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, *op. cit.*, p. 106.

(carácter sancionador o indemnizatorio del crédito; indiligencia, mala fe y conducta obstruccionista de su titular; especiales relaciones con el deudor, *etc.*), con excepción del crédito por intereses retributivos si tal se considerara subordinado, ya que como legítima contraprestación contractual carecerían de justificación su parangón con ningún otro supuesto del repertorio.

G) LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Los créditos contra la masa son una serie de *deudas* y de *gastos* de la masa que quedan al margen de todo efecto que el concurso produce sobre los créditos concursales. Han de ser atendidos por la administración concursal, según las disponibilidades de la masa activa, a sus respectivos vencimientos (art. 84.3 LC). En caso de solución por convenio, dado su carácter *extraconcursal*, no resultarán afectados en modo alguno por su contenido; en el supuesto de liquidación, antes de proceder al pago de los créditos concursales habrá de deducirse masa activa suficiente para atenderlos, concretada en bienes no afectos a garantía especial (art. 154 LC)⁶³⁸.

El elenco de los créditos contra la masa es *numerus clausus*⁶³⁹ y está relacionado en el artículo 84.2 LC, el cual está sujeto a interpretación restrictiva por atentar su trato contra el principio configurador del propio sistema concursal, la *par conditio creditorum*. Además, en caso de duda sobre el tenor del precepto, la interpretación estricta ha de hacerse sobre la finalista del propio sistema concursal y de la específica finalidad y justificación de la existencia y reconocimiento de tales créditos⁶⁴⁰.

Cuando la LC instaura los créditos contra la masa lo hace con un determinado sentido y finalidad, teniendo cada uno de los supuestos su propia justificación: los que son *gastos de la masa* porque se derivan, precisamente, de la constitución de la universalidad de activo y pasivo formada para la protección del conjunto de los acreedores, siendo lógico que sea esta colectividad quien los asuma (*v. gr.* retribución de administración concursal, los gastos necesarios para la declaración y tramitación del procedimiento, *etc.*); por lo que respecta a las *deudas de la masa*, porque son justa correspondencia y contraprestación de ingresos en la

⁶³⁸ Precisamente por este carácter *prededucible* de los créditos contra la masa y porque el concurso sólo tiene sentido si la ejecución colectiva consigue un mejor grado de satisfacción para el conjunto de los acreedores que la ejecución individual, en caso de que la masa activa resulte insuficiente para atender los créditos contra la masa, devengados o previstos, se incurre en causa de conclusión del concurso, ya que pierde todo sentido el mantenimiento de una ejecución colectiva que se revela inútil de no presentarse indicios de acciones de reintegración, impugnación o responsabilidad de terceros ni calificación del concurso como culpable, que son las premisas de esta especial conclusión regulada en el artículo 176 *bis* LC.

⁶³⁹ SSAP León (1ª) de 2 de febrero de 2010 (JUR 2010\135704) y 27 abril de 2011 (AC 2011\1311) y Murcia (4ª), núm. 300/2008 de 21 julio (JUR 2008\344221).

⁶⁴⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, *op. cit.*, p. 64 para quien la relación de créditos contra la masa no debe permitir interpretaciones analógicas ni extensivas.

masa activa con la que se satisfará a los acreedores (*v. gr.* mantenimiento de la actividad del concursado, acciones de reintegración, contratos celebrados por la administración concursal *etc.*). Por ello, la duda de incardinación o no de un crédito en el elenco de los que son contra la masa ha de resolverse atendiendo a la justificación y finalidad de la propia institución. Sólo si el crédito responde a un gasto ocasionado o devengado durante y a causa del concurso (gastos de la masa) o si representa la contrapartida de un beneficio generado en ella (deudas de la masa) podrá extenderse a él el privilegio del carácter prededucible del que gozan los créditos contra la masa. En este sentido, el elenco del artículo 84 LC viene a tener carácter ejemplificativo que sirve de parangón interpretativo de lo que legislativamente merece la consideración de crédito contra la masa [SSAP Murcia (4^a) núm. 300/2008 de 21 julio (JUR 2008\344.221) y 296/2012, de 3 de mayo (AC 2012\993) y Barcelona (15^a), núm. 476/2010, de 30 de diciembre (JUR 2011\182.835)]⁶⁴¹.

En relación con las premisas que permitan proponer un coherente tratamiento concursal del crédito por intereses conviene destacar aquí que, conjugando lo dispuesto en los artículos 84.2.6^o, 61-62 [mantenimiento y resolución de obligaciones recíprocas] y 68 LC [rehabilitación de los contratos de crédito], son contra la masa: (*i*) los créditos que deriven de las prestaciones a cargo del concursado en las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento [*rectius* vencimiento] para ambas partes en los contratos que continúen en vigor tras la declaración de concurso, sea por disposición legal (art. 61.2 LC) o por disposición judicial adoptada para la enervación de la pretensión resolutoria ejercitada por

⁶⁴¹ En el análisis del elenco de los créditos contra la masa merece detenerse en la consideración de que no todo crédito, por el mero hecho de ser postconcurzal, haya de tener la consideración de crédito contra la masa como al contrario a veces parece presuponerse. Así, VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 134», *est.cit.*, p. 939 afirma que aunque, como excepción, algunos créditos preconcursales son contra la masa, los postconcursales todos lo son, escapan a las soluciones concursales y se pagan a sus vencimientos y por entero, haciendo una asociación entre crédito posconcurzal y crédito contra la masa que no parece admisible. De un lado, si esto fuera así, sería absolutamente superfluo e inútil y, por tanto, sobraría tanto el pormenorizado elenco de créditos del artículo 84 LC y los demás supuestos del repertorio dispersos por la LC (arts. 20.1, 27.4, 34.1, 36.6, 47, 51, 52, 54, 61.2, 62.3, 68.1, 59.1, 70.1, 73.3, 155.2, *etc.*) como la reserva a la LC para su establecimiento (art. 84.2.12^o LC). Bastaría con un simple «todos los créditos de fecha posterior a la declaración de concurso son créditos contra la masa». De otro lado, existen créditos del tipo de los expresamente recogidos en el elenco del artículo 84 LC que, siendo posteriores a la declaración de concurso, no son considerados (o incluso expresamente excluidos) por la Ley como créditos contra la masa. Así, *v. gr.*, los gastos por abogado y procurador devengados por la intervención en recursos que se desestimen íntegramente con costas (art. 84.2.2^o *in fine*); los créditos por las costas de los allanamientos y desistimientos autorizados por el juez en los juicios declarativos pendientes a la declaración de concurso (art. 84.2.3^o en relación con el art. 51.2 LC); *etc.* Si se investigan las razones de cada uno de los supuestos de exclusión se ve cómo detrás de ellos está ausente el beneficio para el interés del concurso, de la colectividad de los acreedores ordinarios, que justifique y compense el sacrificio que para tal colectividad supone su prededucibilidad, razón que está detrás y justifica la propia existencia de los créditos contra la masa. Además, la propia jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse expresa y extensamente sobre la posibilidad de que créditos devengados con posterioridad a la declaración de concurso tengan la consideración de crédito concursal y no contra la masa. En STS núm. 44/2013, de 19 de febrero (JUR 2013\120.430) se pronuncia la Sala Primera sobre la consideración del crédito devengado tras la declaración de concurso por un contrato de arrendamiento financiero como un crédito concursal y en las SSTS núm. 811/2012, de 8 enero (RJ 2013\1631) y núm. 797/2013, de 9 enero (RJ 2013\1633), se decanta por considerar crédito concursal y no contra la masa, al crédito postconcurzal derivado de contratos de permuta financiera de tipos de interés. Por tanto, el mero hecho de la fecha de un crédito, si no es puesto en relación con uno de los supuestos de hecho específicos de crédito contra la masa reconocidos en la LC, no implica, *per se*, su consideración de crédito prededucible.

la parte *in bonis*, en los casos que proceda (art. 62.3 LC); (ii) los créditos que deriven de la «resolución voluntaria» [*rectius* mutuo disenso/extinción] de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes, bien transada por las partes o acordada por el juez en interés del concurso (art. 61.2 LC); (iii) los créditos a la restitución y a la indemnización derivada de la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes, por el incumplimiento contractual del concursado posterior a la declaración⁶⁴²; (iv) las cantidades vencidas a la fecha de la rehabilitación de los contratos de crédito y las que vayan venciendo una vez rehabilitados (art. 68.1 LC)⁶⁴³.

H) EL RÉGIMEN DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS APLAZADAS Y LAS SOLUCIONES DEL CONCURSO

Las obligaciones dinerarias aplazadas, siquiera su exigibilidad está condicionada a la llegada del término al que la misma se somete, son créditos concursales si estuvieran asumidas al tiempo de la declaración de concurso. Como tales, están llamadas a formar parte de la universalidad de la masa pasiva (art. 49 LC) con el sometimiento a sus múltiples consecuencias⁶⁴⁴. En consonancia, el acreedor a plazo del concursado, como acreedor concursal, viene sometido a la carga de insinuar su crédito, habiendo de expresar en su comunicación, entre las circunstancias del crédito, su cuantía y las «fechas de adquisición y vencimiento» (art. 85.3 LC). La administración concursal habrá de proceder a su reconocimiento, en su caso, determinando su inclusión en la lista de acreedores en la que se expresará, entre otros datos respectivos de cada crédito, «la cuantía por principal y por intereses» y las «fechas de origen y vencimiento» (art. 94

⁶⁴² El artículo 84.2.6º LC reconoce como créditos contra la masa sólo el supuesto en el que el origen de la resolución por incumplimiento esté en el del propio concursado. Esta resolución podrá producirse tanto si el incumplimiento es anterior o posterior a la declaración de concurso, si se trata de un contrato de tracto sucesivo o sólo si el incumplimiento se produce con posterioridad, si lo es de tracto único (art. 62.1). Sin embargo, conforme concreta el artículo 62.4 LC sólo será contra la masa el supuesto en el que el incumplimiento sea del concursado y posterior a la declaración de concurso.

⁶⁴³ En estas cantidades hay que incluir tanto las correspondientes a amortización de capital como de intereses retributivos e, incluso, moratorios, devengados con anterioridad y con posterioridad a la declaración de concurso. En contra, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, *op. cit.*, p. 107 defiende que, por efecto del artículo 59 LC, el acreedor no puede reclamar para la rehabilitación del contrato los intereses devengados tras la declaración, tesis que no se comparte, además de porque se niega que en el ámbito material de la suspensión de intereses se encuentren intereses retributivos de tipo alguno, porque se considera que el precepto no puede ser aplicado a un crédito contra la masa, categoría a la que el artículo 68 LC los eleva.

⁶⁴⁴ VITERI ZUBIA, I., *El pago anticipado en las obligaciones a plazo*, *es. cit.*, p. 164. Nuestro análisis de las llamadas obligaciones dinerarias futuras (art. 88.4LC) se ciñe la perspectiva a los supuestos de obligaciones dinerarias aplazadas, únicas que tienen directa relación con el objeto del estudio, obviando las particulares cuestiones atinentes tanto a otras prestaciones dinerarias ya nacidas o constituidas en el momento de la declaración de concurso pero que proyectan su eficacia hacia el futuro distintas de ellas (*v. gr.* rentas vitalicias o temporales, censos, *etc.*), como a las obligaciones, dinerarias o no, que no estén sometidas a plazo sino a condición, suspensiva o resolutoria, objeto de particular tratamiento legislativo (art. 87 LC).

LC).

En el mandato legal dado a la administración concursal para el reconocimiento de créditos, determinación de la masa pasiva y formación de la lista de acreedores, se establecen distintas reglas para el cómputo de los créditos en dinero, entre las que se hallan las de los créditos que tuvieran por objeto prestaciones dinerarias futuras que «se computarán por su valor a la fecha de la declaración de concurso, efectuándose la actualización conforme al tipo de interés legal vigente en ese momento» (art. 88.4 LC). Aun cuando con distinto sentido y finalidad, también se refiere a la actualización el artículo 159 LC que, en sede de liquidación y en la sección del pago a los acreedores, establece que si el pago de un crédito se realizare antes del vencimiento que tuviere a la fecha de apertura de la liquidación, se hará con el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal⁶⁴⁵.

Esta regla del cómputo, previa actualización, parece tener su precedente en el régimen concursal anterior, en el que los derogados artículos 1915 Cc, 883 CCom y 1172 LEC1881, a continuación de la declaración del vencimiento anticipado, contemplaban el pago anticipado, estableciendo un descuento⁶⁴⁶. Dos finalidades se han

⁶⁴⁵ Difieren en ambas situaciones las fechas sobre las que calcular el período de descuento. Si bien en ambos casos el *dies ad quem* será la fecha del vencimiento inicial del crédito, el *dies a quo* será, en el supuesto del artículo 88.4 LC el de la declaración de concurso y en el del artículo 159 LC el del efectivo pago en el momento de la liquidación. Como se ve, la fecha del vencimiento anticipado –la apertura de la fase de liquidación (art. 146 LC)– no es fecha que haya que considerar en ninguno de los supuestos. En contra, TOMILLO URBINA, J.L., «Pago anticipado» (art. 159), en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, t. II, pp. 2490-2493, p. 2493 defiende ahora, a diferencia de lo que interpretaba en el sistema de la quiebra, y por una interpretación literal y finalista del precepto que aquí no se comparten, que el *dies a quo* habrá de ser, en todo caso, el de la apertura de la fase de liquidación. En la lectura que aquí se defiende, en realidad, ambos preceptos resultan incompatibles pues, de existir pago anticipado en liquidación, el periodo de descuento correspondiente ya estaría incluido en el periodo de descuento considerado para la confección de la lista de acreedores.

⁶⁴⁶ «Por la declaración de concurso vencen todas las deudas a plazo del concursado. Si llegaron a pagarse antes del tiempo prefijado en la obligación sufrirán el descuento correspondiente al interés legal del dinero» (art. 1915 Cc); «En virtud de la declaración de quiebra, se tendrán por vencidas a la fecha de la misma las deudas pendientes del quebrado. Si el pago se verificase antes del tiempo prefijado en la obligación, se hará con el descuento correspondiente.» (art. 883 CCom); «En virtud de la declaración de concurso se tendrán por vencidas todas las deudas pendientes del concursado. Si llegara a verificarse el pago antes del tiempo prefijado en la obligación, sufrirán el descuento que corresponda al interés legal del dinero» (art. 1172 LEC 1881). En realidad, dichos preceptos, por estar regulando los efectos de un *pago anticipado* son sólo el precedente del artículo 159 LC. El descuento a los meros efectos del cómputo de la masa pasiva no se preveía ni en la quiebra ni en el concurso de acreedores y ante tal laguna, existían las opiniones disímiles de considerar que la insinuación y el reconocimiento de créditos había de producirse bien por el nominal, bien por el actual. En este sentido, y señalando alguna opinión contraria, TOMILLO URBINA, J.L., *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, op. cit., pp. 131-132 pone de manifiesto cómo, pese a la dicción del artículo 883 CCom, la insinuación y reconocimiento del crédito aplazado en la quiebra había de hacerse por el importe nominal, no el actual previo el descuento, porque lo determinante es que hubiera diferencia entre el momento previsto para el cobro y el momento del cobro efectivo, no el momento de vencimiento anticipado por la declaración. En definitiva, lo importante era el pago adelantado, no el vencimiento anticipado, de forma que un crédito cuyo término contractual venciera tras la declaración de quiebra pero antes del pago efectivo en la misma, no habría de recibir

destacado de estos preceptos. De un lado, consagrar el principio de equidad ya que, desde un punto de vista financiero, el dinero vale hoy más que mañana, por lo que si el acreedor cobraba anticipadamente lo que debería percibir dentro de un tiempo, estaría recibiendo más y, por tanto, enriqueciéndose; por otro, que con el descuento se obtiene el valor actual de una deuda futura y se homogeneizan todas al momento presente, aplicando la ley del dividendo sobre el valor actual de cada una de ellas⁶⁴⁷.

En su tiempo ya fue objeto de discusión doctrinal cuál de los distintos métodos matemático-financieros para el cálculo del descuento era el procedente para tal cómputo, ya que las normas no optaban por ninguno de ellos en particular. Tres son los métodos o sistemas para el cálculo del descuento⁶⁴⁸:

- a) Método *Karpzow* o *de Carpzovio* o del descuento comercial. En este sistema, enunciado en 1654 por Karpzow, el punto de partida es el capital nominal del crédito a término, de donde se deduce el importe del interés legal devengado en el período de tiempo comprendido entre el *dies a quo* y el *dies ad quem*. El resultado es la cifra de *capital actual* que se debe abonar *ante diem*⁶⁴⁹.
- b) Método *Hoffman* o del descuento racional a interés simple. En este sistema, cuya formulación se debe a Hoffman en 1731, a diferencia del anterior, no se parte del capital nominal del crédito. Se trata de hallar la cifra del capital actual teniendo en cuenta que será la cantidad que, añadiéndole el interés legal a devengar entre el *dies a quo* y el *dies ad quem*, dé como resultado el capital nominal del crédito. Es el expresamente recogido en el § 41 de la *Insolvenzordnung* de 1994.
- c) Método *Leibnitz* o del descuento racional a interés compuesto. Este sistema, propuesto por Leibnitz en 1683, capitaliza a interés compuesto la deuda, en la que se incluye tanto el capital como los intereses. Se distingue, pues, del método anterior en que sustituye la aplicación del interés simple por el interés compuesto, capitalizando el interés devengado. Como aquél, no opera sobre la cifra de capital nominal sino que proporciona el importe del valor efectivo actual que, sumado al interés compuesto producido durante el periodo de devengo, da como resultado el valor nominal del crédito al vencimiento convencional.

Extrapolando la práctica de la valoración financiera, entre los métodos propuestos se prefiere el *Hoffman* o del descuento racional a interés simple para la actualización de los créditos a corto plazo, pues el del descuento comercial obtiene actualizaciones inexactas y altamente injustas hasta el punto de que el descuento puede llegar a absorber el propio capital⁶⁵⁰; y el

actualización ni descuento de clase alguna. Señala también los matices diferenciadores entre el vencimiento anticipado, que no tiene necesariamente que implicar pago anticipado VITERI ZUBIA, I., *El pago anticipado en las obligaciones a plazo, es. cit.*, p. 165.

⁶⁴⁷ VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, EUB, Barcelona, 2002, p. 175.

⁶⁴⁸ TOMILLO URBINA, J.L., *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra, op. cit.*, pp. 132-136; BERMEJO, N., «Cómputo de los créditos en dinero» (art. 88), en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1578-1595, pp. 1589-1591; NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 151-154; VITERI ZUBIA, I., *El pago anticipado en las obligaciones a plazo, es. cit.*, pp. 170-172.

⁶⁴⁹ El artículo 57 *Legge fallimentare* sigue este sistema, con la particularidad de aplicar el interés compuesto.

⁶⁵⁰ V. gr. si el interés legal es el 5% y 20 años el plazo de amortización, su importe actual quedará reducido a cero. En este sentido, con diversas ejemplificaciones, *vid.* BERMEJO, N., «Art. 88», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1590.

Leibnitz, o del descuento racional a interés compuesto, para la actualización de los créditos a largo plazo, pues el interés simple podría llevar a una actualización nula o negativa ante amplios periodos de devolución⁶⁵¹.

Esta regla, que para el cómputo en dinero de los créditos futuros exige actualizarlos mediante el descuento del interés legal (art. 88.4 LC), no supone la modificación del crédito mismo, pues el vencimiento anticipado sólo se produce como efecto de la liquidación (art 146 LC). Pero hasta la eventual apertura de la fase de liquidación, la masa pasiva queda delimitada en la lista de acreedores, tras el reconocimiento efectuado por la administración concursal, conforme a las reglas especiales establecidas, sometido al trámite de impugnación y eventual juicio incidental, y su resultado regirá la intervención y participación de los acreedores en el concurso, especialmente en la fase de convenio, y determinará el montante a percibir en la liquidación⁶⁵².

En la fase de convenio, el importe del crédito reconocido fijará, de un lado, las posibilidades de participación en la formación de esa voluntad colectiva y, *v. gr.*, determinará el derecho de asistencia a la junta *ex* artículo 118 LC, el *quorum* de constitución y las mayorías necesarias para su aprobación *ex* artículos 116.4 y 124 LC, la legitimación activa para la oposición a la aprobación del convenio *ex* artículo 128.2 LC, *etc.* De otro, el importe reconocido en la lista de acreedores servirá para determinar el contenido del convenio, pues las quitas y otros contenidos del convenio de cara a la satisfacción de los créditos, vendrán determinados por el importe reconocido a cada uno, estando expresamente prohibido el contenido de un convenio que implique «la alteración de la cuantía de los créditos fijada en el procedimiento» (art. 100.3 LC). Por tanto, la cantidad reconocida a cada crédito en la lista de acreedores condiciona el importe máximo que, en cumplimiento de un eventual convenio, cada acreedor puede recibir.

Aunque no esté expresamente regulado, en la fase de liquidación también el importe

⁶⁵¹ NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, *op. cit.*, pp. 151-154 expone cómo en la práctica diaria de la valoración financiera, la aplicación del descuento simple (ya sea comercial o racional) opera en la valoración de créditos a corto plazo –inferior a un año– mientras que para la actualización de los créditos a largo plazo se recurre a la ley del descuento compuesto, pues el valor actual de un crédito a largo plazo descontado en función del interés simple puede ser nulo o, incluso, negativo. Para la actualización de una suma de dinero, es decir, para el cálculo del valor actual (*Co*) de una suma de dinero, conocido su valor futuro –valor nominal (*Cn*)– se puede recurrir a dos procedimientos diferentes: (i) descuento comercial, que es el resultado de aplicar la ley de actualización y (ii) descuento racional o matemático que es la aplicación exacta, aunque en sentido inverso, de la ley de capitalización. La capitalización se utiliza, en la práctica, cuando se conoce el valor actual (*Co*) de una suma de dinero y se desea calcular su valor nominal en una fecha futura (*Cn*), mientras que cuando la incógnita no es el valor nominal (*Cn*) sino el actual (*Co*) éste se obtiene mediante una operación de actualización o descuento. Vertiendo distintos ejemplos que apoyan sus conclusiones, lo hace en el sentido que se expone en el texto. Por el contrario, TOMILLO URBINA, J.L., *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, *op. cit.*, pp. 135-136 y, posteriormente, en «Artículo 159», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 2491 opta por el método *Karpzow* y BERMEJO, N., «Art. 88», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1589, se decanta por el *Hoffman* en todo caso.

⁶⁵² BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Los efectos del concurso sobre los créditos», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 11, 2004, pp. 11-46, pp. 27-28 se refiere a ello como la determinación de la *cuota de responsabilidad* que corresponde a cada acreedor en el concurso que, de un lado, fija sus derechos de participación –derechos de voto y adhesión– y, de otro, determina su derecho de cobro en el procedimiento.

reconocido a cada crédito en la lista de acreedores representará el máximo que dicho acreedor puede recibir en la misma y será el importe sobre el que aplicar, en su caso, los pagos prorrateados que corresponda efectuar, en cada momento, dentro del rango crediticio, conforme a las disponibilidades de tesorería que vaya produciendo el cumplimiento del plan de liquidación. Los créditos concursales reconocidos pueden, en el itinerario procedimental del concurso, sufrir una eventual disminución (v. gr. por pago de codeudores, por condonaciones, etc.) pero lo que no podrán es ver aumentada la cuantía reconocida en la lista de acreedores, que condicionará inexorablemente el régimen de los pagos a los acreedores en la labor de liquidación⁶⁵³.

En cualquier caso, la actualización de los créditos futuros mediante el descuento del interés legal sólo tiene sentido en un escenario de créditos aplazados no fructíferos, pues si el crédito produce intereses la valoración a fecha de la declaración ha de efectuarse por el nominal, con independencia del tratamiento que se proponga para los intereses retributivos⁶⁵⁴. Los créditos que consistan en prestaciones dinerarias voluntariamente aplazadas a cambio del devengo de un interés retributivo no han de sufrir actualización ni descuento alguno por mucho que el vencimiento pactado se encuentre más allá de la fecha de la declaración de concurso o de la apertura de la fase de liquidación⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Es en este punto donde se percibe la incompatibilidad, más bien innecesaria, del artículo 159 LC con el artículo 88.4 LC. Si, de un lado, a los efectos del cómputo del pasivo y, por tanto, para la confección de la lista de acreedores, se ha descontado el interés legal por el tiempo que media entre la fecha de la declaración de concurso y la fecha prevista para el vencimiento del crédito, y este importe es el que se tiene en cuenta en el plan de pagos de la liquidación y, de otro, para que estemos ante pago anticipado, el pago en liquidación ha de hacerse antes de la fecha de vencimiento inicialmente prevista, aquella está, necesariamente, comprendida entre las dos que sirvieron para el cómputo del descuento inicial y, por tanto, el descuento que ordena el artículo 159 LC ya estaría efectuado en aplicación del artículo 88.4 LC. Volverlo ahora a efectuar, estaría duplicando el descuento. La única situación en que esto no sería así es aquella en la que el día del pago en la liquidación estuviere más allá del día del vencimiento inicial del crédito pero, entonces, no estaríamos ante pago anticipado sino postergado y no es la hipótesis del precepto.

⁶⁵⁴ VITERI ZUBIA, I., *El pago anticipado en las obligaciones a plazo, es. cit.*, p. 172 señala cómo los descuentos previstos tanto en el artículo 57 de la *Legge fallimentare* italiana y en el §41 de la *Insolvenzordnung* alemana sólo son aplicables a los créditos aplazados que no devengan intereses. Aquí se añade que la actualización al tipo de interés legal se explica por la inexistencia de un interés contractual y, de pretenderse la actualización del principal de los créditos fructíferos, se habría de efectuar al tipo de interés pactado. En realidad en el descuento en el pago adelantado subyace la misma idea que en el interés moratorio –la presunta productividad natural del dinero– y es la otra cara de la moneda: de la misma forma que el interés legal indemniza el daño en la mora o retraso en la obligación pecuniaria, el interés legal ha de detraerse si el pago se produce antes de lo establecido, compensando el beneficio de recibir la cantidad anticipadamente.

⁶⁵⁵ Bajo la legislación anterior TOMILLO URBINA, J.L., *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra, op. cit.*, pp. 137-139 proclamaba la restricción del ámbito de la norma que imponía el descuento en la quiebra a los créditos no fructíferos y la mantiene en TOMILLO URBINA, J.L., «Artículo 159», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 2492. También la sostienen VITERI ZUBIA, I., *El pago anticipado en las obligaciones a plazo, es. cit.*, p. 172 y MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», *est. cit.*, p. 352. BERMEJO, N., «Art. 88», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1591 mantiene que si el crédito es fructífero la actualización del crédito se produce por la subordinación del crédito por los intereses postconcursoales que para esta autora también se siguen devengando aun por argumentos distintos de los que aquí se sostienen (*vid. infra* III, p. 341). Por otra parte, la compatibilidad de los artículos 88.4 y 59 LC aquí se encuentra en que el primer precepto se

Estos créditos aplazados, nacidos de contratos válidamente celebrados por el deudor antes de la declaración de concurso, seguirán la suerte establecida por las reglas de los artículos 61 y 62 LC, manteniéndose en vigor salvo que concurra alguno de los supuestos de extinción voluntaria o resolución por incumplimiento previstos en las normas, y con las consecuencias crediticias en ellas establecidas⁶⁵⁶. En caso de convenio, salvo que éste expresamente se refiera al mantenimiento, resolución o novación de dichos contratos, se mantendrán incólumes las condiciones contractuales pactadas y, con ellas, el plazo establecido y su retribución⁶⁵⁷. Por el contrario, en la liquidación, perderán vigencia todos los plazos contractuales establecidos por efecto del vencimiento anticipado asociado a la apertura de dicha fase *ex* artículo 146 LC, cesando, con ello, el devengo de los intereses retributivos⁶⁵⁸.

5. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS SISTÉMICO

En este sistema concursal configurado sobre los elementos basales que se han descrito se incardinan dos disposiciones relativas al tratamiento del crédito por intereses: el artículo 59 LC que establece, como efecto propio de la declaración de concurso sobre los créditos en particular, la suspensión del devengo de intereses, legales o convencionales, con la excepción de aquellos que disfruten de «garantía real» y un tratamiento especial de los créditos salariales; y el artículo 92.3º LC que cataloga en el tercer rango del elenco de créditos subordinados los correspondientes a «intereses de

refiere a créditos no fructíferos (que no devengan intereses retributivos), mientras que el segundo ciñe su ámbito a los intereses moratorios. Por el contrario, YANES YANES, P., «Artículo 88», PULGAR/ALONSO LEDESMA/ALCOVER/ALONSO UREBA (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004, Tomo I, pp. 893-895, p. 895 plantea la duda de la compatibilidad del ambos preceptos que disipa sobre la base de considerar que, mientras que la suspensión del devengo de intereses se produce respecto de los créditos que ya venían devengando intereses, remuneratorios y/o moratorios, a la fecha de la declaración de concurso, la regla del artículo 88.4 LC se refiere a créditos «que tengan por objeto prestaciones dinerarias futuras, esto es, no exigibles al tiempo de la declaración de concurso», sin apercibirse de que también los supuestos de devengo de intereses retributivos, que expresamente considera incluidos en el ámbito del artículo 59 LC, son de créditos no exigibles por el aplazamiento que éstos retribuyen.

⁶⁵⁶ Si la propia LC contempla expresamente a los contratos de crédito como aquellos que por ser estratégicos o necesarios para la actividad empresarial convenga rehabilitar, estableciendo normas especiales para evitar una pérdida de vigencia ya acaecida (art. 68) cuánto menos no le será de aplicación las generales para el mantenimiento y vigencia de los contratos de los artículos 61 y 62 LC.

⁶⁵⁷ GARRIDO, J.M., «El momento de pago de los créditos subordinados», *est. cit.*, pp. 546-547, en esta línea, defiende que los créditos con vencimiento posterior a una espera impuesta por un convenio no se ven afectados por el convenio y que la existencia de un crédito ordinario pendiente de vencimiento, y por tanto, de cumplimiento, no impide el cumplimiento «anticipado» del convenio respecto de créditos subordinados.

⁶⁵⁸ VITERI ZUBIA, I., *El pago anticipado en las obligaciones a plazo, es. cit.*, pp. 164-165 expresa cómo, así, «mientras sea posible el convenio, los créditos conservan su respectivo vencimiento» y que la regla del vencimiento anticipado lo que consigue es remover el obstáculo que el aplazamiento y, por ende, su falta de exigibilidad, implicaría en las operaciones de liquidación.

cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía».

En la necesaria conjugación de ambas disposiciones la doctrina se ha afanado en realizarla desde la sola perspectiva del elemento temporal del crédito por intereses: partiendo de que la suspensión del devengo de intereses se predica de los que hubieran de devengarse tras la declaración de concurso, se pregunta si la regla de subordinación del crédito por intereses debe predicarse de los intereses preconcursales, de los postconcursales o de ambos, sin distinción de tipos.

Sin embargo, el análisis del crédito por intereses en el concurso, exige partir de la diferente naturaleza jurídica de los intereses retributivos y de los moratorios, a fin de incardinar su régimen coherentemente en el sistema concursal. De un lado, la LC ha traído a su articulado reglas propias de otros ordenamientos jurídicos –la subordinación de créditos del derecho alemán y norteamericano, básicamente–, integradas en un régimen concursal sensiblemente diferente al adoptado por ella, haciéndolas convivir con otras heredadas de la tradición legislativa española –la suspensión del devengo de intereses– justificadas, también, dentro de un sistema concursal radicalmente distinto al instaurado, sin aperebir que ambas son incompatibles⁶⁵⁹.

Este error no lo padecían, en general, los distintos textos predecesores de la reforma concursal, en ninguno de los cuales se encontraba un tratamiento del crédito por intereses que pueda considerarse equivalente al [aparentemente] establecido por la LC. En todos los procedimientos que se proyectaron con carácter liquidativo se reproducía [sólo] la suspensión del devengo de intereses como efecto ligado a la declaración (concurso de acreedores 1959 y concurso de acreedores 1995), dejándose claramente establecido que los intereses preconcursales se satisfacían junto al principal (concurso de acreedores 1959, concordato judicial 1959, concurso de acreedores 1983); en los proyectados total o parcialmente con carácter conservativo, el devengo de intereses o bien se mantenía (concordato judicial 1959), o bien se decretaba a los solos efectos de cuantificar el pasivo, pero se reactivaban, salvo pacto, en el convenio o tras la liquidación (concurso de acreedores 1983). El único texto que yuxtaponía suspensión con subordinación fue la Propuesta Rojo de 1995, que no llegó a alcanzar categoría de

⁶⁵⁹ Del análisis de los sistemas de derecho comparado se observa cómo en el tratamiento de los intereses postconcursales, siempre moratorios, se opta por una alternativa: o se dispone el cese del devengo de intereses al comienzo del proceso de liquidación (v. gr. Francia, Italia, EE.UU.) o se continúa el devengo pero se subordina su pago al reembolso de los demás créditos no garantizados (v. gr. Portugal y Alemania). Vid. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* de la CNUDMI –Segunda Parte– V: Administración del procedimiento – 79). Lo que resulta una extravagancia es la yuxtaposición de ambas alternativas. VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, ob. cit., p. 27, nota 16.

Anteproyecto y que, con efecto práctico reducido al de postergar su rango de cobro, subordinaba el crédito por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios; la génesis y función de esta *mera* propuesta explican que el análisis de su contenido, incluso menos gravoso que el vigente, como se explicó, no sea especialmente relevante ni clarificador en el análisis que se acomete.

La regla de la suspensión del devengo de intereses derivada de la declaración de concurso alcanza pleno sentido, tanto respecto de los intereses moratorios, como de los retributivos, si se incardina en un procedimiento de concurso cuya declaración implique, como consecuencia necesaria, el vencimiento anticipado de todas las obligaciones aplazadas. En tal caso, y por el principio de universalidad —«concursalidad»—, carece de sentido distinguir entre una y otra clase de intereses: todos los créditos, aplazados o no, resultarán vencidos *ope legis* por la declaración de concurso, siendo coherente que dejen de devengarse intereses retributivos de un plazo que desaparece. Además, dado que todos los acreedores tendrán sus créditos en mora a partir de ese momento y ninguno —salvo las tradicionales excepciones de los acreedores con garantía real— puede obtener satisfacción al margen del procedimiento, la suspensión del devengo de intereses moratorios tiene pleno sentido y, al alcanzar por igual a todos los acreedores, no supone ningún trato desigual para ninguno de ellos.

En contrapunto, la regla de suspensión del devengo de intereses no es razonable en relación con los retributivos en un sistema como el instaurado por la LC en el que la declaración de concurso no implica el vencimiento anticipado de los créditos ni la resolución de las obligaciones recíprocas, puesto que sería como mantener la vigencia del contrato de arrendamiento pero establecer la suspensión del derecho del arrendador a cobrar la renta. Esta injusta situación, predicable de cualquier supuesto de contrato de financiación, sea cual fuera la naturaleza del prestamista, es más grave aún en el caso de los financiadores profesionales cuya cuenta de resultados se verá necesariamente afectada, al impedirseles recuperar el coste de producción que suponen los intereses pagados a los depositantes para obtener los fondos a prestar.

El problema radica en haber traspuesto a la LC la institución de la suspensión del devengo de intereses recogida tanto por el artículo 1916.1º Cc, para el concurso de acreedores, como en el artículo 884 CCom, para la quiebra, cuando tales preceptos partían de la premisa del vencimiento anticipado de todos los créditos por mor de la declaración de concurso o quiebra, en contraste con el sistema vigente que parte de la premisa contraria. Y lo que es peor, se ha traspuesto tal regla yuxtaponiéndola con la de postergación legal del crédito por intereses, importada de la legislación alemana que lo instaura en procesos concursales tendentes a la liquidación y sólo para intereses

postconcursoales. Se frustra, así, la pretensión proclamada por la Exposición de Motivos de establecer un sistema concursal armónico que, lejos de serlo, se muestra absolutamente disonante y desarmónico en cuanto al tratamiento concursal del crédito por intereses, si dicho régimen se configura tal como viene haciéndose por la mayoría de la doctrina.

Por todo ello, tras la exposición de las distintas teorías vertidas hasta la fecha, se desplegarán los necesarios esfuerzos por proponer una lectura de la coordinación de la suspensión con la subordinación del crédito por intereses que engrane completamente con el sistema concursal, lo que exige, ineludiblemente, distinguir el tratamiento concursal de intereses retributivos y moratorios, tanto anteriores como posteriores a la declaración de concurso.

III. LAS TEORÍAS SOBRE LA COORDINACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO CON LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES MEDIANTE EL CRITERIO TEMPORAL DE SU DEVENGO

En la necesidad de dar una lectura integrada a las reglas de suspensión del devengo de intereses y de subordinación del crédito que en ellos consista, unánimemente, se acude a la consideración del momento de su devengo según sea anterior o posterior a la fecha de declaración del concurso, con independencia de qué clase de intereses sea. Son dos las posturas doctrinales que en esta línea pueden distinguirse⁶⁶⁰.

1. LA SUBORDINACIÓN AFECTA A LOS INTERESES DEVENGADOS CON ANTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Sobre la premisa de que la declaración de concurso suspende el devengo de los intereses de todo tipo (art. 59 LC), se interpreta mayoritariamente que la subordinación

⁶⁶⁰ BÉJAR, J., «Artículo 92», *est. cit.*, p. 471 realiza, no obstante, una interpretación del artículo 92 LC aislada e independiente de la disposición de la suspensión del devengo de intereses y se limita a afirmar que «la ley no distingue entre los intereses devengados antes y después de la declaración de concurso, por lo que todos ellos habrán de considerarse subordinados». Por su parte dejan meramente apuntada otra solución en la línea aquí mantenida, DE ANGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 583, quienes tras defender que, al referirse el primer inciso del artículo 59, genéricamente, a los *intereses*, sean legales o convencionales, pero sin mayor distinción, debe concluirse que se encuentran incluidos tanto los remuneratorios como los moratorios y punitivos, añade que «no obstante, no debe descartarse, a nuestro entender, que la subsistencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte (art. 61.2), no afectase a los intereses a que ese contrato diese lugar, a cargo del concursado no se vieran afectados por la «suspensión del devengo» objeto del presente artículo 59. Si así fuese, la deuda de intereses en cuestión sería con cargo a la masa [art. 61.1.2º in fine]. Consideramos que es tesis defendible, precisamente como consecuencia de la reciprocidad o sinalagma.»

o postergación del crédito de intereses (art. 92.3º LC) no puede, obviamente, referirse a los que desaparecen. Por tanto, son sólo los intereses *preconcursoales*, devengados antes de la declaración de concurso, los que sufren el efecto de su degradación concursal. Junto a ellos se sitúan los intereses de los créditos salariales, que mantienen su devengo siquiera con este rango subordinado, por así disponerlo expresamente, como excepción, el art. 59.1 LC.

Ninguno de los defensores de esta interpretación propugna una discriminada lectura en función de la clase o naturaleza de los intereses. Sin embargo, se observa que la valoración crítica que recibe tal solución oscila entre quienes la consideran altamente injusta, desde la óptica de los intereses retributivos, y quienes la ven como inevitable y coherente con la *ratio* de la subordinación, por contemplarla desde el prisma de los intereses moratorios⁶⁶¹.

⁶⁶¹ GARRIDO, J.M^a, «Créditos subordinados (art. 92)», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1664, para quien «en el momento de la declaración de concurso opera *ex lege* una separación entre el principal del crédito, que será clasificado en el lugar que le corresponda y los intereses devengados hasta entonces, que tendrán la consideración legal de subordinados de tercer rango». Este autor había defendido a la luz del Anteproyecto de Ley Concursal en «La graduación de créditos», *est. cit.*, pp. 240-241 que «ante la indeterminación del Proyecto de Ley, quizá fuera necesario precisar en este sentido el alcance de la subordinación [que los intereses a subordinar son sólo los postconcursoales]: de otro modo, si todos los intereses devengados por los créditos, con independencia del momento de nacimiento de esos intereses, fueran subordinados en el concurso, se producirían situaciones de clara injusticia, precisamente en casos de acreedores que han prestado financiación a largo plazo al deudor y acumulan no sólo un crédito importante, sino sobre todo unos sustanciosos intereses». BLASCO GASCÓ, F., «Artículo 158», *est. cit.*, p. 1646 quien considera que la norma no debería alcanzar a los intereses generados o devengados antes del concurso, «pues tales intereses forman parte de la deuda»; ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva», *est. cit.*, pp. 401-402 para quien «por tanto, si los intereses postconcursoales dejan de devengarse y sólo en los casos y condiciones indicadas pueden satisfacerse, habrá que entender que los intereses que se subordinan son los anteriores a la declaración de concurso por muy injusto que ello resulte (...); BASOZÁBAL ARRUE, X. «Contrato parciario», *est. cit.* «claro que la subordinación de los créditos por intereses preconcursoales (la Ley Concursal –art.59- excluye toda otra opción) constituye uno de los errores más palmarios de la nueva ley»; GUILARTE GUTIERREZ, V., «Artículo 92», *est. cit.*, pp. 2046-2048, para quien «desde una perspectiva *lege ferenda* resulta harto cuestionable la postergación de los intereses vencidos, y no percibidos, con anterioridad a la ley concursal (...) no existe objetivamente razón alguna para que determinados rendimientos de capitales inmobiliarios –las rentas de los inquilinatos por ejemplo- no percibidos y vencidos con anterioridad al concurso se consideren créditos ordinarios, como parece deben ser, y otros rendimientos de los capitales mobiliarios, como son los intereses, sí se posterguen»; PANTALEÓN PRIETO, F., «De la clasificación de los créditos», en DE LA GANDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *est. cit.*, p. 538 estima injustificable que no quepa más respuesta que los intereses que se subordinan son los devengados con anterioridad a la declaración de concurso. MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados», *est.cit.*, pp. 69-72, lo considera adecuado a la *ratio* de la subordinación y MERCADAL, F., «Artículo 92», *est. cit.*, pp. 451-452 considera que con la subordinación de los intereses devengados antes de la declaración el acreedor asume un sacrificio razonable en una situación concursal por «razones de política jurídica que parecen fundadas»; VILA FLORENSA, P., «Artículo 59», *est. cit.*, p. 634, para quien se degradan los intereses que se hayan devengado antes de la declaración de concurso, sean moratorios o retributivos y en su interpretación de la coordinación de ambas normas concluye que «aunque no lo explicita la norma, parece claro que la subordinación de los créditos en concepto de intereses devengados antes de la apertura del concurso se producirá respecto de los que el concurso produce el efecto de suspender su devengo, y, así, quedarán exceptuados de tal previsión tanto los créditos con garantía real (también aquí hasta donde alcance la respectiva garantía) como los créditos salariales (...) Tanto en uno como en otro caso los intereses ya

Esta opinión doctrinal mayoritaria es también seguida en las escasas resoluciones judiciales recaídas, a día de hoy, sobre la coordinación de las reglas en conflicto; resoluciones en las que, acogiendo también una cómoda interpretación [aparentemente] literal del precepto relativo a la suspensión de los intereses, legales o convencionales, deduce que los únicos que pueden ser objeto de subordinación son, *evidentemente*, los devengados antes de la declaración de concurso⁶⁶².

devengados al declararse el concurso se beneficiarán del privilegio (*sic*) especial que asegura al crédito principal (arts. 90 y 91 LC).»; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 92», *est.cit.*, p. 735-735 quien valora la norma como una mera decisión de política legislativa que «será más o menos justificable, pero que está ahí» y que hace aventurar una reacción defensiva en los acreedores profesionales que convertirá la norma en ineficiente; SASTRE PAPIOL, S., «Los créditos subordinados», *est. cit.*, pp. 3919-3920 quien se decanta por esta interpretación que considera menos equilibrada y equitativa de la contraria de entender que se subordinan los posteriores, por así deducirlo claramente de la tramitación parlamentaria del precepto y sin perjuicio de considerar la solución desigual e injusta para los acreedores por servicios financieros; en «Artículo 92», *est. cit.*, p. 1136 también augura la oportuna reacción de las entidades financieras y pone de manifiesto la «patente desigualdad de trato del prestador de servicios financieros»; VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, pp. 99-100 para quien resulta injustificada la postergación de los intereses concursales, especialmente los de carácter remuneratorio para los que «la solución legislativa se antoja injusta, por no decir abiertamente expropiatoria» no quedando sino «lamentar que se haya traído tan alegremente una solución pergeñada para los intereses moratorios al campo de los remuneratorios»; GARCÍA-POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos*, *op. cit.*, p. 155, quien destaca las consecuencias de la subordinación de intereses respecto a entidades financieras, pues «su beneficio no es otro que el interés pactado. Por lo tanto, al subordinar el interés se subordina su beneficio, lo que no ocurre con el resto de los acreedores.»; DÍEZ SOTO, C., *Concurrencia y prelación de créditos*, *ob. cit.*, p. 73; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», *est. cit.*, p. 351; JUAN Y MATEU, art. 59, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, p. 1105; FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, *ob.cit.*, pp. 254-256; MORAN BOVIO, D. «Obligación de intereses en la Ley Concursal», *est. cit.*, p. 3005; BAÑULS, F.A., «El concurso de acreedores y el contrato de descuento», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 17, 2009 (2), pp. 193-246, p. 242; BLASCO GASCÓ, F.P., *Prelación y pago a los acreedores concursales*, *ob. cit.*, pp. 155-156; PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal », *est. cit.*, p. 365.

⁶⁶² **STS núm. 317/2012 de 25 mayo (RJ/2012/6543)**: «según la LC los créditos por intereses, cuyo devengo queda suspendido, como regla general, por la declaración del concurso - artículo 59.1- deben ser calificados como subordinados, cualquiera que fuera su clase, con la salvedad, que no concurre en el supuesto enjuiciado, de los generados por créditos protegidos con garantía real, hasta donde alcance la misma - artículo 92.3 -. Con tal solución, el derecho a los intereses, pese a ser estos accesorios del principal a la entrega del capital que los produce - pues se trata de frutos civiles de lo que es debido a otro: artículos 354 y 355 Cc-, resulta calificado en el concurso, con aquella salvedad, como si fuera independiente del derecho al capital y sigue una suerte que puede ser distinta a la de éste. La calificación atribuida, por razones objetivas, al crédito a los intereses responde a que se considera que sus titulares han de ser postergados respecto de los que lo son de los créditos (*sic*) ordinarios, por exigirlo así la organización de la comunidad de pérdidas que la norma considera adecuada». **SAP Huesca (Sección 1ª), núm. 195/2006, de 18 octubre (AC 2006/1919)**: «es de resaltar que cuando un recargo no tiene una función sancionadora es porque desarrolla un papel similar a los intereses, que también son créditos subordinados conforme al artículo 92.3 sin que tal previsión deba entenderse referida a los postconcursoales, como aboga algún autor como el citado en el recurso pues, tal y como ha sido puesto de manifiesto por otros autores, el artículo 92.3 se está refiriendo a los intereses anteriores al concurso, los concursales, pues los posteriores se encuentran sometidos al régimen del artículo 59 de la Ley». **SJMER Oviedo, nº 1, número 32/2005, de 14 de junio**: «el problema en este punto surge a la hora de determinar a qué intereses se está refiriendo el art. 92-3º L.C. cuando habla de ‘intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía’. Para algún autor la subordinación ha de limitarse a los intereses devengados con posterioridad a la apertura del concurso, pues en otro caso se producirían situaciones injustas, precisamente en los casos de acreedores que han prestado financiación a largo plazo al deudor

2. LA SUBORDINACIÓN AFECTA A LOS INTERESES DEVENGADOS CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Otras teorías –minoritarias– concluyen que sólo se subordinan los intereses posteriores a la declaración de concurso. Parten de la necesidad de alcanzar esta conclusión por la injusta e incoherente posición contraria, de considerar que intereses devengados con anterioridad a la declaración de concurso puedan sufrir la degradación crediticia. Sin embargo, dentro de ellas y dependiendo de la lectura dada al efecto de la suspensión, unas ciñen la subordinación a los intereses postconcursoales de los créditos salariales y otras la extienden a los postconcursoales derivados de cualquier clase de crédito.

Así, de un lado, hay autores que defienden una lectura conjunta de los artículos 59 y 92.3º LC que pase por considerar que los intereses que se subordinan son los posteriores a la declaración que mantienen su devengo (art. 59 LC) y que no resultan afectados por la excepción a la postergación, esto es, que no están amparados por garantías reales (art. 92.3ºLC). En definitiva, serían los intereses de los créditos salariales, excluidos de la suspensión y no contaminados de privilegio especial, los únicos que padecerían la degradación crediticia, conforme sería expresamente proclamado por el propio artículo 59.1 *in fine* LC⁶⁶³.

*y que acumulan no sólo un crédito importante, sino sobre todo un sustancioso interés. Sin embargo la interpretación conjunta de esta norma con el resto de la regulación legal que afecta a los intereses conduce a otro resultado. Efectivamente, habremos de considerar: El art. 59-1 LC dispone que ‘desde la declaración del concurso quedará suspendido el devengo de los intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía’. De esta regla se desprende que puesto que los intereses postconcursoales no se devengan, no se podrá referir a ellos la subordinación legal. Cuando esa misma norma señala que ‘Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el art. 92-3º de esta Ley’ se está refiriendo a los intereses generados por los créditos salariales a los que hace mención previamente. El art. 59-2 *in fine* LC expresa que ‘en caso de liquidación si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional’, lo que solo puede interpretarse como referido a los intereses postconcursoales, pues carecería de sentido que los intereses preconcursoales que se configuran legalmente como créditos subordinados de 3º grado se pagaran sin embargo en último lugar. También conduce a ello la Exposición de Motivos al hacer referencia en su apartado V que «la categoría de los créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos’, pues carecería de lógica que los intereses se limitaran a los devengados por los créditos públicos posteriores a la declaración del concurso. De todo ello solo cabe concluir que los créditos por intereses subordinados son únicamente los anteriores a la declaración del concurso, de tal manera que los intereses postconcursoales se sujetarán, en caso de liquidación, a las reglas de pago fijadas en el art. 59-2 *in fine* LC».*

⁶⁶³ CORDERO LOBATO, E., «Artículo 92», *est. cit.*, p. 92 «no parece sensato entender que van a ser subordinados unos créditos por el solo hecho de tratarse de un crédito por intereses. En definitiva, lo correcto es entender que –al igual que sucede en el Derecho alemán– el artículo 92.3º LC se refiere únicamente a los intereses posteriores a la declaración de concurso, lo que, como indicábamos con anterioridad, significaría que la subordinación sólo alcanza a los intereses de créditos salariales»; CARRASCO PEREA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, *op. cit.*, pp. 70-71 para quien

Por otro lado, hay quienes concluyen que los intereses que se subordinan son los *postconcursoales* y, haciendo coincidir el ámbito material de ambas normas, propugnan la idea de considerar la suspensión de intereses como un mero expediente técnico de contabilización del crédito: simplemente no se toman en consideración en la cuantificación del crédito principal pero, en realidad, se siguen devengando, debiendo ser satisfechos dentro del procedimiento; cuestión distinta será el rango en que esto se efectúe, lo que ha de resolverse con la norma del artículo 92.3° LC, que establece su subordinación⁶⁶⁴.

Papel destacado entre las tesis defensoras de esta conclusión ocupa la defendida por BERMEJO. Para esta autora, la explicación de este «binomio normativo» ha de partir de considerar la distinta función que uno y otro precepto tienen, lo que permite y exige que ambos se refieran a los intereses *postconcursoales*. Los intereses *preconcursoales* seguirán la misma suerte que su principal, puesto que, de un lado, son créditos ya devengados cuyo monto integra el valor del crédito y así ha de reconocerse en la lista de acreedores *ex art. 94.2 LC*, y de otro, ninguna norma en la LC establece expresamente su subordinación. La *suspensión* del devengo de los intereses es un *efecto del concurso* que facilita la participación de los créditos fructíferos en el procedimiento; se trata, simplemente, de valorar homogéneamente los créditos *concursoales* para otorgarles su cuota de responsabilidad (cuota de participación y cobro en convenio y cuota de reparto en la liquidación). Por tanto, es sólo una ficción que «significa, simple y llanamente, no tomarlos en consideración en la cuantificación del crédito principal como crédito

«los créditos por intereses que se subordinan deben ser los créditos *postconcursoales*, no los *preconcursoales* que son créditos ordinarios (...) realmente, sólo los salariales que son los únicos no afectados por la declaración de concurso, *ex 59.1 LC*. No se pueden subordinar los intereses devengados antes del concurso, pues se estaría imponiendo una norma injustificadamente expropiatoria de los acreedores que financian al deudor a largo plazo, y, además, por una conducta que no es reprochable, sino eficiente económica y socialmente.»

⁶⁶⁴ VEIGA COPO, A.B., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *est.cit.*, pp. 30-40, para quien «los intereses quedan suspendidos, que no extinguidos ni menos cancelados (...); son los *postconcursoales* los que, primero, se suspenden y por tanto no son tomados en la radiografía patrimonial del pasivo del deudor, pues los anteriores al concurso deben ser incluidos junto al principal en la valoración del crédito al tiempo de la apertura del concurso, y luego son subordinados». Añade que el rango en que han de satisfacerse los créditos por estos intereses suspendidos es el concedido por el artículo 92.3° LC, dejando sin explicar el sentido que, en esa interpretación, tiene el párrafo segundo del artículo 59 LC regulador de la «reactivación» de los intereses suspendidos. Con posterioridad, en *La verificación de créditos en el concurso*, *op. cit.*, p. 226 concreta que la suspensión y la subordinación tienen ámbitos distintos, pues la primera es un efecto propio del concurso y la segunda lo es de las reglas de prelación de créditos que estatuye la Ley, añadiendo que el artículo 94.2 LC señala que la lista de acreedores reflejará el crédito por su cuantía total incluyendo capital o principal e intereses. Por su parte, ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El registro de la propiedad y la preferencia del crédito*, *op. cit.*, p. 242, quien califica la subordinación del crédito por intereses como una nueva extravagancia de la LC cuya interpretación ha de ser restrictiva, se inclina por entender que la limitación de la deuda de intereses y su subordinación deben referirse exclusivamente a los intereses *postconcursoales*, porque sólo respecto a ellos tiene sentido la excepción del alcance de la garantía hipotecaria y pignoratícia recogida en el artículo 92.3° LC.

concurzal. En realidad, los intereses se siguen devengando tras la declaración de concurso (...) y deben satisfacerse en el procedimiento abierto. No en vano, se trata de créditos que tienen su origen en una relación obligatoria anterior a la declaración y, por lo tanto, son créditos concursales». La *subordinación*, por otro lado, es una *regla de prelación* y, por lo tanto, de pago de los créditos por intereses postconcursoales, que es perfectamente compatible con la regla de la suspensión, pues, «en la medida en que ésta es sólo una ficción, tiene toda la lógica que la ley disponga en qué grado han de satisfacerse unos intereses que, en realidad, se devengan»⁶⁶⁵.

Añade que el propio legislador habría reconocido la vinculación entre ambas reglas, pues expresamente en el precepto que regula la suspensión aclara que los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados, rechazando que tal remisión se produzca, exclusivamente, a los intereses de los créditos salariales pues, en su opinión, si lo que se pretendía era proteger el crédito salarial de su devaluación durante el concurso, malamente se conseguiría eso si los mismos resultaran subordinados. Por tanto, se siguen devengando, aun cuando no computando, todos los intereses, que serían créditos subordinados, mientras que los intereses de los créditos salariales, se seguirán devengando, y computando, y pagando, con la categoría de su principal⁶⁶⁶. En cuanto a los intereses de los créditos subordinados, a falta de previsión expresa, defiende que deberán ser satisfechos como subordinados de tercer nivel los correspondientes a los subordinados de los dos niveles anteriores, mientras que los de los demás, deberán compartir el mismo grado de subordinación que el del crédito principal.

En la necesidad de dar explicación al tenor literal del artículo 59.2 LC, de cuya literalidad se desprende que los intereses postconcursoales suspendidos tienen unas reglas especiales de pago según continúe el concurso por convenio o por liquidación (que resultarían incompatibles con la lectura que efectúa), aboga por una *interpretación sistemática*. En la liquidación, no se produciría la «subordinación de la subordinación» a la que conduciría la interpretación meramente gramatical, sino que habría que entender que los intereses postconcursoales se satisfarán en liquidación «una vez cubiertos la totalidad de los créditos concursales que sean de mejor condición que los créditos por intereses postconcursoales»⁶⁶⁷. En definitiva, se satisfarán, si queda remanente, una vez satisfecho el pasivo privilegiado, el ordinario y las dos primeras clases del subordinado. Añade que se satisfarán al tipo de interés pactado y, aun cuando la Ley guarde silencio, al tipo de interés legal si se trata de intereses que se devengan a este tipo (*v. gr.* por tratarse de intereses moratorios).

Como esta interpretación sistemática lleva a la autora a dejar sin sentido de especialidad el inciso del artículo 59.2 LC, que interpreta reconduciéndolo a las reglas generales de la

⁶⁶⁵ BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, pp. 235-254.

⁶⁶⁶ BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 249, en su particular lectura de la suspensión como una ficción sin efectos materiales explica la referencia a la excepción en la paralización del curso de los intereses proclamada para los créditos salariales por el artículo 59 LC, en el sentido de que, a diferencia de los demás créditos, la fijación del valor concursal del crédito salarial es dinámica y se computará por el principal, los intereses devengados antes de la declaración y los que se vayan devengando tras la declaración de concurso, al tipo de interés legal, ocupando tanto los intereses anteriores como los posteriores el rango que corresponda al crédito principal. Los únicos intereses del crédito salarial que quedarían afectados por el binomio suspensión-subordinación sería la diferencia entre el interés moratorio laboral (10%) y el interés legal a que los reduce la declaración de concurso (art. 59 LC).

⁶⁶⁷ BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 243.

liquidación, explica que la especialidad reside, según la tramitación parlamentaria del precepto, en que en liquidación no se opta, como en convenio, por la *reactivación* al tipo menor entre el pactado o el legal. Y en solución por convenio, no es que los acreedores puedan decidir si se atiende o no el pago de los intereses postconcursoales a que llevaría la literalidad del precepto, sino que, como los intereses realmente sí se devengan, los intereses postconcursoales también podrán ser exigidos frente al concurso, si bien con la doble condición de subordinados y de reducidos al tipo legal o convencional, el que resulte menor (sin perjuicio de que, como créditos concursales, queden afectados al contenido de un eventual convenio con quitas homogéneas para todos). Pero añade que, en realidad, el precepto lo que está autorizando es la posibilidad de que los acreedores puedan «acordar una quita más amplia para los créditos por intereses que para el crédito principal, pudiendo esa quita llegar a ser total»⁶⁶⁸.

Especialmente crítico con esa tesis, según la cual son los intereses *postconcursoales* tanto los supendidos como los subordinados, se muestra VÁZQUEZ CUETO para quien no se trata de una teoría argumentada y cohesionada sino «una apología, habilidosamente encubierta, de la no inclusión en general de las deudas por intereses ya devengados en la categoría de los créditos subordinados (...) [que] adolece de una falta de consistencia llamativa, tanto en el plano dogmático como en el de la construcción de un régimen sólido para los intereses, coherente y sistemáticamente acoplado con el resto de la legislación concursal»⁶⁶⁹.

No le satisface el argumento teleológico de la falta de equidad de la opuesta de recibir los intereses ya devengados a la fecha de la declaración un tratamiento injustificadamente discriminatorio respecto de cualquier otra deuda concursal, ni el derivado del análisis del derecho comparado que inspiró al legislador, donde no se encuentra precedente alguno de la subordinación de intereses ya devengados; ni, por supuesto, los complementarios gramaticales, sistemáticos y de análisis de los distintos proyectos de reforma concursal, en todos los cuales aprecia «pie forzado». En su opinión, los argumentos teleológico y jurídico-comparado, de protagonismo creciente en la interpretación de las normas de derecho privado, no deben llevar al extremo de forzar la letra, la sistemática y el espíritu de la Ley plasmado en la EM.

Destacando la 'originalidad' en el Derecho comparado de la interpretación admisiva de la subordinación de los intereses precursoales y lo injusto y no equitativo de tal solución respecto al tratamiento recibido por los demás créditos concursales, así como su inoportunidad en un contexto no liquidatorio sin vencimiento anticipado de las

⁶⁶⁸ BERMEJO GUTIERREZ, N., «El crédito por intereses», *est. cit.*, p. 244. En la medida que no distingue en el tratamiento concursal del crédito por intereses retributivos y moratorios señala que cuando el artículo 59.2 LC, en convenio, impone una reducción sobrevenida del importe de los intereses sobre el menor entre el tipo legal y el convencional se está ignorando el ajuste realizado por las partes sobre el riesgo y la rentabilidad como componentes esenciales del crédito, lo que valora como la imposición de un sacrificio no justificado a ciertos acreedores, al existir fórmulas alternativas para paliar la eventual diferencia entre los tipos de interés pactados, como las seguidas en ciertos ordenamientos comparados.

⁶⁶⁹ VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses*, *ob. cit.*, pp. 21-32.

deudas del concursado, VÁZQUEZ CUETO considera que tales argumentos sólo sirven como herramienta hermenéutica si encuentran cierto apoyo en la Ley, sirviendo sólo, en otro caso, como argumentos para criticar la norma vigente o proponer soluciones *de lege ferenda*; y dado que nada dice la Ley explícitamente a favor de una u otra postura, entiende que el total elenco de créditos concursales, sean ordinarios, privilegiados o subordinados, está constituido por créditos nacidos a la fecha de la declaración de concurso, sin que se entrevea una excepción para el caso de los intereses. Además, pone de manifiesto que, de devengarse los intereses tras la declaración y tener el carácter de subordinados, conforme el artículo 59.2 LC, debería en el convenio pactarse expresamente su pago, lo que violentaría la regla general de quedar sometidos todos los créditos concursales (excepto los privilegiados) a la eficacia del convenio, salvo pacto expreso.

Expuestas las distintas teorías y dados los argumentos y contraargumentos para diferenciar el tratamiento concursal del crédito por intereses según su fecha de devengo, se afirma no compartir ninguna, pasando a plantear el tratamiento que se entiende debe recibir el crédito por intereses en el concurso.

IV. EL TRATAMIENTO CONCURSAL DEL CRÉDITO POR INTERESES

1. EL ENGRANAJE DE LA SUSPENSIÓN Y LA SUBORDINACIÓN EN FUNCIÓN DE LA CLASE DE INTERÉS Y EL MOMENTO DE SU DEVENGO Y EXIGIBILIDAD

La distinta naturaleza y función –jurídica y económica– de los intereses retributivos y moratorios aconseja defender un régimen jurídico discriminado, también, en el ámbito concursal. Sobre las premisas antes sentadas se propone una lectura que coordine las reglas de suspensión y subordinación del crédito por intereses, distinguiendo los efectos que la declaración de concurso implica en relación con unos y otros y, consecuentemente, un tratamiento concursal de los intereses retributivos exigibles antes de la declaración de concurso distinto del que reciban los de la misma clase exigibles posteriormente, distando ambos supuestos del tratamiento que corresponda a los intereses moratorios devengados antes de la declaración del estado concursal que será diferente al de los moratorios que hubieren de devengarse tras el concurso. Todo ello sobre la base y por los razonamientos que ha quedado expuestos (*vid. supra* cap. 1º.IV y V, pp. 152 a 174), de la inadecuada e impropcedente extensión a los intereses retributivos del efecto de la suspensión del devengo de intereses proclamada por el artículo 59 LC. Una interpretación histórica, sistemática, finalista y en concordancia constitucional,

compatibles con la interpretación literal o gramatical del precepto, permite concluir que los intereses cuyo devengo se suspende como consecuencia de la declaración de concurso son, únicamente, los intereses moratorios.

Como se analizó en la primera parte de esta memoria, mientras los intereses moratorios sólo son pagables *ad tempus*, habiendo de coincidir necesariamente el momento de su devengo y el de su exigibilidad, los intereses retributivos pueden ser prepagables o postpagables, es decir, puede convencionalmente diferenciarse y distanciarse el momento de su exigibilidad y el de su devengo. De ahí que, en las sucesivas referencias a intereses moratorios preconcursales y postconcursales, la alusión a intereses devengados se haya de entender hecha al momento de su exigibilidad, que coincide con el de su devengo. Sin embargo, en las que se hagan a los intereses retributivos, la clave para discernir entre preconcursales o postconcursales no será el momento «natural» de su devengo, sino el momento contractualmente pactado de su exigibilidad, que podrá o no coincidir con aquél⁶⁷⁰.

2. EL RÉGIMEN DE LOS INTERESES MORATORIOS POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Los intereses moratorios a devengar tras la declaración de concurso son los únicos que deben considerarse comprendidos en el supuesto de hecho de la regla de la suspensión del artículo 59 LC (*vid. supra* cap.1º.V.3, pp. 166 y ss).

Los créditos concursales vencidos y en situación de mora previa a la declaración de concurso dejarán, a tal fecha, de devengar intereses moratorios contra la masa, fueran éstos legales o convencionales, sin perjuicio de su eventual reactivación posterior. Idéntica suerte paralizante tendrán los intereses derivados de créditos concursales que venzan con posterioridad, que no comenzarán a producirlos. No obstante, el devengo de estos intereses moratorios podrá mantenerse respecto de cualquier codeudor, deudor solidario o garante del concursado, quien en caso de disponer de la facultad de repetición y/o subrogación contra éste, no podrá satisfacerse en el concurso –*a priori* y salvo los supuestos de reactivación– de los que hubiera pagado al acreedor (*vid. supra* cap.1º.V. 4.D), p. 177).

Como excepción, en primer lugar, se mantiene el devengo de los intereses moratorios de los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva

⁶⁷⁰ A partir de aquí se recogen y concordan las conclusiones alcanzadas en capítulos y epígrafes anteriores, pero no se reiteran los argumentos utilizados entonces para obtenerlas. Se procede, por ello, a efectuar la remisión oportuna en cada lugar.

garantía. En esta excepción hay que considerar incluidas tanto las genuinas garantías reales, como las asimiladas a ellas en la LC (arrendamiento financiero, reserva de dominio, *etc.*). El límite lo marca el de la propia garantía y, en el frecuente caso de ser el crédito hipotecario, será la responsabilidad hipotecaria máxima determinada e inscrita para tal específico concepto. En tal caso, en lo que queden cubiertos, los intereses moratorios que se sigan devengando compartirán el rango de privilegio especial (art. 91 y 92.3º LC) y en su exceso, quedarán sometidos a la regla general de suspensión y eventual reactivación (*vid. supra* cap.1º.VI.1, pp. 178 a 191).

Una segunda excepción la representan los créditos estrictamente salariales, reconocidos en el procedimiento como crédito concursal de cualquier rango que no sea el de subordinado, los cuales mantienen también el devengo de intereses moratorios, si bien, de un lado, lo harán reducidos al tipo de interés legal del dinero (art. 59.2 LC) y, de otro, serán considerados créditos subordinados y, por tanto, no compartirán el rango del principal (art. 59.2 en relación con el 92.3º LC) (*vid. supra* cap.1º.VI.2, pp. 191 a 197).

En cualquier caso en que los intereses moratorios resulten suspendidos como efecto de la declaración de concurso, pueden llegar a reactivarse y ser satisfechos, tanto si el concurso concluye con convenio, como si lo hace con liquidación (art. 59.2 LC):

(i) En caso de finalización por convenio, la reactivación será a condición de tratarse de un convenio que no implique quita y en el que se pacte expresamente el cobro, total o parcial, de los intereses moratorios de todos o algunos de los créditos concursales vencidos, correspondientes al período de tiempo transcurrido desde su vencimiento y entre la fecha de la declaración del concurso y la de la eficacia del convenio y, como máximo, al tipo legal, o al convencional si fuera menor. Si estos intereses no se reactivan en esos términos o condiciones y el convenio se cumple, se extinguen definitivamente (*vid. supra* cap. 1º.VII.2, pp. 201 a 207).

(ii) En caso abocar el concurso en la liquidación, la reactivación será a condición de resultar remanente del producto de los bienes realizados, tras el pago de todos los créditos concursales (incluidos los subordinados). Se reactivarán los intereses moratorios de todos los créditos concursales –vencidos todos por efecto de la apertura de la liquidación– correspondientes al periodo de tiempo transcurrido desde su vencimiento y entre la fecha de la declaración de concurso y la de su pago efectivo, que habrán de ser satisfechos *ope legis* por la administración concursal, a prorrata entre todos los acreedores, calculados al respectivo tipo convencional o, en su defecto, al del interés legal del dinero (*vid. supra* cap.1º.VII.3, pp. 207 a 211).

3. EL RÉGIMEN DE LOS INTERESES MORATORIOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Los intereses moratorios devengados con anterioridad a la declaración de concurso y, por tanto, calculados conforme a los tipos legales –generales o especiales– o contractuales que fueran de aplicación, reciben la postergación crediticia establecida por el artículo 92 LC, apostándolos en el tercer escalón de su rango, lo que los sitúa en la posición jurídica restringida que la LC configura para los acreedores subordinados (*vid. supra* cap.2º.V.4 y 5, pp. 283 a 291)⁶⁷¹.

Como excepción, los intereses moratorios de los créditos que disfruten de garantía real o asimilada no sufrirán tal postergación hasta el límite de la respectiva garantía. Éste, en el caso de hipoteca, vendrá marcado por la responsabilidad hipotecaria máxima determinada e inscrita en el Registro para tal específico concepto, por lo que los intereses moratorios devengados por estos créditos privilegiados a la fecha de la declaración, en lo que queden cubiertos, compartirán con su principal el rango de privilegio especial (art. 91 y 92.3º LC) y, en lo que excedan, quedarán sometidos al régimen de la subordinación crediticia⁶⁷² (*vid. supra* cap.2º.V.4. B), pp. 288 a 290).

Anteriormente se ha expuesto cómo la subordinación de los intereses moratorios, hecha abstracción del momento de su devengo, parecía una medida de política legislativa razonable con base en su propia naturaleza indemnizatoria y su carácter accesorio, los cuales compaginan con el trato desmerecido que conlleva su consideración de crédito subordinado. No obstante, ahora, se quiere poner de manifiesto cómo esta medida a la que aboca la yuxtaposición de ambas reglas –suspensión *v.* subordinación–, aplicada a los intereses moratorios preconcursales, carece de parangón en los antecedentes vistos, convirtiendo al español en el único ordenamiento concursal que impone un peor trato a los intereses moratorios preconcursales del que corresponde al principal del que deriven. Esta *independización* del rango del principal no se compadece con la accesoriedad que les es propia y supone desmerecer la indemnización que corresponde a quienes llevan más tiempo padeciendo la situación de mora del deudor. Sin embargo, es una decisión de política legislativa que, aun discutible, es constitucionalmente viable al mantener las razones que,

⁶⁷¹ No obstante, si bien en fase de liquidación compartirán con el resto de acreedores subordinados el ocupar los últimos lugares en el turno de reparto del dividendo concursal, en la fase de convenio disfrutarán de una posición relativamente menos restringida. Al gozar de la particularidad de ser, además de acreedores subordinados por los intereses moratorios devengados, acreedores de otro rango, el que le otorgue la titularidad del crédito por principal del que estos accesorios deriven, podrán participar en el procedimiento, si bien sólo en la proporción que la cuantía de aquéllos principales les conceda.

⁶⁷² Como se vio si bien la medida de la subordinación de los intereses moratorios devengados con anterioridad a la declaración de concurso encuentra su justificación en evitar que, ante la insuficiencia patrimonial, el cobro de intereses moratorios de unos implique que otros no cobren parte de principal, es cierto que produce el efecto de igualar a los acreedores cuando algunos llevan más tiempo que otros en morosidad de su crédito y, por tanto, han sufrido un mayor daño derivado de la insolvencia. Esto podría justificar un planteamiento más allá del que aquí se propone, que propugnara la derogación íntegra de la subordinación del crédito por intereses por carecer de proporcionalidad constitucional, también, la de los moratorios.

aisladamente considerada, la sustentan (*vid. supra* cap.2º.V.3.C), pp. 280 a 281).

4. EL RÉGIMEN DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Hablar de intereses retributivos posteriores a la declaración de concurso tiene como premisa la vigencia de un contrato de financiación de cuya eficacia derivan. En el régimen concursal de los contratos de financiación hay que distinguir entre el tratamiento del principal y el de los intereses, a cuyo fin conviene utilizar como paradigma el contrato de préstamo de dinero a interés, al que son parangonables, en mayor o menor medida, todos los demás de financiación.

Del contrato de préstamo surge un doble binomio de obligaciones recíprocas entre sí: la de entrega por el prestamista de la suma prestada se corresponde bilateral y recíprocamente con la de su restitución a cargo del prestatario; y la obligación del prestamista de mantener al prestatario en la disponibilidad de lo prestado, durante el tiempo acordado, se corresponde bilateral y recíprocamente con la del prestatario de satisfacer el interés pactado durante la vigencia del contrato según el montante de la suma adeudada (*vid. supra* primera, III.1.E, pp. 47 a 58). Ello ha de entenderse sin perjuicio del eventual pacto de exigibilidad de los intereses en momento distinto del de su devengo y de que los intereses puedan estar liquidados de antemano en un cuadro de amortización o exijan posteriores operaciones matemáticas para su determinación (*vid. supra* primera, III.2.G), pp. 80 a 82).

Por su parte, la LC mantiene la vigencia de los contratos de los que deriven obligaciones recíprocas [*rectius* mantiene la vigencia de esas obligaciones recíprocas pendientes de vencimiento y cumplimiento], pero la suerte concursal del crédito o de la deuda recíproca depende de estar pendiente el cumplimiento de dichas obligaciones [no los contratos, en puridad], a la fecha de declaración de concurso, por una o ambas partes del contrato. En el primer caso (desde la perspectiva de ser declarado el concurso del deudor, que es la única que ahora interesa), el crédito de la contraparte es concursal y no cabe la resolución por incumplimiento del concursado (arts. 61.1 y 62.1 LC). En el segundo, es decir, pendiente el vencimiento y cumplimiento por ambas partes, las obligaciones contractuales recíprocas a cargo del concursado devienen para la contraparte un crédito contra la masa (arts. 61.2 y 84.2.6º LC), cabiendo la resolución por su incumplimiento, cuyas consecuencias restitutorias serán contra la masa sólo si el incumplimiento es anterior, aun cuando pueda resolverse por incumplimientos anteriores si es un contrato de tracto sucesivo (arts. 62.1, 62.4 y 84.2.6º LC). No obstante cabe la enervación judicial de la facultad resolutoria en interés del concurso,

con cumplimiento del contrato con cargo a la masa (art. 62.3 y 82.4.6° LC); y, a la inversa, puede, en interés del concurso, acordarse voluntariamente o decretarse judicialmente la resolución [*rectius* extinción], con efectos restitutorios también contra la masa (arts. 61.2 y 84.2.6° LC) (*vid supra* cap.3°.II.4.C), pp. 320 a 325).

El traslado de este esquema al contrato de préstamo de dinero a interés (según la configuración que en esta memoria se defiende), en el que estuviera sin cumplir íntegramente la obligación de restitución del prestatario a la fecha de declaración de concurso –sea por no vencida, sea por incumplida–, implicaría lo siguiente:

- a) Del primer binomio de obligaciones recíprocas, se encontraría íntegramente cumplida la obligación de entrega e incumplida, total o parcialmente, la recíproca obligación de restitución, conformándose el supuesto de hecho de íntegro cumplimiento del contrato por una de las partes. Consecuentemente, por un lado, la obligación de restituir el capital prestado ha de ser, en todo caso y supuesto, un crédito concursal y, como tal, reconocido en la lista de acreedores con el rango que le corresponda, en función de las garantías otorgadas, y por la cuantía del principal pendiente de devolver. Por otro lado, el incumplimiento de esta obligación –concretada, normalmente, en el impago de las cuotas de amortización– no podrá dar lugar a la resolución por incumplimiento del concursado, fuera éste anterior o posterior a la declaración de concurso.
- b) Sin embargo, el otro binomio de obligaciones recíprocas se encontraría en diferente supuesto. Como la declaración de concurso no produce la resolución de los contratos, ni, lo que es lo mismo, el vencimiento anticipado de los créditos aplazados, el prestamista, acreedor concursal por el principal –y, eventualmente, de los intereses devengados adeudados– se encuentra vinculado y sometido al plazo concedido en su día al prestatario y, por tanto, obligado a respetarlo. De ese plazo puede seguirse beneficiando la masa de modo que si la solución es la convenida, en el convenio sólo habría de preverse el cumplimiento de la obligación de devolver lo que a la fecha de su eficacia se encontrara vencido según los términos contractuales que, en principio, habrán mantenido todo su vigor, salvo previsión contraria del convenio y novación del crédito por éste⁶⁷³. Por ello, la recíproca obligación vinculada a la de mantener el plazo de disponibilidad de la suma prestada, que es la de pagar los intereses retributivos exigibles tras la declaración de concurso, han de considerarse una deuda de la masa mientras tal plazo se mantenga (art. 84.2.6°

⁶⁷³ *A maiori ad minus* si el artículo 68 LC contempla expresamente la posibilidad de la rehabilitación de un crédito vencido anticipadamente por impago en los tres meses anteriores cuánto menos no será lo propio que el contrato, y su plazo, se mantengan en vigor tras la declaración de concurso.

LC)⁶⁷⁴. Si la administración concursal o el concursado, en interés del concurso y ante los visos liquidativos que se presenten o por cualquier otra razón, consideraran que el plazo ha dejado de ser beneficioso para la masa o que no añade nada a la solución del concurso, habrán de instar su «extinción voluntaria» (art. 61.2 LC) -en definitiva, el vencimiento anticipado del crédito- para que los intereses retributivos no sigan gravando, inútilmente, la masa pasiva. En este caso la resolución no tendrá efectos reales, sino puramente obligacionales, y no podrá tener como efecto, en ningún caso, que el crédito concursal a la restitución del capital se eleve a la consideración de crédito contra la masa⁶⁷⁵. No se produciría aquí el inconveniente opuesto a la posibilidad de una resolución con efectos meramente obligacionales que se dejó señalada, pues en el caso del préstamo idéntico monto tiene el crédito al cumplimiento que al de la restitución⁶⁷⁶.

Como créditos contra la masa, los intereses retributivos devengados [*rectius* exigibles] con posterioridad a la declaración de concurso y hasta el vencimiento del crédito –anticipado o normal– tienen el régimen particular que corresponde a estos créditos *extraconcursoales* (especialmente, el de su pago *ex art.* 84.3 y 4 LC) y, por tanto, ni han de sufrir la degradación crediticia del artículo 92.3º LC, ni han de padecer ningún otro efecto de los que la declaración de concurso despliega exclusivamente sobre los que son créditos *concursoales*, en particular, el de la suspensión de su devengo (art. 59 LC).

La jurisprudencia ha venido negando la aplicabilidad del artículo 62 LC al contrato de préstamo sobre la premisa de su carácter real y la no bilateralidad de sus obligaciones [SAP Barcelona (15ª) de 1 junio 2006 (AC\2007\1004)]. Sin embargo, en apoyo de la interpretación que aquí se defiende puede aducirse el polémico estado de la cuestión del tratamiento concursal de las cuotas postconcursoales del contrato de arrendamiento financiero o leasing de naturaleza claramente financiera. Inicialmente, la SAP Barcelona (15ª) de 19 de junio de 2009, ponente Sancho Gargallo (JUR\2009\400184), rectificando el criterio de la SJMER Nº 1 Barcelona, de 31 de julio de 2007 y partiendo de la calificación del contrato de

⁶⁷⁴ No así la cuota íntegra del préstamo; de la cuota había que distinguir lo que es principal y lo que es intereses y sólo afrontar el pago contra la masa de estos últimos, pues, siendo el crédito a la restitución, en todo caso, concursal conforme se ha expresado (art. 61.1 LC), no puede pagarse ningún crédito concursal fuera del convenio o la liquidación. Por el contrario, CÓRDOBA ARDAO, B.M. y DE CASTRO ARAGONES, J. M., «Tratamiento concursal de los contratos bancarios», *est. cit.*, pp.248-251 en una tesis un tanto incongruente, defienden que, siendo el contrato de préstamo un [*sic*] contrato de tracto único en el que el prestamista ha cumplido su obligación y sólo quedan obligaciones accesorias (información periódica, servicio de caja, etc.) queda afectado por el artículo 61.1 LC, las cuotas anteriores serán crédito ordinario y las posteriores serán contra la masa, pero los intereses quedarán suspendidos tras la declaración.

⁶⁷⁵ Tendría el efecto práctico de la concesión de un derecho de separación sobre el importe prestado que, además de incompatible con el propio sistema concursal, sobre el dinero no cabe.

⁶⁷⁶ Para mayor explicación en cuanto a la eventual equivalencia de las consecuencias de la acción de cumplimiento y la de resolución, *vid. supra* primera, III.1.F).a), pp. 61 a 62.

leasing como un contrato de tracto sucesivo con obligaciones sinalagmáticas pendientes de cumplimiento por ambas partes, consideró que no todas las cuotas adeudadas —con independencia de su vencimiento— tenían la consideración de créditos concursales, sino que ese tratamiento estaba reservado sólo para las cuotas nacidas antes de la declaración de concurso, pero no para las posteriores, que pasan a tener la consideración de créditos contra la masa. No obstante, este criterio fue posteriormente modificado.

En contraposición a la corriente mayoritaria de considerar el leasing como un contrato sinalagmático de tracto sucesivo, con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, se había posicionado la Audiencia Provincial de Alicante, en Sentencias de 21 de diciembre de 2006 y de 15 de enero de 2007, y el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona, en Sentencia de 12 de febrero de 2010 que, considerando que el arrendador financiero no concursado carece de obligaciones pendientes de cumplimiento —*es un contrato de pura financiación, lejos del arrendamiento [sic]*— cae de lleno en la aplicación del artículo 61.1 LC, teniendo por ello los créditos devengados del impago de las cuotas de leasing, tanto anteriores como posteriores a la declaración de concurso, la calificación de créditos concursales, aun con el privilegio especial del artículo 90.1.4º LC. La Audiencia Provincial de Barcelona (15ª) precursora de la otra tesis, vino a modificar su criterio en la Sentencia núm. 364/2010, de 9 de noviembre (JUR 2011\54406). En el mismo sentido de considerar el leasing como contrato pendiente de cumplimiento para una sola de las partes, SAP Valencia (9ª), núm. 98/2012 de 20 marzo (JUR 2012\217806) y AP Alicante (8ª) Auto núm. 193/2011, de 8 septiembre (JUR 2012\46174). Incluso el Tribunal Supremo ha sostenido este criterio en STS núm. 44/2013, de 19 de febrero, con una argumentación en la que, reconociéndose que el contenido «natural» del *leasing* llevaría a su consideración como un contrato con obligaciones recíprocas, en el caso concreto, contractualmente se habían pactado ciertas exclusiones en la responsabilidad del arrendador que hacía que la única obligación pendiente para éste fuera la de no perturbar al arrendatario, no siendo esa una obligación concreta, sino un deber de conducta general, ya cumplido con la entrega e insuficiente por sí sólo para atribuir carácter extraconcursal al crédito del arrendador.

Sin embargo, en esa misma sentencia, el Tribunal Supremo deja entrever las consecuencias que sobre esta cuestión tiene la reforma del artículo 61.2 LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En la reforma se incluyó expresamente al contrato de arrendamiento financiero entre aquellos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, poniendo de manifiesto la voluntad legislativa de considerar, como en esta memoria se viene defendiendo y como se proyecta en la propuesta de Código Mercantil (*vid. supra* primera, III.1.E), pp. 47 a 63) que el contrato de leasing —como también el de préstamo de dinero a interés o cualquier otro de financiación—, es un contrato bilateral del que surgen obligaciones recíprocas para las partes y en las que, hasta el momento de su extinción, una de esas obligaciones (la de disponibilidad de la financiación) sirve de soporte causal a la de pagar intereses retributivos. En este sentido ya han cambiado su criterio algunas Audiencias Provinciales [SAP Murcia (4ª) núm. 265/2013, de 25 de abril; SSAP Alicante (8ª), de 21 de junio y 6 de noviembre de 2012; SAP Pontevedra (1ª) de 23 de abril de 2012), afirmando el carácter de contrato de tracto sucesivo del arrendamiento financiero y, consecuentemente, la existencia en él de obligaciones recíprocas entre las partes, siendo la cesión del uso y el goce pacífico de la cosa arrendada, mientras dura el contrato, contraprestación de la obligación del pago de las cuotas y ambas, por lo tanto, obligaciones recíprocas entre sí; lo cual las lleva a situar el contrato dentro de la órbita del artículo 61.2 LC y a considerar las cuotas postconcursoales debidas como créditos contra la masa (art. 84.1.6º LC)]. Con posterioridad la STS núm. 523/2013, de 5 de septiembre, ha reconocido carácter de crédito contra la masa a las cuotas de leasing postconcursoales.

No obstante, el parangón concursal entre la cuota de *leasing* y la cuota de préstamo no es

total porque, dada la diferente estructura de uno y otro contrato derivada de las distintas peculiaridades de sus objetos, la cuota del arrendamiento financiero incluye la parte correspondiente al mero uso de un bien ajeno que puede, por tanto, ser devuelto a su dueño en cualquier momento del concurso. Las obligaciones derivadas del *leasing* son de tracto sucesivo y sería contra la masa el pago de la totalidad de cada cuota. La obligación de devolución del dinero objeto del préstamo será meramente concursal porque no es una obligación de tracto sucesivo sino una única obligación que se cumple en distintos períodos, por lo que la parte de la cuota que corresponda a la parte de amortización o devolución del capital no podrá considerarse contra la masa.

También tiene intrínseca relación la solución dada por la Audiencia Provincial de Madrid con el tratamiento de las revalorizaciones pactadas con los clientes en el asunto «Fórum Filatélico». En la instancia, el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid en diversas sentencias [v. gr., la de 31 de octubre de 2007 (AC 2008/94)] las consideró *intereses*, pues el pacto de recompra incluía una revalorización porcentual sobre el precio inicialmente pagado por el cliente, y calificó tales créditos como subordinados. Este criterio fue corregido por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid [Sentencias núm. 64/2010, de 12 de marzo (AC 2010/970) y 75/2010 de 22 marzo (AC 2010/976)], considerando que el carácter principal de la obligación de pago de la revalorización pactada impedía el tratamiento de crédito subordinado otorgado por la Ley a los intereses (moratorios o retributivos).

Tampoco se pone en duda el carácter de crédito contra la masa de los créditos derivados de pólizas de crédito que se encuentren en vigor tras la declaración de concurso (v. gr. SAP Asturias (1ª), núm. 354/2009, de 19 de octubre⁶⁷⁷).

5. EL RÉGIMEN DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

A diferencia de lo que sucede con los intereses retributivos exigibles con posterioridad a la declaración de concurso, el carácter concursal del crédito por intereses retributivos devengados con anterioridad a la misma está fuera de toda duda. En una interpretación literal precipitada, los intereses retributivos preconcursales quedarían sometidos a la clasificación crediticia dispuesta en la LC, que incorpora «los intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios» en el tercer nivel del rango de subordinación. Sin embargo, la incoherencia e inconsistencia de esta medida con las opciones de política legislativa que acompañan al sistema, así como la enorme injusticia y la desproporcionada y discrecional sanción que a un concreto tipo de acreedores se impondría, fundamentan una lectura constitucional del precepto en el sentido de sólo

⁶⁷⁷ SAP Asturias (1ª), núm. 354/2009, de 19 de octubre: «*lo cierto es que tratándose de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una y otra parte, su vigencia opera por virtud de lo dispuesto en el art. 61-2 LC en tanto no se declare judicialmente su resolución por alguna de las vías contempladas en el art. 61-2 párrafo segundo o en el art. 62 LC, nada de lo cual tuvo sin embargo lugar. Debe añadirse a ello que la fuente de las obligaciones aparecen señaladas en el art. 1089 Cc por lo que tratándose la presente de una obligación contractual su fecha de nacimiento no puede ser otra que la prevista en el propio contrato del que deriva. En tal situación, teniendo presente que el vencimiento pactado en la póliza lo era con fecha 22 enero 2006, con posterioridad por lo tanto a la declaración de concurso, la conclusión habrá de ser forzosamente la de declarar dicho saldo como un crédito con cargo a la masa de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 6º del art. 84-2 LC*»

recluir en la subordinación del artículo 92.3º LC los intereses moratorios (*vid. supra* cap.2º.V.4.A), pp. 283 a 288). Por tanto, los intereses retributivos preconcursales no han de sufrir degradación crediticia alguna, compartiendo el rango del crédito principal del que deriven como, sin excepción, ha venido siendo en la tradición histórica española y en el Derecho comparado⁶⁷⁸.

Como regla especial, los intereses retributivos de los créditos garantizados con una garantía real o cualquier otro privilegio especial concedido por la Ley, asimilándolas a ellas, mantendrán el rango crediticio de su principal sólo hasta donde los cubra la respectiva garantía (art. 90.2 LC) y, en lo que no los alcance, obtendrán el rango de crédito ordinario que corresponde a todo crédito por defecto (art. 89.3 LC), salvo que concurra alguna hipótesis de subordinación (*vid. supra* cap.2º.V.4.B), pp. 288 a 290).

6. SINTESIS DEL TRATAMIENTO CONCURSAL DEL CRÉDITO POR INTERESES

A modo de síntesis conclusiva, en el tratamiento concursal del crédito por intereses ha de partirse de la distinción entre un régimen general y dos regímenes especiales.

A) RÉGIMEN GENERAL

Los titulares de créditos dinerarios voluntariamente aplazados a cambio de retribución habrán de ser reconocidos en la lista de acreedores por el importe del capital total pendiente de restitución y de los intereses retributivos devengados, participando en el procedimiento por este importe (inaplicabilidad del artículo 88.4 LC). Si el contrato no es resuelto o extinguido durante la tramitación del concurso (arts. 61 y 62 LC), los intereses retributivos que se devenguen tras la declaración devienen créditos contra la masa (art. 84.2.6º LC).

En caso de **solución por convenio**, si el contrato no ha sido resuelto o extinguido durante la tramitación del concurso (arts. 61 y 62 LC) y el convenio no prevé expresamente su novación (art. 136 LC), formará parte del cumplimiento del convenio el pago de la parte de amortización de capital vencido y adeudado a la fecha de eficacia del convenio y el de los intereses retributivos devengados a la fecha de la declaración de concurso, todo ello con rango de crédito ordinario; y el montante de los intereses moratorios anteriores a la declaración, en el rango de subordinados (art. 92.3º LC). Los

⁶⁷⁸ En todo caso desde aquí se propugna una intervención del legislador en el sentido de dejar claramente establecido que los efectos de la suspensión y de la subordinación del crédito por intereses, de mantenerse ambas medidas yuxtapuestas, vienen referidas, exclusivamente, a los intereses moratorios.

intereses retributivos devengados durante la tramitación del concurso habrán de considerarse crédito contra la masa (art. 84.2.6° LC) y, a partir de la eficacia del convenio, se impondrá el cumplimiento del contrato que ha sobrevivido incólume a la tramitación concursal, en sus estrictos términos contractuales, con la continuación de la vigencia del plazo inicialmente acordado y la forma de amortización del capital y el cálculo, devengo y satisfacción de los intereses que se hubiese pactado (art. 136 LC *a contrario sensu*). Por el contrario, los intereses moratorios, que quedaron suspendidos tras la declaración (art. 59.1 LC), sólo podrán verse satisfechos si el convenio no implica quita y se ha pactado expresamente su satisfacción, como máximo al tipo legal o al contractual si fuera menor (art. 59.2 LC).

En caso de **solución por liquidación**, con la apertura de esta fase se producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 146 LC) y, con ello, cesará el devengo de intereses retributivos (art. 1275 Cc). La totalidad de lo adeudado por principal e intereses retributivos preconcursales tendrá la consideración de crédito ordinario exigible (art. 89 LC), mientras que los intereses retributivos postconcursales que se hubieran devengado serán tratados como crédito contra la masa (art. 84.2.6° LC). En cuanto a los intereses moratorios, los devengados antes de la declaración de concurso serán satisfechos en el tercer rango de los subordinados (art. 92.3°LC) y los postconcursales, que resultaron suspendidos, sólo se satisfarán si resulta sobrante en la liquidación y al tipo legal sólo si no hubiera convencional (art. 59.2 LC).

B) RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS CON GARANTÍAS REALES Y ASIMILADAS

El régimen especial de los créditos garantizados con genuinas garantías reales y privilegios asimilados consiste en excluir de la suspensión y de la subordinación, hasta donde alcance la respectiva garantía, los intereses moratorios, sean anteriores o posteriores a la declaración de concurso (arts. 59 y 92.3° LC). En lo que excedan el límite de la garantía, los intereses moratorios padecerán la suspensión –de ser postconcursales– y la degradación –de ser preconcursales–. En cuanto a los intereses retributivos de estos créditos privilegiados, los devengados con posterioridad a la declaración de concurso son, en este caso como en todos, créditos contra la masa (art. 84.2.6°LC); los devengados con anterioridad a tal declaración gozarán del privilegio del principal, por la cantidad cubierta por la garantía, y resultarán ordinarios en cuanto al exceso (art. 89.3 LC), salvo que concurra otra causa de subordinación (art. 92 LC)

C) RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CRÉDITOS SALARIALES

Los créditos salariales también gozan de un régimen privativo, distinto del general. Seguirán devengando intereses moratorios tras la declaración de concurso y hasta el completo pago del principal, pero reduciendo el tipo del devengo al del interés legal del dinero (art. 59.1 LC) y siendo los que se así se devenguen tratados en convenio y pagados en liquidación como créditos subordinados, emparejados a los moratorios que al superior tipo establecido en la legislación laboral (10% *ex art.* 29 ET) se hubiesen devengado con anterioridad (art. 92.3º LC).

D) CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA

Sólo se encuentran afectados por el efecto de la **suspensión** (art. 59 LC) **los intereses moratorios** de todos los créditos concursales, salvo, de un lado, los derivados de créditos estrictamente salariales, que seguirán devengándose reducidos al interés legal del dinero y sin límites temporales, hasta que su principal salarial esté completamente saldado, siquiera pagándose en el rango subordinado que corresponde en general a los intereses moratorios preconcursales; de otro, los de créditos garantizados con privilegio especial, que seguirán devengándose sólo hasta el límite del alcance de dicha garantía y pagados, dentro de dicho límite, con el producto del bien afecto.

En el **rango de la subordinación** (art. 92.3º LC) se incluyen los **intereses moratorios devengados con anterioridad** a la declaración de concurso por todos los créditos concursales, incluidos los de los créditos garantizados con garantía real que no hayan resultado cubiertos con la garantía. En ese rango no habrá más intereses devengados con posterioridad a la declaración de concurso que los moratorios correspondientes a los créditos estrictamente salariales: el resto de moratorios no se devengan, porque quedan sometidos al efecto de la suspensión, sin perjuicio de su eventual reactivación, según los casos.

Los intereses retributivos escapan tanto del efecto de la suspensión como del de la subordinación: los **intereses retributivos anteriores comparten el rango de su principal**, excepto que se trate de un privilegio especial cuya garantía no los cubra íntegramente y cuyo exceso habrá de ser considerado crédito ordinario, salvo que concurra una causa de subordinación o que la necesaria interpretación estricta del privilegio del principal impida extender a ellos el privilegio; **los intereses retributivos posteriores** –pero no la restitución del capital entregado antes de la declaración de concurso– han de ser satisfechos como **créditos contra la masa**.

7. EL TRATAMIENTO CONCURSAL DE LOS INTERESES EN SUPUESTOS ESPECIALES Y DE FIGURAS AFINES

A) LOS INTERESES DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Los créditos contra la masa se singularizan por su carácter extraconcursal y escapan, por consiguiente, tanto de la suspensión del devengo de intereses como de la subordinación crediticia. Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagan, por lo general, a sus respectivos vencimientos (art. 84.3 LC) y, aunque no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación, o el transcurso de un año desde la declaración de concurso sin haberse producido ninguno de esos actos, esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento (art. 84.4 LC)⁶⁷⁹.

Los intereses de los créditos contra la masa pueden ser tanto del tipo de los retributivos (*v. gr.* un préstamo concertado por la administración concursal o con su autorización para atender las necesidades de funcionamiento de la empresa) o, el supuesto más normal, el de los moratorios, siendo que tanto unos como otros se encuentran al margen de los efectos de la concursalidad y tratados con el régimen especial de devengo y pago con preeducibilidad que la Ley concede a los créditos contra la masa.

B) LOS INTERESES DE LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS

El régimen de los intereses de los créditos privilegiados es el mismo que el que corresponde a cualquier crédito concursal. Las únicas especialidades son las del privilegio especial de las garantías reales y asimiladas y de los créditos salariales que ya han sido expuestas. Al margen de dichas especialidades, si un crédito privilegiado devenga intereses, éstos recibirán el tratamiento concursal que, en general, les corresponda según sean éstos moratorios o retributivos, y devengados antes o después

⁶⁷⁹ La vigente redacción del artículo 84.4 LC procede de la reforma efectuada en el texto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Antes de esta reforma legal había suscitado polémica la cuestión de si los créditos contra la masa podían o no devengar, contra la masa, intereses moratorios, lo que se ponía especialmente de manifiesto en los supuestos de los recargos tributarios y de seguridad social. En contra de la consideración de créditos contra la masa cabe citar la SAP León (1ª), de 4 de febrero de 2011 o SAP Murcia (4ª), núm. 34/2012 de 19 de enero, pero el Tribunal Supremo en STS núm. 153/2013, de 19 marzo (RJ 2013\2425) sentó el criterio ratificado con posterioridad –entre otras, SSTS (1ª) núm. 238/2013 de 11 abril (RJ 2013\3687), núm. 229/2013 de 10 abril (RJ 2013\3686) y núm. 237/2013 de 9 abril (RJ 2013\3685)- de que las deudas tributarias y de seguridad social contraídas con posterioridad a la declaración de concurso pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, lo que ahora es expresamente establecido por el precepto.

de la declaración de concurso, dentro del esquema general que se viene proponiendo, considerando en todo caso la interpretación estricta a que está sometida la hermeneútica de los privilegios.

C) LOS INTERESES DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS

Los créditos subordinados son susceptibles de devengar intereses tanto moratorios como retributivos (*v. gr.* un préstamo comunicado tardíamente, el subordinado por pacto contractual, el otorgado por una persona especialmente relacionada...), planteándose la cuestión de si habrían de recibir estos intereses algún tratamiento especial, distinto del propuesto con carácter general.

Los intereses moratorios a devengar por los créditos subordinados con posterioridad a la declaración de concurso deben recibir la suspensión de su devengo conforme al régimen general (art. 59 LC). También se aplicará el régimen general a los intereses moratorios devengados con anterioridad a la declaración de concurso por créditos subordinados que se encuentren en un nivel del escalafón superior a aquellos. Sin embargo, los intereses moratorios postconcursoales de créditos subordinados que se encuentren en un nivel del escalafón inferior, tendrán también el carácter de subordinados, pero no en el rango que le concedería ser tratados como intereses (art. 92.3° LC), sino el inferior que le corresponda a su principal, pues es ilógico que la deuda accesoria de intereses moratorios reciba un tratamiento concursal mejor que el que corresponde al crédito principal del que deriven⁶⁸⁰.

Los intereses retributivos preconcursales de créditos subordinados también sufrirán la degradación impuesta al crédito del que deriven, no por estar en el ámbito de aplicación del artículo 92.3° LC, en ningún caso, sino por serles extensible la medida legal aplicada al principal (*v. gr.* los créditos sustitutivos del capital de las personas especialmente relacionadas; la falta de insinuación en tiempo y forma, *etc.*), lo que se considera preferible a la aplicación de la regla residual de su calificación como ordinario (art. 89.3 LC). Sin embargo, y por esas mismas razones, los intereses retributivos de los créditos subordinados exigibles tras la declaración de concurso deberán recibir el régimen general propuesto de créditos contra la masa (*v. gr.* un préstamo en vigor que se insinuara tardíamente), salvo el supuesto especial de los préstamos de las personas especialmente relacionadas con el concursado en los que la *ratio* de su postergación hace incompatible el carácter subordinado del principal con el

⁶⁸⁰ Aun refiriéndose a todo tipo de intereses, pues sobre todos ellos extiende el ámbito material de la subordinación, también se pronuncia en este sentido PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal », *est. cit.*, p. 366.

privilegio de la prededucibilidad de sus intereses (art. 97.2 LC)⁶⁸¹.

D) LOS INTERESES COMPENSATORIOS

Los intereses compensatorios, son aquellos conectados *ex lege* a distintos supuestos en los que, desligados de un contrato o pacto de financiación y al margen del caso de mora, surge una obligación de restitución o entrega de un capital, del que directa o indirectamente ha gozado el deudor habiéndose visto privado el acreedor. Tras el análisis de los distintos supuestos⁶⁸², se concluyó que son los devengados a partir de deudas líquidas y exigibles –y sin necesidad de constitución en mora del deudor–, en compensación por la retención de una cantidad de dinero ajena, para restablecer el equilibrio patrimonial entre la detentación de esa cantidad y su privación al acreedor, que lo es con carácter involuntario, con base en la presunta productividad del dinero («*compensatorios*») (*vid. supra* primera V, pp. 101 y ss).

La práctica identificación del régimen jurídico de los intereses moratorios y los compensatorios⁶⁸³ y la cercanía entre la finalidad indemnizatoria de los primeros y la equilibradora de los segundos, llevan a proponer un régimen jurídico concursal de éstos idéntico al propuesto para aquéllos: los anteriores a la declaración de concurso serán créditos concursales subordinados y los posteriores quedarán suspendidos a expensas de una eventual reactivación en caso de un convenio que no implique quita o de una liquidación con remanente.

E) EL CONTRATO DE DESCUENTO BANCARIO

El contrato de descuento bancario es uno de los contratos bancarios más frecuentes en la práctica mediante el cual el Banco anticipa al cliente el importe del crédito, aún no vencido, frente a un tercero, previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para su vencimiento, mediante la adquisición por el Banco de la titularidad del crédito cedido, que se produce *pro solvendo* (cláusula «salvo buen fin») [SSTS núm. 1292/2007, de 10 diciembre y núm. 655/2001, de 28 junio].

⁶⁸¹ Respecto a la compatibilidad del mantenimiento de garantías y privilegios por todos o algunos créditos subordinados *vid. supra* cap. 2º.IV.D). p. 233.

⁶⁸² Artículos 1682.II, 1688, 1724, 1838, 1896, 502, 505, 797, 800 Cc, 1049, 1120, 1124, 1295, 1303, 1307, 1126, 1145, 1535, 1501.II Cc, *etc.*

⁶⁸³ Origen legal, titularidad de un acreedor involuntario, cuantificación legal, objeto de prestación secundaria y dependiente, necesariamente dinerarios y porcentuales, no sometidos a los límites de la Ley de Usura, devengo y exigibilidad sólo *ad tempus*, no productores de anatocismo y no integrantes de la TAE.

Excediendo del objetivo propuesto profundizar en el régimen jurídico del contrato y en su discutida naturaleza jurídica (endoso de créditos, compraventa de créditos, simple préstamo o contrato de crédito y liquidez) y en la función que la cesión del crédito cumple en él⁶⁸⁴, la peculiaridad que este contrato representa en relación con el objeto de esta memoria viene dada por la percepción adelantada por el acreedor de los intereses retributivos («descontados») correspondientes al plazo de espera hasta el vencimiento del crédito cedido. Esta circunstancia, conforme a la interpretación mayoritaria que se viene haciendo de la subordinación y suspensión de los intereses retributivos, exigiría replantearse la necesidad de que el Banco hubiera de devolver lo indebidamente cobrado en concepto de intereses suspendidos o subordinados por un contrato de descuento que hubiera de formar parte de las masas de un concurso, dando lugar a una acción de reintegración⁶⁸⁵.

Sin embargo, desde la interpretación que en esta memoria se defiende, no concurre ninguna especialidad dado que los intereses retributivos no sufren ni uno ni otro efecto. Además, por la estructura del contrato, los intereses retributivos son *prepagables*, por lo que todo contrato de descuento celebrado por el deudor antes de la declaración de concurso tendrá los intereses retributivos ya satisfechos y no habrá, por tanto, crédito por intereses retributivos preconcursales. De nacer el crédito a la restitución por el incumplimiento del deudor cedido, al vencimiento, el importe de los intereses retributivos tendrá el carácter de crédito principal junto al capital y empezará, en su caso, el devengo y/o suspensión de los intereses moratorios.

F) EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO

También excede del propósito de esta memoria el análisis del régimen concursal del contrato de apertura de crédito, sin embargo, existen también algunas diferencias con el contrato de préstamo que han de señalarse. La fundamental reside, precisamente, en el momento de cumplir el prestamista su obligación de entrega del capital, que se irá recibiendo por el acreditado «a su demanda». El ‘banco’ cumple poniendo crédito a disposición del acreditado por el importe máximo pactado y lo entregará al cliente, efectivamente, en la medida en que este vaya disponiendo a su voluntad por el mecanismo de la cuenta corriente. Esto hace, entre otras consecuencias, que la obligación de restitución, que en el caso del préstamo siempre da lugar a un crédito concursal –la entrega es siempre anterior a la declaración– pueda ser en el de apertura

⁶⁸⁴ Vid. SASTRE PAPIOL, S., «El contrato de descuento bancario», *est. cit.*, y GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L. «Contrato bancario de descuento», en GARCÍA VILLAVARDE (dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 259-362.

⁶⁸⁵ BAÑULS, F.A., «El concurso de acreedores y el contrato de descuento», *est. cit.*, p. 243.

de crédito una obligación de la masa (un crédito contra la masa) si, vigente el contrato, la masa hace disposiciones del crédito vivo.

El régimen de los intereses retributivos y moratorios ha de ser el propuesto con carácter general, sin perjuicio de que el mecanismo de compensación automática que implica el contrato de cuenta corriente bancaria que soporta la estructura del de apertura de crédito haga que la exigibilidad del principal se confunda con la de los intereses retributivos y se liquide, en cada caso, la cuenta corriente mediante el saldo que arroje. El saldo anterior a la declaración de concurso debería considerarse crédito concursal y los cargos posteriores crédito contra la masa⁶⁸⁶.

G) LAS FIGURAS AFINES A LOS INTERESES

Existen figuras que, sin ser propiamente intereses, por la periodicidad de su devengo, por su proporcionalidad respecto a un capital, por implicar el resarcimiento de un daño, *etc.*, resultan afines a una u otra categoría de intereses, compartiendo ciertos rasgos (*vid. supra* primera VII, pp. 105 y ss). Su tratamiento concursal deberá ser análogo al correspondiente a los intereses retributivos, si la afinidad fuera con éstos, o al propio de los moratorios [o compensatorios], si lo fuera con éstos (*vid. supra* primera VII, pp. 105 y ss).

(i). Corresponde el tratamiento concursal de intereses retributivos a los créditos derivados de los *aplazamientos retribuidos* establecidos como pactos accesorios de otros contratos (v. *gr.* aplazamientos retribuidos del pago del precio en compraventa). En todo supuesto de aplazamiento voluntario de una obligación dineraria existe crédito y si el mismo es remunerado, los intereses pactados comparten la esencia de los intereses retributivos del préstamo, pudiendo predicarse la práctica totalidad de las características que de éstos se han señalado, salvo el

⁶⁸⁶ SAP Asturias (1ª), núm. 354/2009, de 19 de octubre: «*lo cierto es que tratándose de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una y otra parte, su vigencia opera por virtud de lo dispuesto en el art. 61-2 LC en tanto no se declare judicialmente su resolución por alguna de las vías contempladas en el art. 61-2 párrafo segundo o en el art. 62 LC, nada de lo cual tuvo sin embargo lugar. Debe añadirse a ello que la fuente de las obligaciones aparecen señaladas en el art. 1089 Cc por lo que tratándose la presente de una obligación contractual su fecha de nacimiento no puede ser otra que la prevista en el propio contrato del que deriva. En tal situación, teniendo presente que el vencimiento pactado en la póliza lo era con fecha 22 enero 2006, con posterioridad por lo tanto a la declaración de concurso, la conclusión habrá de ser forzosamente la de declarar dicho saldo como un crédito con cargo a la masa de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 6º del art. 84-2 LC*». CÓRDOBA ARDAO, B.M. y DE CASTRO ARAGONES, J. M., «Tratamiento concursal de los contratos bancarios», *est. cit.*, pp. 242-243 ponen de manifiesto cómo al mecanismo de la compensación propio de la estructura del contrato de cuenta corriente no le es aplicable la prohibición de compensación establecida en el artículo 58 LC como efecto de la declaración de concurso y recogen jurisprudencia menor que así lo avala (SAP Barcelona (15ª), de 21 de mayo de 2007 y SAP Madrid (28ª), de 1 de febrero de 2010).

carácter esencial de la prestación y su vinculación a la resolución por incumplimiento y a la nulidad del contrato por falta de determinación.

- (ii). Es lugar común en la doctrina la distinción entre *intereses* y *rentas* sobre la base de que éstas no se basan en la productividad de un capital y carecen de la accesoriedad con la que se viene caracterizando tradicionalmente a los intereses. Sin embargo, para distinguir o asimilar los intereses y las rentas hace falta partir del carácter polisémico de ambos términos. En cuanto a las rentas como retribución de los distintos arrendamientos, la asimilación de su esencia jurídica con la de los intereses retributivos es total, pues tanto unas como otros funcionan como contraprestación a las obligaciones recíprocas de la disponibilidad procurada por la otra parte. Las rentas vitalicias vienen a cumplir la misma función que los intereses en el préstamo y son, también, la retribución de las obligaciones de la contraparte y la causa del contrato mismo, sin perjuicio del carácter aleatorio del contrato de renta vitalicia frente al conmutativo del préstamo. La misma afinidad con los intereses retributivos puede intuirse en el caso de las rentas de los censos que, erradicados prácticamente del tráfico jurídico en la actualidad, vinieron a implantarse en la Edad Media para soslayar la prohibición eclesiástica del interés retributivo. Por ello, a todos estos corresponde el tratamiento concursal propuesto para los intereses retributivos.
- (iii). Son considerados *recargos* distintas situaciones en las que el deudor se ve obligado a satisfacer una cantidad que se añade a la deuda principal. Los de los créditos públicos, aunque no todos tienen naturaleza indemnizatoria, en la actualidad reciben el tratamiento concursal de intereses por estar expresamente incluidos en el artículo 92.3º LC, pero su asimilación sería a los intereses moratorios y, en modo alguno, a los retributivos. El recargo de prestaciones de la seguridad social, de naturaleza jurídica mixta, en parte indemnizatoria de los daños padecidos por el trabajador y, en parte, sancionadora de la conducta del empresario, aunque su determinación es porcentual, no comparte ninguno de los rasgos, naturaleza ni características de intereses de clase alguna y, de hecho, reciben un tratamiento concursal específico de crédito contra la masa (art. 84.2.5º LC) o crédito con privilegio general (art. 91.1º LC).
- (iv). El *descuento financiero por pronto pago* cumple análoga función y es asimilable en su esencia a los intereses retributivos («intereses implícitos negativos») pues presuponen la concertación al contado de una compraventa proyectada por el vendedor a plazo y en el que el aplazamiento no era, en realidad, gratuito; al estar su coste repercutido en el precio, desaparecido el aplazamiento aquél resulta

rebajado.

- (v). Son asimilables a los intereses moratorios tanto los intereses procesales (art. 576 LEC) como los demás supuestos de intereses legales moratorios especiales dispersos por numerosas normas y que suelen compartir con ellos la elevación del interés legal general debido a su componente disuasorio y sancionador (art. 20 LCS, art. 26 LGT, art. 3 Ley 57/1968, art. 29.3 ET, art. 58 LCCH, art. 7 Ley 3/2004, etc.).
- (vi). La *cláusula penal* tiene una clase especial en la cláusula penal moratoria, aquella prevista expresamente para el caso del retraso en el cumplimiento de la obligación y sometida a un régimen jurídico particular: en ella se produce la compatibilidad natural de la exigencia del cumplimiento de la obligación y de la pena no siendo, además, posible la aplicación de la facultad moderadora del Juez (art. 1154 Cc) porque en el retraso no hay grados de incumplimiento. Se produce una absoluta identificación de la naturaleza jurídica, y por tanto, habría de desplegarse un idéntico tratamiento concursal a la cláusula penal moratoria y los intereses moratorios entre los que la diferencia sólo estaría en la forma de determinación de la cantidad debida por la mora.
- (vii). Tradicionalmente se ha distinguido entre intereses y *dividendos* sobre la base de que éstos últimos son inciertos pues su presupuesto es la existencia misma de beneficios y el acuerdo de repartirlos, mientras que los intereses son siempre ciertos al ser una deuda de suma cuya existencia se encuentra determinada, o es determinable, en el momento de la constitución de la obligación. Pero, aunque caben evidentes distinciones entre ellos, intereses retributivos y dividendos comparten la misma esencia jurídica de ser prestación desarrollada en el ámbito de un contrato -préstamo o sociedad- no mereciendo los intereses retributivos un tratamiento concursal peor que el que reciben los dividendos que no resultan subordinados.
- (viii). Se ha defendido que el criterio distintivo entre las *comisiones bancarias* y los intereses retributivos se centra en el elemento de la dependencia del interés respecto a la duración de la deuda principal y en la causa de su devengo, pero ambas comparten la función de retribuir las obligaciones que las entidades crediticias asumen en los distintos contratos que celebran, y aun cuando los intereses retribuyen la puesta a disposición de fondos monetarios y las comisiones otros servicios que pueden ser complementarios a operaciones de financiación o independientes de ellos, se asemejan en cuanto a su naturaleza jurídica, comparten

el carácter retributivo de una obligación contractual bancaria y deben recibir el mismo tratamiento concursal.

La asociación con los intereses retributivos o moratorios y su respectivo tratamiento concursal procederá también en cualquier otra figura distinta de las aquí recogidas en las que pueda establecerse idéntica suerte de analogía.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El término *interés* ha de considerarse jurídicamente polisémico con distintas acepciones según responda a sus características y representativas funcionalidades. De numerosas referencias legales se advierte que los «intereses» vienen llamados a cumplir tres funciones básicas, según las cuales procede diferenciar: *intereses retributivos*, que remuneran la pactada disponibilidad de un capital ajeno; *intereses compensatorios*, que se conectan *ex lege* a la obligación de restituir o entregar la retención no pactada de un capital ajeno; *intereses moratorios*, que indemnizan, también *ex lege*, la mora del deudor de una obligación pecuniaria. No es pacífica la determinación de estas categorías funcionales. Siendo unánime la clara distinción entre intereses retributivos y moratorios, el disenso doctrinal recae sobre los compensatorios. En cualquier caso, el análisis de las categorías funcionales del interés, con la descripción comparativa de sus respectivas características y dispares regímenes, revelará la inutilidad, y aun la imposibilidad, de aportar un unitario concepto de interés que habría de ser tan abstracto que no definiría ni delimitaría ninguna de sus clases.

SEGUNDA.- El contrato de préstamo de dinero resulta paradigmático para el estudio y análisis del régimen jurídico de los intereses y otras figuras a ellos asimilables. En su especie más pura o en cualquiera de sus derivadas, el préstamo es uno de los contratos más frecuentes en el tráfico jurídico y económico –especialmente el bancario-, resultando difícil imaginar un concurso en el que una parte significativa de la masa activa no sean créditos derivados de contratos de índole financiera. La falta de consenso doctrinal sobre la naturaleza de este contrato, su carácter real o consensual, así como su unilateralidad o bilateralidad, exige despejar tales interrogantes, previa distinción, según sea con o sin pacto de interés, de otros dos contratos tan distintos como lo son, versando sobre cosas no consumibles, el arrendamiento y el comodato. La existencia o no de retribución cambia la causa del contrato proyectándose en múltiples aspectos de su régimen jurídico.

TERCERA.- El préstamo de dinero a interés es un contrato típico diseñado en por el Código Civil, y especializado por el de Comercio, y, en la actualidad, según casos y supuestos, regulado por un extenso entramado normativo (LGDCU, LCCC, LCGC, LVPVM, *etc.*). Con base en los artículos 1740 y 1753 Cc y el peso de la tradición romanista, se ha venido defendiendo el carácter real del préstamo, por su perfección con

la entrega de la cosa prestada. En la actualidad, la doctrina –de forma abierta– y la jurisprudencia –con cautela– admiten el contrato consensual de préstamo, que *lato sensu* puede ser real o consensual. Una de sus especies, el préstamo retribuido de dinero –a interés– (habitualmente profesional y bancario), es un contrato que se perfecciona con el consentimiento de las partes, resultando obligatorio para ambas desde tal momento. Esta conclusión no la impiden las normas dispositivas que regulan el contrato de préstamo y sí la permiten alcanzar aquellas otras que sancionan la autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc) y la libertad de forma contractual (art. 1280 Cc).

CUARTA.- Tradicionalmente también se ha venido conectando al carácter real del préstamo su unilateralidad y a su carácter consensual, si lo fuera, su bilateralidad. Desde la primera consideración, partiendo de ser la entrega de la cosa prestada un requisito de la *forma de ser* de este contrato, el prestamista carecería de obligación *contractual* alguna; desde la segunda, en cambio, por la perfección del contrato mediante el consentimiento, el prestamista quedaría obligado a la entrega de lo que se obliga a prestar. Sin embargo, su bilateralidad, incluso reciprocidad de sus obligaciones, no tiene por qué depender del modo de perfección del contrato, sino que ha de hacerlo de su causa, relacionada con el tiempo de duración del contrato y con la existencia del pacto de interés retributivo del mismo. Es precisa la clara distinción de los distintos puntos de vista que permiten establecer diferentes categorías contractuales, no necesariamente incompatibles entre sí, ni absorbentes o atrayentes las unas de las otras: contrato real *vs.* consensual, oneroso *vs.* gratuito, unilateral *vs.* bilateral; simplemente bilateral *vs.* bilateral con obligaciones recíprocas.

QUINTA.- El préstamo es un contrato bilateral por ser necesariamente de duración y resultar esencial el plazo de devolución durante el cual el prestatario puede usar o disponer de la cosa prestada. Tal plazo será el expresamente pactado o, en su defecto y dependiendo de ser civil o mercantil el contrato, el concedido prudencialmente por el Tribunal (art. 1128 Cc) o el mínimo garantizado de treinta días a contar desde el requerimiento notarial de devolución (art. 313 CCom). Nunca la obligación de restitución es exigible de inmediato. Es propio y connatural del préstamo, como se desprende de la propia definición legal del contrato, que entre la entrega y la devolución de la cosa prestada exista un lapso de tiempo – determinado por el pacto, el Tribunal o la Ley-, por breve que sea, durante el cual el prestamista resulta vinculado por el pacto de *non petendo* intrínseco en todo contrato de préstamo. De ahí que el tiempo que ha de

mediar para exigir el cumplimiento de la obligación de restitución se alce como elemento esencial y definitorio del contrato, no como mero accidente del mismo, que lo configura, en todo caso, con un mínimo de bilateralidad, háyase o no establecido el pacto de interés. No obstante, la posible renuncia por el prestamista al plazo pactado, con adelanto sin consecuencias indemnizatorias del tiempo de la restitución – «cancelación anticipada»–, dependerá de tratarse de un préstamo con o sin interés (artículo 1127 Cc).

SEXTA.- Si la intrínseca duración del contrato de préstamo marca su bilateralidad, la cantidad y reciprocidad de las obligaciones de él surgidas dependen de la existencia del pacto de interés. El préstamo de dinero con interés, típica aunque no necesariamente mercantil ni bancario, es un contrato de crédito o financiación donde los intereses son la renta del servicio de financiación, que se determinará según la valoración conjugada de varios componentes: *i)* la actualización del capital; *ii)* el factor riesgo; *iii)* el coste de producción y *iv)* el rendimiento del capital, pura retribución del servicio o margen de beneficio. Cuando el préstamo es retribuido –a interés– las prestaciones se articulan al modo semejante de los contratos sinalagmáticos. El préstamo retribuido de dinero – como todos los demás contratos de financiación– tiene por objeto la disponibilidad remunerada de fondos monetarios, configurada por dos elementos inescindibles: la entrega –en el préstamo– o puesta a disposición –en otros contratos financieros– de una determinada suma de dinero y la concesión de un plazo durante la cual la misma puede ser retenida y dispuesta por el prestatario o financiado. Sin la una o sin el otro no hay concesión de crédito, ergo financiación. Tan esencial es, pues, la entrega (o puesta a disposición) como el plazo de devolución, de modo que la conducta exigible al prestamista no se limita a la entrega de la suma prestada, que será apriorística, sino que comprende también el respeto del plazo de duración pactado. En lógica correspondencia, el derecho del prestatario abarca tanto el de recibir la cantidad prestada como el de retenerla hasta el vencimiento (o los sucesivos vencimientos) del contrato; y no porque recibe, sino porque puede retener, se obliga al pago de unos intereses retributivos. El sinalagma o relación de reciprocidad es doble: la obligación de entrega se corresponde con la de restitución y la de espera en la devolución con la de pago de intereses. En este sentido los intereses vienen a ser el precio que el prestamista recibe y el prestatario paga, por la disponibilidad temporal de la suma prestada; viene a ser como la renta por el 'arrendamiento' del dinero.

SEPTIMA.- El contrato de préstamo puede ser real –si se perfecciona con la entrega– o consensual –si se perfecciona con el consentimiento–; sea real o consensual, puede ser gratuito –naturalmente– u oneroso –pacto de interés–. En cualquier caso será bilateral porque el aplazamiento de la obligación de restituir lo prestado es elemento esencial del contrato, existiendo siempre, al menos, la obligación de restitución a cargo del prestatario y la de espera a cargo del prestamista. Sobre la base de ser bilateral: si es real y gratuito, no será sinalagmático, ya que entre las prestaciones de las partes –espera y devolución– no existe relación de reciprocidad; si es consensual y gratuito, serán sinalagmáticas entre sí la obligación de entrega y restitución, pero no la de espera, que no tendrá su correspondiente retribución; si es real y retribuido, serán sinalagmáticas entre sí las obligaciones de espera y pago de intereses; y si es consensual y retribuido, serán sinalagmáticas entre sí las obligaciones de entrega con devolución del principal y espera con abono de intereses a cargo del prestatario. En definitiva, la única característica que se niega del préstamo es su unilateralidad.

OCTAVA.- De la caracterización del contrato de préstamo de dinero a interés como contrato bilateral del que nacen obligaciones sinalagmáticas destacan dos consecuencias especialmente trascendentes: (i) aun en ausencia de pacto expreso, el contrato es susceptible de ser resuelto por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de las partes, especialmente las del prestatario, por aplicación del art. 1124 Cc, pese a las reticencias de doctrina y jurisprudencia que alternativamente se ven en la necesidad de acudir al recurso del «vencimiento anticipado», en un eufemismo jurídico exigido por el mantenimiento a ultranza del falso dogma del carácter *real* del contrato de préstamo y de su unilateralidad; (ii) nada obsta la aplicación al préstamo del régimen legal de efectos de la declaración de concurso en relación con los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y sus diversas consecuencias que las distintas posibles actuaciones ante esta situación tienen en los créditos contra la masa y/o la lista de acreedores concursales (arts. 61 a 63 en relación con el 84.2.6º LC).

NOVENA.- *Intereses retributivos*, en sentido estricto, son los pactados como retribución a favor del prestamista (art. 315 CCom): (i) su origen es exclusivamente contractual y, en caso de indeterminación de la tasa pactada, ésta acarreará la nulidad del contrato al no proceder la integración de tal laguna contractual con la tasa del interés legal; (ii) son objeto de una prestación esencial, causalizante del contrato, de modo que su falta de cumplimiento en el tiempo pactado podrá determinar la resolución por

incumplimiento (art. 1124 Cc); (iii) son objeto de una prestación independiente, aun sinalagmáticamente unida a la recíproca del prestamista de mantener la suma prestada a disposición del prestatario; (iv) no han de ser necesariamente dinerarios ni porcentuales, encontrándose las partes amparadas por la más absoluta libertad contractual en su determinación, sin perjuicio de lo cual, para valorar su equidad y ausencia de usura, puede resultar necesaria su conversión meramente dialéctica en una tasa proporcional al importe de la deuda y su duración que permita su comparación con el interés de mercado; (v) se encuentran sometidos a los límites de la Ley de la Usura de 1908, garante del justo equilibrio de las prestaciones de las partes en beneficio de la más débil, mediante un sistema judicial de valoración de las circunstancias determinantes de la usura del interés retributivo pactado que contamina de nulidad al contrato; (vi) como contraprestación pactada en contratos de duración que se prolonga de forma natural en el tiempo, pueden ser fijos o variables para equilibrar, según las circunstancias, las prestaciones recíprocas de las partes; (vii) dadas la libertad contractual en la determinación retributiva y la distinción entre *devengo*, *liquidación* y *vencimiento* de la obligación del pago de intereses, los retributivos pueden ser *prepagables*, *postpagables* y '*ad tempus*', según que el vencimiento se adelante, retrase o coincida con su devengo, no teniendo que ser necesariamente una obligación periódica; (viii) una vez devengados y vencidos, son susceptibles de ser acumulados al principal para que devenguen nuevos intereses, siempre que concurren los requisitos del anatocismo legal o del convencional, según los casos; (ix) evidentemente forman parte de manera del coste real de los productos financieros y, por tanto, están integrados, junto a las comisiones y otros costes, en el cálculo de la TAE, cuando ésta resulte de aplicación por estar dentro del marco de un préstamo profesional.

DÉCIMA.- Los *intereses moratorios* son los establecidos legalmente como indemnización de los daños y perjuicios que genera el incumplimiento de una obligación dineraria. La peculiaridad de esta obligación reside en su siempre posible cumplimiento, en la medida que el dinero no desaparece; la única forma de resultar incumplida es, pues, el retraso en el pago. En tal entendimiento, dado que la privación del dinero como medio de intercambio de bienes productivos siempre genera presuntivamente un daño, un lucro cesante, la indemnización consistirá, salvo pacto, en el pago de los intereses convenidos y, a falta de pacto, del interés legal (art. 1108 Cc).

DECIMOPRIMERA.- Es presupuesto necesario para incurrir en mora y, con ella, del devengo de intereses moratorios: (i) que la *obligación* sea *pecuniaria* y se encuentre vencida, siendo por tanto exigible; (ii) aun más dudosamente, que se incumpla por causa imputable al deudor imputable; (iii) que haya tenido lugar la intimación al deudor, salvo en los casos de pacto o previsión legal de mora automática (arts. 1100 Cc y 63.1º CCom); (iv) que la deuda sea *líquida*, en el sentido –según la doctrina jurisprudencial más reciente– de ser lo decisivo la certeza de la existencia de la obligación, y no la exacta y cabal cuantificación de la deuda; en caso de posible desconocimiento de la cuantía exacta, precisada de determinación judicial, no impedirá apreciar la situación mora y la correspondiente condena al pago de los intereses moratorios el hecho de ser distinta la cantidad reclamada y la judicialmente determinada si, considerando el conjunto de circunstancias concurrentes, se valora como razonable la oposición efectuada por el deudor (SSTS 5 de marzo de 1992 y núm. 265/2009, de 6 abril).

DECIMOSEGUNDA.- Como efecto ligado a la constitución en mora del deudor de obligaciones pecuniarias, el devengo de los intereses moratorios supone una excepción al régimen general de la responsabilidad por incumplimiento en el sentido de quedar liberado el acreedor de la carga de probar la existencia del daño mismo, su cuantía –determinada alzadamente en el interés legal–, así como su nexo causal con el incumplimiento del deudor. No obstante, las partes pueden pactar la sustitución del tipo legal por otro tipo expresamente pactado, incluso, en sustitución del régimen legal, pueden convenir las consecuencias del incumplimiento en forma de una cláusula penal cualquiera. En ausencia de pacto debe permitirse al acreedor reclamar el daño superior padecido y acreditado que no resultara cubierto por la cifra del interés legal. Debe entenderse como un sistema alternativo, y la cuantificación de los intereses moratorios en el interés legal habría de favorecer al acreedor que no pudiera –o quisiera– proceder a la cuantificación concreta del daño, pero no debería perjudicar a quien, pudiendo acreditar un daño superior, quisiera reclamarlo.

DECIMOTERCERA.- El régimen legal de los intereses moratorios viene diseñado en los siguientes términos: (i) su origen es exclusivamente legal, siquiera no nazcan *ope legis* por estar sometida su concesión judicial al principio rogatorio propio del proceso civil; no obstante, son susceptibles de cuantificación legal o convencional; (ii) derivan del incumplimiento tanto de obligaciones legales como contractuales, siendo objeto siempre de una obligación secundaria que, ni es causa, en su caso, de contrato alguno, ni

su incumplimiento causa su resolución; *(iii)* son objeto de una obligación legal ligada al incumplimiento de otra obligación distinta, provocando esta accesoriedad que la nulidad de la obligación principal impida el nacimiento de la de pagar intereses moratorios, que a ésta no le sea aplicable el plazo quinquenal de prescripción del artículo 1966.3 Cc, como tampoco un eventual anatocismo legal o convencional, y que no se refiera a los intereses moratorios la regla de imputación de pagos del artículo 1173 Cc; *(iv)* han de ser necesariamente dinerarios y porcentuales, en caso contrario, si las partes los cifraron en algo distinto, se estará ante una cláusula penal general y no ante la especial porcentual en que consisten los intereses moratorios contractuales; *(v)* no están sometidos a los límites de la Ley de la Usura ni, en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre moderación de la cláusula penal (art. 1154 Cc), es posible la moderación judicial del tipo de interés moratorio pactado; *(vi)* siempre coincide el momento del devengo de los intereses moratorios con el de su exigibilidad, de ahí que no quepa diferir un momento respecto del otro, ni hablar de intereses moratorios prepagables o postpagables; *(vii)* por la vigencia del principio indemnizatorio están fuera del ámbito de aplicación del anatocismo legal o convencional; *(viii)* se encuentran desconectados de la TAE y están excluidos de su cálculo, por el propio concepto y razón de ser de ésta.

DECIMOCUARTA.- Los *intereses compensatorios* son los conectados *ex lege* a distintos supuestos en los que, desligados de un contrato o pacto de financiación y al margen del caso de mora, surge una obligación de restitución o entrega de un capital del que directa o indirectamente ha disfrutado el deudor, habiéndose visto privado el acreedor. El análisis de sus casos más representativos alumbra que estos intereses se devengan a partir de deudas líquidas y exigibles –sin necesidad de constituir en mora al deudor–, en compensación por la retención de una cantidad de dinero ajena, con el fin de restablecer el equilibrio patrimonial entre la detentación de esa cantidad y su privación al acreedor que lo es con carácter involuntario; su fundamento reside en la presunta productividad del dinero y en el enriquecimiento injustificado, de cuya doctrina suponen una aplicación concreta.

DECIMOQUINTA.- Los intereses compensatorios comparten la mayoría de las características de los intereses moratorios: *(i)* tienen origen legal; *(ii)* corresponden a un acreedor involuntario; *(iii)* vienen cuantificados por la ley; *(iv)* son objeto de una prestación secundaria y dependiente; *(v)* son necesariamente dinerarios y porcentuales;

(vi) no están sometidos a los límites de la Ley de Usura; (vii) su devengo y exigibilidad sólo es posible *ad tempus*; (viii) no producen anatocismo; y (ix) no forman parte del cálculo de la TAE. La única diferencia entre el régimen jurídico de unos y otros deriva de la criticable concepción jurisprudencial según la cual, mientras que los intereses moratorios están sometidos a la necesidad de rogación, los compensatorios operan automáticamente *ope legis*. En cualquier caso, la práctica identificación del régimen jurídico de unos y otros y la cercanía entre la finalidad indemnizatoria de los intereses moratorios y la equilibradora de los compensatorios aconsejan que, al menos de cara a su tratamiento concursal, el régimen jurídico de los intereses compensatorios sea el propio de los moratorios, distinguiendo así, a efectos concursales, sólo entre intereses retributivos, por un lado, y los que no lo son (moratorios y compensatorios), por otro.

DECIMOSEXTA.- Existen una serie de figuras que, no siendo propiamente intereses, les son afines bien por la periodicidad de su devengo, por su proporcionalidad a un capital, por implicar un resarcimiento a un daño, *etc.* Son el caso de los aplazamientos retribuidos, de las rentas vitalicias, los censos, los recargos, los intereses procesales, las cláusulas penales, los dividendos, *etc.* Distinguir las de los verdaderos intereses y asimilarlas, en su caso, a unas u otras categorías, resulta necesario para la obtención de otras conclusiones y para atribuirles, en cada caso, el régimen concursal correspondiente a la figura a la que resulten parangonables.

DECIMOSÉPTIMA.- La configuración del régimen concursal del crédito por intereses exige la interpretación conjuntiva de dos reglas referidas específicamente a ellos: la suspensión de su devengo como efecto ligado a la declaración de concurso (art. 59 LC) y la subordinación del crédito por intereses (art. 92.3º LC)], que impone la necesidad de su coordinación, precisando su correspondientes ámbitos, material –intereses retributivos *vs.* moratorios– y temporal –preconcursoales *vs.* postconcursoales–, en función de los principios e instituciones que configuran el sistema concursal vigente en el que el régimen del crédito por intereses ha de encajar adecuadamente.

DECIMOCTAVA.- La regla de la suspensión del devengo de intereses tiene su antecedente directo en el régimen de los procedimientos liquidativos del concurso de acreedores (art. 1916 Cc) y de la quiebra (art. 885 CCom). La premisa que la soportaba

no era otra que su condición de procedimientos universales de ejecución colectiva, puramente liquidatorios, de apertura ante situaciones de absoluta insolvencia patrimonial. Desde tal concepción carecía de sentido mantener la vigencia del plazo de las obligaciones pendientes, procediendo su vencimiento anticipado con la declaración (arts. 1915 Cc y 883 CCom). Consecuentemente, dejaba de tener fundamento la continuidad del devengo de los intereses retributivos, que quedaban sin soporte causal (art. 1275 Cc). La suspensión del devengo de los intereses moratorios era consecuencia natural del principio de concursabilidad, de la *par conditio creditorum* a la que aquella regla se ajustaba, haciendo que resultara proporcionada. La suspensión del devengo de los intereses, tanto retributivos como moratorios, era consecuencia natural, pues, de otros efectos y principios configuradores de los procedimientos liquidativos correspondientes. De ahí que, ante el silencio de la Ley de Suspensión de Pagos, no cupiera una aplicación analógica del artículo 884 CCom en lo concerniente a los intereses retributivos, pues la premisa del vencimiento anticipado no se producía en este procedimiento.

DECIMONOVENA.- La LC ha instaurado un sistema distinto del estrictamente liquidatorio, propio de aquellos procedimientos donde la regla de la suspensión del devengo de encontraba su origen y fundamento. Si bien se mantienen las premisas que justifican la suspensión del devengo de los intereses moratorios –la concursabilidad que erradica el presupuesto de la mora ordinaria– y los principios que consienten sus efectos –trato paritario exigido por el principio de igualdad–, desaparece toda justificación de la generalizada regla de suspensión del devengo de los intereses retributivos de aplazamientos que, nos obstante, pueden mantenerse a pesar de la declaración de concurso. Lo injustificado de tal generalización se desprende de las siguientes consideraciones: (i) el procedimiento concursal no es un procedimiento exclusivamente liquidatorio, cuya apertura lleve aparejado en todo caso el vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo; (ii) la obligación del pago de intereses retributivos no es dependiente ni secundaria, sino tan principal como pueda serlo la renta en un arrendamiento; (iii) la LC no decreta la congelación o insensibilización de la masa pasiva (v. gr. créditos contra la masa, intereses cuyo devengo se mantiene, etc.), por lo que su conveniencia práctica no puede ser razón de peso para justificar una medida expropiatoria de los legítimos derechos de los acreedores [sólo dinerarios] a plazo, situándolos –contra la *par conditio*– en peor condición al privarlos de su respectiva retribución. No obstante, la mayoría de la doctrina mantiene la plena justificación en el marco de la LC de la generalizada regla de suspensión del devengo de intereses –sean retributivos o moratorios–, valorándola positivamente por razones de equidad, con base

en la *par conditio creditorum* y en la facilitación técnico-práctica del procedimiento, y considerándola un efecto propio, consustancial y dogmáticamente indisociable de la declaración de concurso.

VIGÉSIMA.- Una interpretación histórica, finalista, comparada, sistémica y constitucional del artículo 59 LC lleva a entender y admitir que la regla de la suspensión del devengo se refiere exclusivamente a los intereses moratorios, manteniéndose el devengo de los retributivos. A tal interpretación no se opone, sino que redundando en ella, la interpretación gramatical de la norma, según su tenor («intereses legales o convencionales»), sus excepciones (créditos laborales, que sólo pueden ser moratorios, y los asegurados con garantía real, que puede extenderse a éstos) y los supuestos de reactivación (sus premisas, condiciones y límites tanto en el caso de solución por convenio, como en los de liquidación). A través del prisma temporal, la suspensión afectará a intereses a devengar tras la declaración de concurso (art. 59). Los devengados antes de esta fecha, incluso con posterioridad a la solicitud de concurso, habrán de ser reconocidos en la lista de acreedores con el rango que les corresponda según su naturaleza, por mucho que tal lista vaya referida legalmente a la fecha de la solicitud (art. 94.2 LC). Finalmente, la suspensión sólo se produce respecto de créditos concursales y cuando fuera a ser la masa la perjudicada por su devengo, por lo que no se aplica a los créditos de la masa ni contra la masa, a créditos concursales con derecho de separación, en la medida en que se ejercite, ni a los que gocen de responsabilidad añadida de tercero (fianzas, deudores solidarios, *etc.*), en cuanto que se exijan de éste y no repercuta posteriormente en el concurso.

VIGESIMOPRIMERA.- Los *créditos con garantía real* representan una primera excepción a la regla de la suspensión del devengo de intereses, dado que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Su antecedente se encuentra en la legislación derogada y la excepción se justifica, ahora como entonces, en quedar sustraídos estos créditos a todos los efectos de la concursalidad (ejecución separada, derecho de *abstención*, *etc.*), entre ellos, el de suspensión del devengo de intereses. El límite de la respectiva garantía se encuentra, obviamente, en el valor o producto del bien afecto. En caso de ser aplicable la legislación hipotecaria, el límite debe ser interpretado en el sentido de excluir de la suspensión de su devengo únicamente los intereses que hayan sido expresamente determinados e inscritos –principio de especialidad (art. 12 LH)– que comprenderán, en relación con los intereses retributivos, los correspondientes al importe

de las dos últimas anualidades y la parte vencida de la anualidad corriente –o, en su caso, según los términos expresamente pactados dentro del límite de los cinco años– (art. 146 en relación con el 114 LH). La extensión de la garantía a los intereses moratorios exige pacto expreso con los requisitos de las hipotecas de máximo. Sean retributivos, sean moratorios, la responsabilidad máxima hipotecaria establecida e inscrita será el límite que, de declararse el concurso, podrá ser entregado al acreedor hipotecario, llevándose el remanente a la masa activa del concurso (art. 692.1 LEC). Los intereses que excedan de la responsabilidad máxima hipotecaria, determinada e inscrita para cada caso, habrán de recibir el tratamiento concursal que, en general, se predique de los intereses, según su clase o naturaleza y en función de la fecha de su devengo.

En esta excepción, por tanto, en la continuación del devengo de intereses han de considerarse incluidas no sólo las genuinas garantías reales, sino también las demás figuras asimiladas por medio de las cuales el acreedor se asegure el cumplimiento de la obligación de forma semejante y merecedora de análogo tratamiento concursal (arrendamiento financiero, compraventas con precio aplazado garantizado con reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria y créditos refaccionarios inscritos sobre inmuebles).

VIGESIMOSEGUNDA.- Los créditos «salariales» *stricto sensu* representan la segunda excepción a la regla de la suspensión del devengo de intereses, ya que éstos se siguen devengando pese a la declaración de concurso, sin más límites que el de su reducción a la tasa del tipo de interés legal establecida en la Ley de Presupuestos del Estado y el de su satisfacción con rango de crédito subordinado. La excepción, novedosa en el Derecho concursal, pretende la superior tutela del crédito salarial en su consideración de crédito de subsistencia para sus titulares; por ello no se mantendrá cuando el crédito sea objeto de novación subjetiva de su titular, salvo en el caso de la subrogación legal del FOGASA (art. 97 LC). El régimen varía según el rango del crédito salarial. Los créditos salariales contra la masa seguirán devengando el interés moratorio laboral normal (10% anual *ex* artículo 29.3º ET) y cobrándose junto a su principal (art. 84.4 LC); los privilegiados especiales por gozar de garantía real también pero, en cuanto a lo que por ella no resulte cubierto, seguirá devengando el interés legal del dinero *ex* art. 59 LC y cobrándose como subordinados, como en el caso de existir el privilegio especial refaccionario no anotado sobre muebles, que sólo ha de considerarse extendido a los moratorios preconcursales. Tampoco los intereses moratorios se contaminan del privilegio general otorgado a los créditos por salarios en el artículo 91.1º LC por lo que,

aun cuando no superen el triple del SMI, estos créditos devengarán *sólo* el interés legal del dinero y se cobrarán con el rango de subordinados, como en el caso de los créditos salariales ordinarios. Sin embargo, los créditos salariales subordinados deben sufrir la paralización del curso de intereses moratorios al prevalecer la razón que aconseja su subordinación sobre su carácter salarial, resultando, en general, incompatible la subordinación con cualquier clase de preferencia o prerrogativa. El rango de crédito subordinado que se concede a los intereses moratorios postconcursoales devengados por ciertos créditos salariales *ex* artículo 59 LC supone un mejor tratamiento que el que tendrían de recibir la regla general, que los dejaría interrumpidos a expensas de su eventual reactivación posterior.

VIGESIMOTERCERA.- La *suspensión* del devengo de intereses moratorios es un efecto automático, *ope legis*, de la declaración de concurso, sea este voluntario o necesario, por tramitación ordinaria o abreviada. Sólo opera frente a la masa pasiva, no produciendo efectos frente a los coobligados con el deudor en concurso y permite en la práctica discernir entre intereses precursoales y postconcursoales, distinción de enorme trascendencia. La suspensión se sitúa entre dos polos opuestos: la continuación del devengo de intereses y su cese definitivo. Inicialmente cesa el devengo de los intereses para su posterior posible reactivación siempre que de aprobarse el convenio éste no implique quita o de abrirse la liquidación, resulte remanente. *A contrario sensu*, si el convenio –en su caso– implica quita o la liquidación –en el suyo– no cubre los créditos concursoales, el cese del devengo de intereses será definitivo (*intereses condicionales*). En caso de finalización concursal por convenio, además de no implicar éste quita alguna, la reactivación del devengo exige que expresamente se pacte el cobro, total o parcial, de los intereses moratorios de los créditos concursoales vencidos que se hubieran debido de devengar entre la declaración de concurso y la eficacia del convenio. En caso de finalizar el concurso por liquidación que arroje remanente tras la íntegra satisfacción de todos los créditos concursoales, los intereses moratorios que debieran haberse devengado entre la fecha de declaración de concurso y la del pago efectivo a los acreedores se reactivan *ope legis*, habiendo de ser satisfechos por la administración concursal entre todos ellos a prorrata, con abstracción de categorías crediticias y cálculo al tipo convencional, sea éste mayor o menor que el legal o, en defecto de pacto, y pese al tenor literal del precepto, conforme al interés legal del dinero.

VIGESIMOCUARTA.- La *subordinación crediticia* es una técnica novedosa acogida por la LC que tiene su antecedente comparado en la doctrina jurisprudencial americana de la *equitable subordination* (v. §510 y §726 USC11) y, en particular, respecto a la postergación del crédito por intereses, en la legislación concursal alemana – *Insolvenzordnung* de 1994 (*InsO*)– en la que, dentro del procedimiento liquidatorio establecido con carácter general y dándose por vencidas las obligaciones a plazo del concursado (§41), los créditos subordinados ocupan el último lugar en la preferencia de cobro, situándose en el primer subnivel los intereses moratorios devengados desde la apertura del procedimiento, salvo los correspondientes a créditos subordinados, que ocupan el sexto y último sub-nivel; por el contrario, los intereses devengados con anterioridad [moratorios o retributivos] se incorporan al crédito principal, ocupando su mismo rango.

En los trabajos prelegislativos de la LC, la subordinación encuentra su precedente más significativo en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 – *Propuesta Rojo*–. Ésta incluía los créditos subordinados en un reducido elenco y los sometía a un régimen concursal menos gravoso que el devenido en la LC al no privar a sus titulares del derecho al voto –excepto que fueran personas especialmente relacionadas con el deudor– y, en ciertos supuestos, el voto de los subordinados contaba para la formación de la mayoría necesaria para aprobar el convenio. Con inocua consideración parlamentaria, la subordinación crediticia se plasmó en la LC con sustancial identidad a su tratamiento en el Anteproyecto, con leves cambios que pueden considerarse insustanciales. Una vez vigente la LC, la práctica ha puesto de manifiesto la necesaria subsanación de algunas deficiencias del régimen de la postergación crediticia, siendo modificados algunos de sus aspectos por medio de las leyes de reforma parcial de 2009 y 2011, ninguna de las cuales afecta concretamente a la subordinación del crédito por intereses.

VIGESIMOQUINTA.- Del régimen de los créditos subordinados se aprehende que son aquellos, de heterogénea naturaleza, que por disposición legal y al amparo de razones de índole ora objetiva ora subjetiva, han de ser satisfechos en la liquidación una vez atendidos el resto de créditos. Su singular régimen jurídico se caracteriza, además, por la restricción o privación de derechos y facultades reconocidos a los titulares de los créditos concursales ordinarios. El elenco de créditos subordinados lo determina jerarquizadamente el artículo 92 LC. La heterogeneidad de sus casos y la ausencia de común denominador entre ellos sólo consiente su reducción a cuatro categorías de subordinación según: su origen convencional (subordinación contractual), la naturaleza

del crédito (intereses, recargos, sanciones), su titularidad (personas especialmente relacionadas con el concursado) y el comportamiento censurable del acreedor (rescisión con mala fe, comunicación tardía y obstrucción al cumplimiento del contrato). En general, la postergación de los créditos afectados tiene lugar automática y objetivamente, es decir, con independencia de cualquier juicio de reprochabilidad. La idea de penalidad o represión sólo planea en los supuestos de conexión con la conducta del titular del crédito, especialmente en la rescisión contractual y, sobre todo, en la obstrucción al cumplimiento del contrato –añadido por el RD-Ley 3/2009–, donde sí es requerido el juicio de reprochabilidad –*el juez constate*– ausente en los supuestos de la redacción original.

VIGESIMOSEXTA.- El común régimen jurídico afectante a los titulares de cualquier crédito subordinado se caracteriza por la privación de derechos y restricción de facultades concedidas a los acreedores ordinarios en cada una de las fases del procedimiento. Ello impone la necesidad de interpretar restrictivamente las normas de referencia y la proscripción de la analogía, atendiendo siempre a la finalidad de la subordinación y a la exigencia de justificación y proporcionalidad derivada de su excepcionalidad (art. 14 CE).

VIGESIMOSEPTIMA.- En la *fase común* del concurso, las peculiaridades del régimen legal de la subordinación crediticia se ciñen a los siguientes extremos: (i) el acreedor por exclusivo crédito subordinado se encuentra inhabilitado para su nombramiento como único miembro de la administración concursal, en el excepcional caso de conformarse ésta también por un acreedor (art. 27.2.3º LC), y de constatarse o concurrir tal calificación tras su nombramiento, sobrevendrá causa de renuncia, recusación o separación; (ii) los créditos subordinados están sometidos a la carga de ser insinuados y caso de no hacerlo, no reciben la subordinación por esta causa (art. 92.1º LC) sino que mantendrán la calificación correspondiente al inferior rango que les corresponda por su naturaleza (art. 92.3º LC); (iii) el titular del crédito subordinado resulta expresamente privado del privilegio general hasta el cincuenta por ciento del su importe en el caso de ser quien inste el concurso necesario (art. 91.7º LC); (iv) la pérdida o extinción de las garantías constituidas a favor de los créditos [subordinados] de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 97.2 LC), si bien este efecto no puede extenderse a ningún otro supuesto de crédito subordinado distinto.

VIGESIMOCTAVA.- En la *fase de convenio* se expansiona la degradación de los créditos subordinados, presentándose mayores dificultades interpretativas del régimen legal:

(i) En la tramitación del convenio, en el anticipado no debe negarse virtualidad a la adhesión a la propuesta formulada por el deudor de los acreedores por créditos subordinados, si bien a los exclusivos efectos de resultar admitida a trámite (art. 106.1 LC) y no computar para resultar aceptada (art. 109.1 con el art. 124 LC); en caso de propuesta ordinaria, tales acreedores *sólo* resultan privados –de manera absoluta– del derecho al voto del convenio, sin intervenir de modo alguno en la formación de la voluntad de la masa pasiva del concurso (art. 122.1.1º con 124 LC); no obstante, conservan el resto de derechos y facultades reconocidos a los acreedores ordinarios con carácter general (formulación de propuesta ordinaria, asistencia y participación en la Junta de acreedores, *etc.*).

(ii) En la fase de aprobación judicial, resultan privados de legitimación para entablar oposición al convenio en el caso de inviabilidad objetiva de cumplimiento, residenciada en los acreedores que titulen el 5% del pasivo ordinario (art. 128.2 LC); en los demás casos (art. 128.1 LC), debe reconocérseles en la medida que se trata de un control de legalidad de las eventuales infracciones de normas de orden público sobre contenido, forma y procedimiento de adopción de un convenio, a cuya eficacia habrían de quedar plenamente sometidos, y dado que, además, tales infracciones podrían ser apreciadas de oficio.

(iii) En cuanto al contenido del convenio, los titulares de créditos subordinados, como regla general, han de padecer las mismas quitas y esperas previstas para los ordinarios (art. 134 LC), sin ser posible que el *mero* acuerdo mayoritario de los acreedores ordinarios imponga a los subordinados una remisión o aplazamiento superiores a los propios –y, menos aún, total–, lo cual exigiría el consentimiento de los afectados como requisito previo a su sometimiento a la aceptación (art. 125.2 LC). En caso de contener el convenio aceptado propuestas alternativas dirigidas a los acreedores por créditos subordinados, podrán éstos ejercitar la opción (art. 102.2 LC) y, de no ejercitarla, podrán quedar afectados por cualquier alternativa remisoria o dilatoria predeterminada (art. 102.1 LC), pero para la eficacia de alternativa que consista en cualquier forma de capitalización de sus créditos, será necesaria su aceptación expresa –previa (art. 125.2 LC) o posterior (art. 134.1.2º LC)- por lo que, salvo que se cuente con su consentimiento expreso, no podrá haber una propuesta de convenio que sólo consista para los subordinados en la conversión de sus créditos en participación.

(iv) En el plan de pagos y, en su caso, en el plan de viabilidad que deben acompañar a todo convenio, deben incluirse las previsiones necesarias respecto al pago de la totalidad de los créditos subordinados que no estén afectados por quita, pudiendo impugnarse por infracción legal un convenio que omitiera tales previsiones (art. 128.1 LC) y por inviabilidad objetiva, si los recursos previstos no alcanzaran su pago (128.2 LC).

(v) Las conclusiones sobre la trascendental cuestión de la eficacia del convenio respecto de los créditos subordinados parten de reconocer que, en términos generales, la máxima expresión de la degradación que reciben los acreedores subordinados en la fase de convenio surge de conjugar su privación del derecho al voto, con la plena extensión subjetiva del contenido a sus titulares y la novación *inaudita parte* de sus créditos. En particular, en lo que se refiere a las esperas acordadas, no existe duplicación para ellos de los plazos de espera, pero los pagos a los subordinados tras la espera acordada sólo podrá efectuarse cuando se cumpla la condición de que el deudor, de hecho, haya cumplido íntegramente el convenio respecto de los acreedores ordinarios, sin que sea necesario ni posible una resolución judicial en tal sentido. De contenerse distintas quitas para grupos de acreedores ordinarios, la regla no es la aplicación a los subordinados de la mayor quita acordada, sino la acordada con carácter general para los ordinarios. En caso de convenios con propuestas alternativas se autoriza aquel que consista, con independencia de las quitas y esperas establecidas para otros acreedores, en prever para los subordinados la alternativa de recibir la integridad de sus créditos, inmediatamente, mediante su conversión en participación en el capital; ello sin perjuicio de que para la eficacia de esta alternativa se requiera su expresa aceptación (art. 125 con 134 LC).

(vi) Las conclusiones sobre las peculiaridades de la posición jurídica de los créditos subordinados en orden al cumplimiento del convenio parten de la obviedad –siquiera puesta en duda– de que tal cumplimiento exige que se culminen la totalidad de sus previsiones, entre las que destaca la satisfacción de todos los acreedores concursales –incluidos, obviamente, los subordinados–, en la medida de las quitas o esperas acordadas. No podrá el deudor instar, ni el juez declarar, el cumplimiento de un convenio si los acreedores por créditos subordinados no han sido íntegramente satisfechos según los términos en que, respecto de ellos, el convenio resulte eficaz. Se ha de reconocer legitimación para instar la declaración de incumplimiento del convenio a todo acreedor –incluido el subordinado– respecto del cual éste no se haya cumplido, aun cuando el incumplimiento alegado se refiera a un crédito de rango anterior.

VIGESIMONOVENA.- En la *fase de liquidación*, el principal efecto que caracteriza la posición de los titulares de créditos subordinados es la postergación de éstos al último lugar del rango de cobro de los créditos concursales (arts. 154 a 158 LC). Su pago no se realizará hasta la íntegra satisfacción de los créditos ordinarios –la cual presupone la de los privilegiados y, antes, la de los créditos contra la masa– y se habrá de efectuar –dentro de ellos– según el orden excluyente establecido en el artículo 92 LC; en caso de insuficiencia patrimonial para atender íntegramente una categoría, habrá de repartirse el remanente proporcionalmente dentro de ella (art. 158 LC).

La posible duda sobre la aplicación analógica de las normas de pago anticipado y a cuenta de la liquidación de los créditos ordinarios (art. 157 LC) ha de resolverse en el sentido de ser posible –una vez satisfechos íntegramente los créditos ordinarios– efectuar pagos parciales o entregas a cuenta no inferiores al 5% del nominal de los créditos subordinados del rango correspondiente (art. 157.3 LC) y poder autorizar el Juez, de forma excepcional, el pago anticipado a unos acreedores subordinados respecto de otros de superior categoría –a solicitud de la administración concursal y siempre que el pago de los preferentes estuviera garantizado– (art. 157.2 LC).

Si la liquidación concursal hubiera estado precedida del cumplimiento parcial de un convenio, se mantiene con carácter general la legitimidad de los pagos efectuados entonces (art. 162 LC). Dado que las eventuales quitas acordadas en el convenio quedan sin efecto sólo en relación con los créditos aún no extinguidos por pago (art. 140.4 LC), como regla general, el acreedor subordinado no habrá de reintegrar el válido cobro recibido en cumplimiento del convenio. Ello implica que todos los preferentes se encuentran extinguidos y consolidada su quita, aun cuando signifique que los acreedores por créditos subordinados reciben un pago posible por la remisión de los ordinarios pactada en el convenio, y a pesar de que el activo concursal, en liquidación, no los hubiera alcanzado.

Si la sección de calificación concluye con sentencia firme de declaración de culpabilidad que establezca la responsabilidad de algunos sujetos por el déficit concursal, ni los acreedores subordinados quedan excluidos del ámbito del daño resarcible por esta responsabilidad, ni el déficit concursal deja de existir por el hecho de restar tras la liquidación *sólo* este tipo de créditos.

TRIGÉSIMA.- La *particular subordinación del crédito por intereses* se incluye en el tercer rango del escalafón, tras los créditos tardíamente comunicados y el supuesto de

subordinación contractual. La tramitación parlamentaria dejó prácticamente incólume la redacción original del Proyecto en este extremo, pese a ciertos intentos de una reiterada enmienda tendente a excluir los intereses retributivos postconcursoales de las financiaciones bancarias y cuyo rechazo pudo deberse, bien a ser considerada una superflua e innecesaria aclaración (art. 61 LC), bien a una voluntad deliberada de dejar establecido precisamente lo contrario. La subordinación del crédito por intereses recibe, en general, una valoración positiva por parte de la doctrina que, sin discriminar entre intereses moratorios y retributivos, aduce como razones justificativas la accesoriedad de la deuda de intereses –o su secundariedad– y la garantía del trato igualitario que produce entre todos los acreedores. Sin embargo, dado que otorgar a un crédito el rango de subordinado supone una opción de política legislativa en pro de desmerecer ciertos créditos, por sus condiciones objetivas o por las subjetivas de su titular, a fin de aumentar las expectativas de cobro de otros considerados dignos de mayor protección, desde esa perspectiva, mientras que la subordinación del crédito por intereses moratorios resulta plenamente justificada, dada su naturaleza indemnizatoria y su condición de crédito accesorio –dependiente y secundario– resulta arbitraria y desproporcionada la subordinación de los intereses retributivos, como obligación que es independiente, principal y causa del propio contrato de financiación.

TRIGESIMOPRIMERA.- El ámbito material de la subordinación del crédito por intereses debe ceñirse a los intereses que carezcan de naturaleza retributiva. Abogan por ello, pese al tenor del precepto, la incoherencia de otra interpretación con el propio sistema concursal y las consecuencias constitucionalmente insoportables de atentar contra los principios de igualdad (art. 14 CE), propiedad privada (art. 33 CE) e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9 CE). En cualquier caso e indudablemente, de la subordinación están expresamente excluidos los intereses devengados por créditos cubiertos con garantía real hasta donde ésta alcance, lo que ha de extenderse también a figuras asimiladas por la LC a las garantías reales (arrendamientos financieros y compraventas aplazadas con garantías específicas).

TRIGESIMOSEGUNDA.- Para fijar el régimen concursal del crédito por intereses no basta con el análisis estanco de las específicas reglas de suspensión de su devengo y de subordinación del crédito, es preciso coordinar la interacción de los efectos de ambas para su armónica incardinación en el sistema concursal y sus principios configuradores. Sólo de un análisis sistémico surge la verdadera configuración del tratamiento concursal

del crédito por intereses, que pasa por diferenciar cuatro situaciones distintas: intereses retributivos, preconcursales y postconcursales, e intereses moratorios, devengados con anterioridad o posterioridad a la declaración de concurso.

TRIGESIMOTERCERA.- En los sistemas concursales más próximos al español se observa cómo en el tratamiento de los intereses, siempre moratorios y postconcursales, se opta por una alternativa: o se dispone legalmente el cese del devengo de intereses al comienzo del proceso de liquidación, a expensas de una posterior reactivación (v. gr. Francia, Italia, EE.UU.), o bien continúa tal devengo subordinando su pago al de los demás créditos no garantizados (v. gr. Portugal y Alemania). En todos los casos en que se subordina el crédito por intereses tal resulta de efecto equivalente a la alternativa de suspensión del devengo de intereses moratorios decretada en procedimientos liquidativos; lo que resulta una extravagancia es la yuxtaposición de ambas alternativas. En la tradición concursal española, desconocedora de los créditos subordinados, la suspensión del devengo de intereses –decretada tanto en quiebra, como en concurso de acreedores tras declarar el vencimiento anticipado de las deudas a plazo– se justificaba como medida propia de un sistema tendente a la liquidación patrimonial del deudor sobre la *par conditio creditorum*. En esa línea, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia no encontraba razón para la aplicación analógica de la regla al procedimiento de suspensión de pagos, dadas la distinta configuración del procedimiento y la finalidad –conservativa– a través de él perseguida. Tampoco en los trabajos de reforma concursal, que precedieron a la LC, se encuentra una configuración del régimen concursal del crédito por intereses que pueda considerarse equivalente al [aparentemente] impuesto por la Ley vigente: en los proyectados procedimientos de carácter liquidativo se contenía [sólo] la regla de la suspensión del devengo de intereses, como efecto ligado a la declaración (concurso de acreedores 1959 y concurso de acreedores 1995), dejándose claramente establecido que los intereses preconcursales serían satisfechos junto al principal (concurso de acreedores 1959, concordato judicial 1959, concurso de acreedores 1983); en los –igualmente proyectados– procedimientos de carácter eminente o relevantemente conservativo, el devengo de intereses, o se mantenía (concordato judicial 1959) o se decretaba su suspensión a los solos efectos de cuantificar el pasivo pero, salvo pacto, reactivándose en el convenio o tras la liquidación (concurso de acreedores 1983). El único texto que yuxtaponía suspensión con subordinación fue la Propuesta Rojo de 1995, que no llegó a alcanzar categoría de anteproyecto y que, con efecto práctico reducido al de su postergación en el rango de cobro, subordinaba el crédito por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios.

TRIGESIMOCUARTA.- El tratamiento concursal del crédito por intereses exige coherencia con el sistema en el que se incardina por lo que la interpretación de las normas debe ajustarse a la consideración del sistema concursal en su conjunto. El español, y para lo que afecta al régimen concursal del crédito por intereses, viene definido por los siguientes elementos basales. Rige el *principio de universalidad* tanto de la masa activa como de la masa pasiva (concurabilidad), en la que habrán de integrarse, también, los acreedores a plazo y el *principio de unidad de sistema* que establece un único procedimiento –el concurso- de carácter flexible por venir destinado a solucionar la insolvencia del deudor sea cual sea la gravedad y entidad de su crisis económico-financiera y que podrá solucionarse bien por convenio, bien por liquidación.

La eventualidad de que se solucione por un convenio con continuación de la actividad del deudor exige que no se produzca con la declaración efectos que son más propios de procedimientos liquidativos (especialmente, el vencimiento anticipado, sólo ligado a la apertura de la fase de liquidación). Esa misma contingencia motiva un complejo régimen especial del mantenimiento, cumplimiento y resolución de contratos, según contengan o no obligaciones recíprocas y éstas estén o no total o parcialmente cumplidas por una o ambas partes y antes o después de la declaración de concurso (arts. 61 y 62 LC); incluso la especialidad, en interés del concurso, llega a la previsión legal de reactivación, bajo determinadas condiciones y requisitos, ciertos contratos *estratégicos* que resultaron resueltos antes de la declaración de concurso por incumplimientos del concursado, entre los que se encuentran los de «préstamo y demás de crédito» en los que se hubiese producido el «vencimiento anticipado» en los tres meses anteriores a la declaración de concurso (art. 68 LC). En la aceptación de tales términos, los créditos aplazados, nacidos de contratos válidamente celebrados por el deudor antes de la declaración de concurso, seguirán la suerte establecida por las reglas de los artículos 61 y 62 LC, manteniéndose en vigor, salvo que concurra alguno de los supuestos de extinción voluntaria o resolución por incumplimiento previstos, y con las consecuencias crediticias en ellos establecidas.

En caso de convenio, pues, salvo que éste se refiera expresamente a la resolución o novación de tales contratos, se mantendrán incólumes las condiciones contractuales pactadas y, con ellas, el plazo establecido y su retribución. En caso de solución concursal por liquidación, perderán vigencia todos los plazos contractuales establecidos como consecuencia del vencimiento anticipado de las obligaciones, asociado a la apertura de tal fase (art 146 LC), cesando, con ello, el devengo de cualesquiera intereses retributivos.

Las consecuencias que el rango que corresponda a cada crédito en la clasificación

crediticia ha de depender de las soluciones que tenga el concurso, distinguiéndose los distintos efectos que en los créditos contra la masa y en los créditos concursales –privilegiados, ordinarios y subordinados– tiene tanto el convenio, como la liquidación. El elenco de créditos subordinados –esencialmente postergados en la liquidación y privados del derecho al voto en el convenio– es de variada tipología, existiendo en la generalidad de los casos una razón justificativa de su postergación y peor trato, salvo en el particular caso de los créditos por intereses retributivos, de extenderse a ellos la subordinación crediticia. Extensión improcedente si se considera que: (i) entre los créditos contra la masa, ajenos a las reglas de la concursabilidad, se encuentran algunos que tienen que ver con el mantenimiento, cumplimiento y resolución de obligaciones recíprocas y con la rehabilitación de contratos de crédito (arts. 84.2.6º, 61, 62 y 68 LC); (ii) las obligaciones dinerarias futuras encuentran sometidas a reglas específicas de reconocimiento –con trascendencia en la posición jurídica del titular del respectivo crédito tanto en la fase de convenio, como en la de liquidación– que no son aplicables a los créditos fructíferos, de ahí que los créditos por prestaciones dinerarias voluntariamente aplazadas a cambio del devengo de un interés retributivo no hayan de sufrir actualización ni descuento alguno, por mucho que el vencimiento pactado vaya más allá de la fecha de la declaración de concurso o de la apertura de la fase de liquidación (art. 88.4 LC).

TRIGESIMOQUINTA.- El análisis sistémico del crédito por intereses en el concurso pone de manifiesto que el problema radica en haber traspuesto a la LC la regla de la suspensión del devengo de intereses, traída del concurso de acreedores y de la quiebra, partiendo de la premisa generalizada del vencimiento anticipado de todos los créditos como consecuencia de la declaración de concurso, haciéndolo en claro contraste con el sistema concursal vigente que parte de la premisa contraria. Y lo que es peor, además, se ha traspuesto la regla yuxtaponiéndola con la de la postergación legal del crédito por intereses, importado de sistemas concursales tendentes a la liquidación y que la contraen a los créditos por intereses moratorios postconcursoales.

La suspensión del devengo de intereses alcanza pleno sentido, tanto en relación con los intereses moratorios, como con los retributivos, si se incardina en un procedimiento concursal cuya declaración implique, como consecuencia necesaria, el vencimiento de todas las obligaciones. En tal caso, y por el principio de universalidad –concursabilidad–, no tiene sentido distinguir entre clases de intereses: todos los créditos, aplazados o no, resultarán vencidos *ope legis* por la declaración, siendo coherente que cese el devengo de intereses retributivos de un plazo que desaparece; por otro lado, dada la

generalización de la mora a partir de ese momento sin que ninguno de los acreedores – salvo los titulares de garantía real– pueda obtener satisfacción de su crédito al margen del procedimiento, la suspensión del devengo de intereses moratorios cobra pleno sentido, alcanzando por igual a todos los acreedores. Sin embargo, el planteamiento de esta regla de suspensión no es razonable en relación con los intereses retributivos dentro de un sistema en el que la declaración de concurso no implica el vencimiento anticipado de los créditos, ni la resolución de las obligaciones recíprocas.

TRIGESIMOSEXTA.- En la necesidad de dar una lectura integrada a las reglas de suspensión del devengo de intereses y de subordinación del crédito que en ellos consista, se acude por la doctrina, de forma unánime, a considerar el momento de su devengo anterior o posterior a la fecha de la declaración de concurso, sea cual fuere su clase y función. Son dos las posturas doctrinales fundamentales: *(i)* sobre la premisa de considerar que la declaración de concurso suspende el devengo de los intereses de todo tipo, se interpreta mayoritariamente que la norma de la subordinación o postergación del crédito no puede referirse a los que desaparecen, siendo así los intereses preconcursales los que sufren el efecto de la degradación concursal, junto con los intereses de los créditos salariales que, como excepción, mantienen su devengo; *(ii)* considerando la injusticia e incoherencia de la anterior teoría, determinante de que intereses devengados antes de la declaración de concurso puedan sufrir la degradación crediticia, las teorías minoritarias concluyen que sólo se subordinan los intereses posteriores a la declaración de concurso, unas ciñendo la subordinación a los intereses postconcursales de los créditos salariales, otras extendiéndola a los postconcursales derivados de cualquier clase de crédito, en el entendimiento de ser la suspensión un mero expediente técnico de contabilización del crédito.

TRIGESIMOSÉPTIMA.- Las conclusiones extraídas en esta memoria, poniendo en tela de juicio tradicionales afirmaciones que doctrina y jurisprudencia dan por sentadas como lugar común, tienen como premisa paradigmática el contrato de préstamo de dinero a interés, como típico contrato generante de intereses retributivos y como contrato bilateral del que deriva un binomio de obligaciones recíprocas entre sí: la de entrega del prestamista se corresponde, bilateral y recíprocamente, con la de restitución a cargo del prestatario; la del prestamista de mantener al prestatario en la disponibilidad de lo prestado, durante el tiempo pactado, se corresponde bilateral y recíprocamente con la del prestatario de satisfacer el interés estipulado durante todo el tiempo de vigencia

del contrato.

La LC mantiene la vigencia las obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento (no propiamente *incumplidas*), pero la suerte concursal del crédito o la deuda recíproca depende de estar pendientes de cumplimiento dichas obligaciones, a la fecha de declaración del concurso, por una o por ambas partes. La aplicación del esquema legal a la configuración que se defiende del contrato de préstamo de dinero a interés, en el que estuviera sin cumplir íntegramente la obligación de restitución del prestatario a la fecha de declaración de concurso, implica que, al encontrarse íntegramente cumplida la obligación de entrega y pendiente de cumplimiento –total o parcialmente– la recíproca de restitución, el correlativo crédito de ésta ha de ser, en todo caso y supuesto, un crédito concursal por la cuantía del principal pendiente de amortizar, sin que el impago de las cuotas de amortización pueda dar lugar a la resolución por incumplimiento del concursado, fuera éste anterior o posterior a la declaración de concurso (arts. 61.1 y 62.1 LC). Caso contrario es el del otro binomio de obligaciones recíprocas: la declaración de concurso no produce la resolución de los contratos, ni el vencimiento anticipado de los créditos aplazados, por lo que el prestamista se encuentra vinculado y sometido al plazo concedido en su día al prestatario y obligado a respetarlo en una eventual solución por convenio. La obligación recíproca vinculada al mantenimiento y conservación de ese plazo, es decir, la de pagar los intereses retributivos exigibles tras la declaración de concurso, ha de considerarse el objeto de un crédito contra la masa mientras tal plazo se mantenga (art. 84.2.6º LC). Si la administración concursal o el concursado, en interés del concurso, consideran que el plazo ha dejado de ser beneficioso para la masa o no añade nada a la solución del concurso, habrán de instar su «extinción voluntaria» –en definitiva, el vencimiento anticipado del crédito– (art. 61.2 LC), a fin de que los intereses retributivos no sigan gravando, inútilmente, la masa pasiva. En este caso la resolución sólo tendrá efectos puramente obligacionales, sin que, en ningún caso, pueda implicar que el crédito concursal a la restitución del capital se considere crédito contra la masa.

TRIGESIMOCTAVA.- El régimen concursal que merecen los intereses moratorios y retributivos, anteriores o posteriores a la declaración de concurso, no puede ser indiscriminado. Distinguiendo entre sus clases funcionales, se propone un tratamiento concursal del crédito por intereses articulado sobre un régimen general y dos regímenes especiales.

Como regla *general*, los acreedores dinerarios que sean titulares de créditos

voluntariamente aplazados a cambio de retribución habrán de ser reconocidos en la lista de acreedores por el importe del total capital pendiente de restitución y los intereses retributivos exigibles a la declaración de convenio, participando en el procedimiento por este importe (inaplicabilidad del artículo 88.4 LC). Si el contrato no ha sido resuelto o extinguido durante la tramitación del concurso (arts. 61 y 62 LC), los intereses retributivos exigibles tras la declaración de concurso constituyen créditos contra la masa (art. 84.2.6° LC). Desde esa misma condición negativa –mantenimiento de la vigencia del contrato–, en una *solución por convenio*, si éste no prevé expresamente la novación de los términos contractuales, –a lo que habría que estarse en tal caso (art. 136 LC)– en su cumplimiento estará el pago de la parte de amortización de capital vencida y adeudada a la fecha de eficacia del convenio y el de los intereses retributivos exigibles a la fecha de la declaración, todo ello con rango de crédito ordinario. Se incluirá, asimismo, el montante de los intereses moratorios anteriores a la declaración, con el rango de subordinados (art. 92.3° LC). Los intereses retributivos devengados durante la tramitación habrán de considerarse crédito contra la masa (art. 84.2.6° LC) y, a partir de la eficacia del convenio, se impondrá el cumplimiento del contrato que ha sobrevivido incólume a la tramitación concursal, en sus estrictos términos contractuales, continuando la vigencia del plazo inicialmente acordado y la forma de amortización del capital y el cálculo, devengo y satisfacción de los intereses que se hubiese pactado (art. 136 LC *a contrario sensu*). Por el contrario, los intereses moratorios, cuyo devengo se suspendió tras la declaración de concurso (art. 59.1 LC), sólo se satisfarán si el convenio no implica quita y se hubiere pactado expresamente su satisfacción, como máximo al tipo legal, o al contractual, si éste fuera menor (art. 59.2 LC).

Si la solución del concurso es la *liquidación*, su apertura produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 146 LC), cesando el devengo de intereses retributivos (art. 1275 Cc). La totalidad de lo adeudado por principal e intereses retributivos preconcursales tiene la consideración de crédito concursal exigible (art. 89 LC), siendo los intereses retributivos postconcursales créditos contra la masa (art. 84.2.6° LC). En cuanto a los intereses moratorios, los devengados antes de la declaración de concurso serán satisfechos en el tercer rango de los subordinados (art. 92.3°LC) y los postconcursales, que resultaron suspendidos, sólo se satisfarán, si resulta sobrante en la liquidación, al tipo legal sólo si no hubiera convencional (art. 59.2 LC).

El *régimen especial* viene dado para los créditos garantizados con genuinas garantías reales y privilegios asimilados y para los créditos salariales: (i) el de los primeros excluye tanto de la suspensión, como de la subordinación, a los intereses moratorios, sean anteriores o posteriores a la declaración de concurso, hasta donde los cubra el alcance de la respectiva garantía (arts. 59 y 92.3° LC); en lo no cubiertos, los intereses

moratorios sufrirán la suspensión –si postconcursoales– o la degradación –si precursoales–. Los intereses retributivos postconcursoales de estos créditos privilegiados constituyen también créditos contra la masa (art. 84.2.6ºLC); los retributivos precursoales gozarán del privilegio del principal, por la cantidad cubierta por la garantía, resultando ordinarios en cuanto al exceso (art. 89.3 LC), salvo que concurra otra causa de subordinación (art. 92 LC). (ii) Los *créditos salariales* también gozan de un régimen especial, ya que siguen devengando intereses moratorios tras la declaración de concurso hasta el completo pago del principal, pero reduciendo el tipo del devengo al del interés legal del dinero (art. 59.1 LC); los que se así se devenguen son tratados en convenio y pagados en liquidación como créditos subordinados, emparejados a los moratorios que al superior tipo establecido en la legislación laboral (10% *ex art. 29 ET*) se hubiesen devengado con anterioridad (art. 92.3º LC).

En definitiva, afectados por el *efecto de la suspensión* (art. 59 LC) se encuentran sólo los intereses moratorios de todos los créditos concursoales salvo, de un lado, los derivados de créditos estrictamente salariales, que seguirán devengándose reducidos al interés legal del dinero y, sin límites temporales, hasta que su principal salarial esté completamente saldado, pero que se pagarán en el rango subordinado que corresponde en general a los intereses moratorios precursoales; y de otro, los garantizados con privilegio especial, que seguirán devengándose sólo hasta el límite del alcance de dicha garantía y pagados, dentro de dicho límite, con el producto del bien afecto. En el *rango de la subordinación* (art. 92.3º LC) se incluyen los intereses moratorios devengados con anterioridad a la declaración de concurso por todos los créditos concursoales, incluidos los de los créditos garantizados con garantía real que no hayan resultado cubiertos con la garantía. En ese rango no habrá más intereses devengados con posterioridad a la declaración de concurso que los moratorios correspondientes a los créditos estrictamente salariales: el resto de moratorios no se devengan, porque quedan sometidos al efecto de la suspensión, sin perjuicio de su eventual reactivación, según los casos.

Los intereses retributivos escapan tanto del efecto de la suspensión como del de la subordinación: los intereses retributivos anteriores comparten el rango de su «principal» y los posteriores han de ser satisfechos como créditos contra la masa. En todo caso, desde esta memoria se propugna una intervención legislativa que precise la contracción del ámbito de la suspensión y de la subordinación del crédito por intereses, de mantenerse ambas medidas yuxtapuestas, sólo a los intereses moratorios.

TRIGESIMONOVENA.- En lo que respecta al régimen concursal del crédito por intereses en supuestos especiales, los intereses de los *créditos contra la masa* pueden ser del tipo de los retributivos o de los moratorios y, pese a los iniciales vaivenes doctrinales y jurisprudenciales superados por una posterior reforma legal, ambos se encuentran al margen de los efectos de la concursabilidad y tratados con el régimen especial de devengo y pago que la LC concede a todo crédito de este tipo (art 84.4 LC). En cuanto a los intereses de los *créditos privilegiados*, y al margen de las especialidades de los créditos con garantía real y los créditos laborales, si un crédito privilegiado devenga intereses, éstos recibirán el tratamiento concursal que corresponda en general a su naturaleza retributiva o moratoria, y devengados con anterioridad o posterioridad a la declaración de concurso, salvo que en la interpretación estricta del privilegio pudieran considerarse incluidos. Por lo que respecta a los intereses de los *créditos subordinados*, han de recibir igualmente el tratamiento derivado del esquema general propuesto, con algunas matizaciones. En el caso de intereses moratorios preconcursales devengados por créditos subordinados de rango inferior al de los intereses, serán degradados al rango subordinado del principal del que deriven. En el supuesto de intereses retributivos preconcursales de créditos subordinados también sufrirán la degradación impuesta al crédito del que deriven, al serles extensible la medida de política legislativa tenida en cuenta respecto del principal que se considera preferible a la aplicación de la regla residual de su calificación como ordinario (art. 89.3 LC); sin embargo, los intereses retributivos de los créditos subordinados postconcursales deberán recibir el régimen general propuesto de créditos contra la masa, salvo el supuesto especial de los préstamos de las personas especialmente relacionadas con el concursado en el que resulta improcedente concederles el privilegio de la prededucibilidad, único en el que es incompatible la prededucibilidad con el carácter concursal subordinado de su principal por la *ratio* de esta postergación (art. 97.2 LC).

La práctica identificación del régimen jurídico de los intereses moratorios y los *intereses compensatorios*, y la cercanía entre la finalidad indemnizatoria de los primeros y la equilibradora de los segundos, llevan a proponer un régimen jurídico concursal de éstos idéntico al propuesto para aquéllos: los anteriores a la declaración de concurso serán créditos concursales subordinados y los posteriores quedarán suspendidos, a expensas de una eventual reactivación en caso de un convenio que no implique quita o una liquidación con remanente.

Sin perjuicio de las peculiaridades propias de sus particularidades, el régimen concursal de los intereses retributivos y moratorios, preconcursales y postconcursales propuesto se aplica también a los nacidos en el seno de las múltiples variedades de los contratos de financiación y, especialmente por su frecuencia práctica, en los de

descuento bancario y de apertura de crédito.

CUADRAGÉSIMA.- El tratamiento concursal de las figuras que, aun no siendo propiamente intereses, resultan afines a éstos por la periodicidad de su devengo, por su proporcionalidad respecto a un capital, por implicar el resarcimiento de un daño, *etc.*, deberá ser análogo al correspondiente a los intereses retributivos, si la afinidad fuera con éstos, o al propio de los moratorios [o compensatorios], si con ellos lo fuera. En los casos particulares analizados, deben compartir el régimen concursal propuesto para los intereses retributivos, por lo que en común tienen con ellos, los pactos de aplazamiento retribuido del cumplimiento de obligaciones como pacto accesorio en otros contratos, las rentas vitalicias, los censos, los descuentos por pronto pago y el descuento bancario; y, por el contrario, el de los moratorios, los recargos de los créditos públicos, los intereses procesales, los intereses moratorios especiales y las cláusulas penales. Esta asociación con los intereses retributivos o moratorios y su respectivo tratamiento concursal procederá también en cualquier otra figura distinta de las aquí recogidas en las que pueda establecerse idéntica suerte de analogía.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *La reforma del derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Civitas, Madrid, 1982.

AA. VV., «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, marzo 1985.

AA. VV., «La Reforma del Derecho Concursal», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, monográfico 1997.

AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, 2005.

AGUILERA ANEGÓN, G., *El anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1997.

ALBALADEJO, M., «La mora en las obligaciones recíprocas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 464, 1968.

– «La naturaleza real o no del contrato de préstamo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º) de 12 de Julio de 1996», *Revista de Derecho Privado*, tomo LXXXI, Enero-Diciembre 1997, pp. 560-571.

– *Derecho Civil v. II*, Edisofer, 12ª Edición, Madrid, 2004.

ALEMANY AGUIDAZU, J., «Subordinación contractual y subordinación concursal», *Diario La Ley*, Nº 6004, 26 de abril de 2004.

ALONSO LEDESMA, C., «La clasificación de los créditos en el concurso», en GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA, PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002, pp. 177-206.

– «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO/PULGAR (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal* Dilex, Madrid, 2003, pp. 357-408.

– «La reforma en materia de subordinación crediticia», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, 2009, pp. 59-74.

ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Implicaciones Financieras de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2009.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El registro de la propiedad y la preferencia del crédito en la ejecución y en el concurso*, Comares, Granada, 2004.

ALVAREZ OLALLA, P., «No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, marzo 2013, pp. 51-60.

ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Editorial Comares, Granada, 2003.

AMESTI MENDIZÁBAL, C., «Consideraciones sobre el concepto de contrato de apertura de crédito y sus diferencias respecto al contrato de préstamo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 21, 1986, pp. 169-189.

AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «El préstamo bancario», en OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NOVOA, JIMENEZ DE PARGA (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil, V. II, Las entidades de crédito y sus operaciones*, Marcial Pons, 2006, pp. 27-172.

ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de 10 de Julio de 1990», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 24, septiembre/diciembre 1990, pp. 873-893.

AVILA DE LA TORRE, A., «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», en QUINTANA, BONET, GARCÍA-CRUCES (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 439-457.

– «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Revista del REFOR*, número 21, enero-marzo 2007, pp. 15-21.

BADENAS CARPIO, J.M. y BOLDÓ RODA, C., «Artículo 59», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 644-658.

BAÑULS, F.A., «El concurso de acreedores y el contrato de descuento», *Anuario de*

Derecho Concursal, nº 17, 2009 (2), pp. 193-246.

BARÓ CASALS, A., *La quiebra. Legislación y jurisprudencia sistematizadas*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

– *La suspensión de pagos. Legislación y jurisprudencia sistematizadas*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

– *Jurisprudencia concursal sistematizada, 2006 a 2013*, disponible en internet <http://www.bufete-baro.com/pub-docs/jurisprudencia-concursal.pdf> [última consulta 11/XII/13]

BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

– «Contrato parciario. Caracterización dogmática, legislación aplicable», *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 273, Barcelona, Febrero de 2005, pp.1-23.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A., «*Della società, del mutuo, del depósito*», en *Trattato teorico-practico di Diritto Civile*, Milán, 1914.

BÉJAR, J., «Artículo 92», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. (coord.), *Proceso concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Editorial Iurgium, Madrid, 2004, pp. 470-471.

BELTRÁN, E., «Créditos concursales y créditos contra la masa» (art. 84), en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1491-1524.

– «Créditos concursales y créditos contra la masa» (art. 84), en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1491-1524.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Los efectos del concurso sobre los créditos», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 11, 2004, pp. 11-46.

– «Cómputo de los créditos en dinero» (art. 88), en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1578-1595.

– «El crédito por intereses en el concurso de acreedores», *Revista de Derecho*

Concursal y Paraconcursal, N° 2/2005, pp. 235-254.

– *Créditos y Quiebra*, Civitas, 2002.

BLASCO GASCÓ, F.d.P, «Artículo 158», SAGRERA/SALA/FERRER (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, t. II, pp. 1641-1649.

– *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Aranzadi, 2004.

BOHM-BAWERK, E., (traducción al castellano) en *Capital e interés: historia y crítica de la teoría sobre el interés*, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1986.

BOLDÓ RODA, C., «La postergación legal de créditos», en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (coord.), *Historia y derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*, Valencia, 1995, pp. 137-160.

BONET CORREA, J., «La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias», *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pp. 371-394.

BONFATTI, S. y CENSONI, P.F., *Manuale di Diritto Fallimentare*, 2ª ed., Cedam, Padua, 2007; *Ledisposizioni correttive ed integrative della riforma della Legge Fallimentare (Apendice)*, Cedam, Padua, 2008.

BROSETA PONT, M/ MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 2003, V. II.

– *Manual de Derecho Mercantil*, v.II., 16ª, Tecnos, 2009.

CANDELARIO MACIAS, I. y RODRÍGUEZ, L., «Apuntes sobre el nuevo código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas en Portugal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 2, 2005, pp. 395-435.

CANO MARCO, F., *Manual práctico de Derecho Laboral concursal*, La Ley, Madrid, 2014.

CARDENAL FERNÁNDEZ, J., *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979.

CARRASCO PEREA, A., «Artículo 134», en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, v. II, pp. 1469-1480.

– «Artículo 140», en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, v. II, pp. 1512-1528.

– *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor, 2008.

CARRESI, «*Il comodato. Il mutuo*», en VASALLI (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, 2ª edición, Turín, 1957.

CASADO ABAD, J., *La liquidación concursal de la empresa en las sociedades de capital: apertura, efectos y operaciones de liquidación*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2011. eprints.ucm.es/12812/1/T32983.pdf.

CASADO ROMAN, J., «Los intereses de demora en el procedimiento monitorio», *Diario La Ley* nº 7040, 23 de Octubre de 2008.

CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho concursal*, Colex, Madrid, 2000.

CLEMENTE MEORO, M., *Los supuestos legales del vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991.

CONS GARCÍA, F.J., «Novedades procesales en la reforma concursal», *Estudios Olivencia*, t. III, pp. 3469-3502.

CORDERO LOBATO, E., «Artículo 92», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, v. I, pp. 1093-1102.

– «Artículo 93», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, v. I, pp. 1103-1125.

CÓRDOBA ARDAO, B.M. y DE CASTRO ARAGONES, J. M., «Tratamiento concursal de los contratos bancarios», en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (dirs.), *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, 2012, t. II, pp. 231-321.

CORDON MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-

Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

– «Artículo 59», en CORDON (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 469-471.

– «Artículo 128. Oposición a la aprobación del convenio», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 905-929.

– «Artículo 136. Eficacia novatoria», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 950-951.

– «Artículo 140. Incumplimiento», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 959-963.

DAMIÁN MORENO, J., *et alt.*, *La nueva Ley Concursal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.

DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Artículos 1740 a 1747», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, t. II, pp. 1.600 a 1633.

– «Artículo 59», en PRENDES CARRIL, P. (dir.), *Tratado Práctico Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, t. II, pp. 572-594.

DE LA ROSA DÍAZ, P., «Aspectos del préstamo con interés en Derecho romano», en LLAMAS POMBO (coord.), *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, 2006, t. I, pp. 501-507.

DÍAZ MORENO, A. «Oposición a la aprobación del convenio (art. 128)», ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, pp. 2139-2168.

DÍAZ RUIZ, E y RUIZ BACHS, S., «Efectos indeseables de la nueva Ley Concursal sobre el sistema financiero», *Diario La Ley*, nº 5825, 16 de julio de 2003.

DÍEZ SOTO, C., *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Editorial Reus, Madrid, 2006.

DIEZ-PICAZO, L., «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *Anuario de Derecho Civil*, 1964.

– *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. v. II, Las relaciones obligatorias*,

Civitas, Madrid, 1993

– y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2001.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La suspensión del devengo de intereses como efecto de la declaración de concurso», en GONZÁLEZ/MENDEZ (coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia, 2004, t. I, pp. 1315-1332.

– «Artículo 59», en SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, t. I, pp. 1099-1117.

DORAL, J.A. y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., «Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIII, Fascículo III, Julio-Septiembre de 1980, pp. 523-569.

EHRICKE, U., *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (Munchener Komm InsO)*, 2008.

EICKMANN, D., *Insolvenzordnung (Heidelberger Kommentar)*, 2006.

EPIFANIO, M. R., «El nuevo Derecho Concursal portugués», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 2, 2005, pp. 385-393.

ESPINA MONTERO, A., *Crisis de empresa y sistema concursal*, Editorial Ágora Nexon, 1999.

ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho concursal*, 2ª edición, La Ley, 2009.

FERNÁNDEZ, A., RODRÍGUEZ, J.A. Y SEBASTIÁN, R., (dirs.), *La Ley Concursal y su aplicación*, Papeles de la Fundación, nº 33, Fundación de Estudios Financieros, 2009.

FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª, (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, 2004.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Edersa, 1991.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. Especial referencia a los contratos bancarios y de refinanciación*, Bosch, Barcelona, 2013.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Derecho concursal práctico*, Iurgium, 2004.

FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, C. y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, C., *El contrato de préstamo y crédito*, v. I, DIJUSA, 2000.

FERRÉ FALCON, J., *Los créditos subordinados*, Aranzadi, 2006.

– y KELLER, N., «La reforma de la legislación concursal en Alemania», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 27, 2012, pp. 327 a 334.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La quiebra: Efectos sobre los créditos», en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (coord.), *Suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, v. I, 669-750.

GALLEL BOIX, J., *Derecho concursal Bancario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GARCÍA-CHAMÓN, E., *Efectos del concurso sobre los créditos. Compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción*, Tirant lo Blanch, 2009.

GARCÍA-POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

– «Los créditos que tienen su origen en contratos de permuta financiera», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 21, septiembre-diciembre 2010, pp. 379-396.

GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002.

– (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley*

8/2003 para la Reforma Concursal Dilex, Madrid, 2003.

GARRIDO, J.M., «La graduación de créditos», en ROJO, A. (dir.), *La Reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 225-245.

– *Tratado de las preferencias del crédito*, Aranzadi, 2000.

– «Créditos subordinados (art. 92)», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.

– «Consecuencias de la falta de impugnación (art. 97)», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1719-1725.

– «Extensión subjetiva» (art. 134), en ROJO/BELTRÁN *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 2221-2233.

– «Pago de créditos subordinados (art. 158)», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 2486-2489.

– «El momento de pago de los créditos subordinados en un convenio en el que exista un crédito ordinario con vencimiento posterior al plazo de espera fijado», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 7, 2006, pp. 543-548.

GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2ª Edición, Madrid, 1975.

GIAMPACCOLO, G., «Comodato e mutuo», en GROSSO y SANTORO-PASSARELLI (dirs.), *Trattato di Diritto Civile*, Milán, 1972.

GONZALEZ PACANOWSKA. I., «Comentario a la STS de 16 de diciembre de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 84, 2010, pp. 1645-1728.

GONZÁLEZ PALOMINO, J., «La adjudicación para pago de deudas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1945, pp. 251-327.

GOZALO LÓPEZ, V., «La reforma del Derecho Concursal alemán», *Revista de Derecho Mercantil*, número 215, 1995, pp. 211-222.

– «La Reforma del Derecho Concursal alemán», traducción de la *Insolvenzordnung (InsO)*, *Revista de Derecho Mercantil*, número 215, 1995, pp. 561-679.

GUILARTE GUTIERREZ, V., «Artículo 92», en SÁNCHEZ-CALERO, F. y GUILLARTE, V., *Comentarios legislación concursal*, Lex Nova, 2004, p. 2027-

2052.

GULLÓN BALLESTEROS, A. «Artículo 1916», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2061.

GUTIERREZ GILSANZ, A., «Artículo 128», en PULGAR/ALONSO LEDESMA/ALCOVER/ALONSO UREBA (dirs), *Comentarios a la Legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004, t. II, pp. 1216-1219.

HERRERA BRAVO, R., «*Usurae*». *Problemática jurídica de los intereses en Derecho romano*, Universidad de Jaén, 1997.

HERRERO DE EGAÑA, F. y TOLEDO, O., «Artículo 59», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. (coord.), *Proceso concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Editorial Iurgium, Madrid, 2004, pp. 312-314.

HÖLDER FRAU, H.A., *El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

INVREA, R. y LONGO, M., *Il contratto di mutuo. L'Usura*, Giuffrè Editore, Milán, 2001.

JIMENEZ MUÑOZ, F.J., «Sobre la naturaleza de los intereses», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 113, Enero-Marzo 2009, pp. 171 a 202.

– *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Dykinson, Madrid, 2010.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de este sector de nuestro ordenamiento jurídico», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Faustino F. Duque*, Valladolid, 1998, v. II, pp. 1643 a 1653.

– *Lecciones de Derecho Mercantil*, 5ª edición, 1999.

JORDANO BAREA, J., *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona,

1958.

JUAN Y MATEU, F., «Suspensión del devengo de intereses» (art. 59), en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1103-1108.

LACRUZ BERDEJO, M., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. v. I. Parte General. Teoría general del contrato*, Dykinson, 2007.

– *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. v. II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. Dykinson, 2009

LANGLE RUBIO, E., *Temas de Derecho Mercantil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942.

LASARTE ÁLVAREZ, C., «La deuda de intereses», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXXV, 1996, pp. 115-143.

LOIS BASTIDA, F., «El contrato de descuento», en SEQUEIRA, GADEA, SACRISTÁN (dirs.), *Contratación bancaria*, Dykinson, 2007.

LOPEZ APARCERO, A., «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del acreedor que titula créditos subordinados», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 4, 2006, pp. 279-304.

LÓPEZ CERECEDA, E., «Contrato de descuento», en BERCOVITZ (dir.), *Contratos mercantiles*, Aranzadi, 2007.

LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO, A. (coords.), *Comentario práctico a la Nueva Ley Concursal*, La Ley, 2012.

LOPEZ MATEO, P., «Artículo 59», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 317-320.

LUQUE CORTELLA, A., *La Hacienda pública y el crédito tributario en los procesos concursales*, Marcial Pons, 2008.

MACHADO PLAZA, J.M., «Artículo 134», en SAGRERA/SALA/FERRER (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, Bosch, 2004, pp. 1412-1434.

– «Artículo 140», en SAGRERA/SALA/FERRER (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial Bosch, Barcelona 2004, pp. 1478-1481.

MADRID RODRÍGUEZ, F., «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia», *Derecho de los Negocios*, nº 272, noviembre-diciembre 2013, pp. 7-22.

MANZANARES SECADES, A. y VILLORIA RIVERA, I., «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados en la nueva Ley Concursal», *Diario La Ley*, nº 5997, 15 de Abril de 2004.

MARÍN GARCÍA, I., «Cláusula penal: la facultad moderadora del juez. Comentario a la STS, 1ª, 17.10.2007», *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1/2008, Enero 2008 [http://www.indret.com/pdf/513_es.pdf]

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 13, 2008, pp. 57-113.

MARTÍNEZ GALLEGO, E.Mª., «Artículo 59», en LÓPEZ LÓPEZ/MACÍAS CASTILLO (coords.), *Comentario práctico a la Nueva Ley Concursal*, La Ley, 2012, pp. 333-342.

MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», en ALONSO UREBA Y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Implicaciones Financieras de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 315-387.

MENENDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil. El Derecho Concursal*, Pamplona, 2012.

– y BELTRÁN, E., *Lecciones de Derecho Mercantil. El Derecho Concursal (adaptación de las lecciones 42, 43 y 44 a la Ley 38/2001, de 10 de Octubre, de Reforma de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

MELLADO RODRÍGUEZ, M., *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos bancarios de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y*

afianzamiento. Tesis doctoral, Universidad Carlos III, 2008.

MERCADAL, F. «Artículo 92», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 449-453.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.D., «El crédito refaccionario en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 5, 2006, pp. 275-304.

MIRABELLI, G., «Contratti speciali», en FIORI y BRUGI (dirs.), *Il diritto civile italiano*, v. XII, Napoles-Turín, 1915.

MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 14, 2008, pp. 71-119.

MONTÉS PENADÉS, V., «El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, pp. 49-85.

– «Observaciones sobre la capitalización de intereses en los préstamos mercantiles» en AA.VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Emilio Verdura y Truells*, La Ley, 1994, t. II, pp. 1865-1900.

MORAN BOVIO, D. «Obligación de intereses en la Ley Concursal» en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004, t.III, pp. 2995-3029.

– (coord.), «Guía Legislativa UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, monografía nº 5/2006.

MORENO NAVARRETE, M.A., «La calificación concursal como subordinados de los créditos por intereses. Comentario a la STS de 5 de mayo de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 91, Enero-Abril 2013, pp. 199-210.

MURTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, McGraw-Hill, 1999.

MUSCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XXVII, Madrid, 1952

NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, La Ley, Madrid,

2008.

OLIVENCIA, M., «La Reforma del Derecho Concursal (El largo «ante» de un proyecto). Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 30 de Septiembre de 1996, *Academia Sevillana del Notariado*, t. XI, enero 1998. VLEX-235.615

– y FERNÁNDEZ-NOVOA y JIMENEZ DE PARGA (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil, V. II, Las entidades de crédito y sus operaciones*», Marcial Pons, 2006.

ORDÁS, A., «La liquidez de la deuda como base para el devengo de intereses moratorios. Atenuación jurisprudencial del principio ‘*in iliquidis non fit mora*’», *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2004, p. 561-578.

PANTALEÓN PRIETO, F., «De la clasificación de los créditos», en DE LA GANDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, 2004, pp. 501-540.

PAZ-ARES, C., «Sistema de las deudas de dinero (notas para una revisión de la doctrina española)», en AA. VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Truells*, Editorial La Ley, Madrid, 1994, t. III, pp. 2072-2103.

PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre», en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (dirs.), *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, 2012, t. II, pp. 323-404.

PEREZ DEL BLANCO, G., «La formación de la masa pasiva en la Nueva Ley Concursal: el procedimiento de clasificación de créditos», en DAMIÁN MORENO, J. *et al.*, *La nueva Ley Concursal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Donosti, 2004.

PÉROCHON, F., «El nuevo Derecho Francés de Empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*sauvegarde*) de las empresas», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº8, 2008, pp. 79-97.

PIÑEL LÓPEZ, E., «Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 2, 2005, pp. 27-51.

PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PRENDES CARRIL, P., «Artículo 92», en PRENDES CARRIL (dir.), *Tratado práctico concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 729-760.

– y MUÑOZ PAREDES, A. (dirs.), *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, 2012

PULGAR EZQUERRA, J., «Artículo 100», en PULGAR /ALONSO LEDESMA/ALONSO UREBA/ALCOVER (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004, t. I, pp. 973-1047.

– *La reforma del Derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas, Madrid, 1994.

– «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Ed. Dilex, Madrid 2003, pp. 435-485.

– y ALONSO LEDESMA y ALCOVER y ALONSO UREBA (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Artículo 125», en PULGAR/ALONSO LEDESMA/ALCOVER/ ALONSO UREBA (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004, t. II, pp. 1175-1192.

QUINTANA, I, BONET, A. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

RÍOS SALMERON, B., «La Ley Concursal y los créditos laborales», en RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (dirs.), *La Ley Concursal y los efectos sociales*, Laborum, Murcia, 2004, pp. 265-320.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «La reciprocidad caracterizadora del crédito contra la masa del artículo 61.2 LC según el Tribunal Supremo», *Revista Aranzadi*

Doctrinal, nº 3, 2013, pp. 61-67.

RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 12 de Diciembre de 1984)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 21, Enero-Marzo 1986, pp. 191-199.

ROJO AJURIA, L., Voz «Intereses», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, v. III, pp. 3666-3670.

ROJO FERNÁNDEZ, A., (dir.), *La reforma de la legislación concursal. Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, Madrid, 6 a 10 de Mayo de 2002, Madrid, 2003.

– (dir.), «La Ley Concursal», *Revista del Poder Judicial*, XVIII, número especial 2004.

– «La Reforma del Derecho concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal. Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, Madrid, 6 a 10 de Mayo de 2002, Madrid, 2003, pp. 87-130

– «Contenido de las propuestas de convenio» (art. 100), en ROJO-BELTRÁN *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1864-1899.

– «Incumplimiento (art. 140)», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, t. II, pp. 2275-2285.

– «La calificación de los créditos concursales con garantía personal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 7, 2006, pp. 517-540.

–; BELTRÁN, E. y CAMPUZANO, A.B., *Legislación y jurisprudencia concursales*, Aranzadi, 1997.

– y BELTRÁN.E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

RUBIO GARCÍA-MINA, J., «La declaración de quiebra y los créditos pendientes (Banca y quiebra)», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. X, 1959, pp. 217-246.

RUIZ-RICO RUIZ, C., «En torno a los controvertibles créditos subordinados», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004, t. IV, pp. 3839-3860.

SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, Bosch, Barcelona, 2004.

SALA, A., «Artículo 100», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona 2004, pp. 477-490.

– «Artículo 125», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 567-569.

– «Artículo 128», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 574-588.

– «Artículo 134», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coord.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 609-612.

– «Artículo 139», en SALA/MERCADAL/CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona 2004, pp. 626-629.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, v. II, 24ª edición, Mc. Graw-Hill, 2002.

– «La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004, t. IV, pp. 3893-3911.

SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 18, 2009, pp. 423-473.

– *La vigencia del contrato de compraventa en el concurso*, tesis doctoral, Universidad San Pablo CEU, octubre 2012.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Sinalagma y concurso de acreedores. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 9 de enero de 2013 sobre el *swap* y el RD 5/2005», *Diario La Ley*, 8 de abril de 2013, pp. 7-16.

SASTRE PAPIOL, S., «Los créditos subordinados», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Marcial Pons, Madrid, 2004, T. IV, pp. 3913-3933.

– «Artículo 92», en SAGRERA/SALA/FERRER (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, 2004, v. II, pp. 1129-1140.

– «El contrato de descuento bancario», en OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PARGA, (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 2007, t. XXXIX, pp. 265-364.

SCHMIDT, K., «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007-1, pp. 303-314.

SENENT MARTÍNEZ, S., «Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del Derecho norteamericano y español», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, nº 47/2012, Universidad Complutense, Madrid.

SERRANO GIL DE ALBORNOZ, F. J., «Banca y Concurso», en QUINTANA, BONET, GARCÍA-CRUCES (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 581-605.

TATO PLAZA, A., «Reconocimiento y graduación de créditos en la nueva Ley concursal», *Revista Xurídica Galega*, nº 40, 2003, pp. 39-59.

TOMILLO URBINA, J.L., *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Civitas, Madrid, 1996.

– «Pago anticipado» (art. 159), en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, t. II, pp. 2490-2493.

TORRES DE CRUELLS, J. y MAS Y CALVET, R., *La suspensión de pagos*, 2ª Edición, Barcelona, 1995.

TORRUBIA CHALMETA, B., «Artículo 125», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 895-900.

TUSQUETS TRÍAS DE BES, X., «El contrato de apertura de crédito», en OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NOVOA, JIMENEZ DE PARGA (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, v. II, *Las entidades de crédito y sus operaciones*, Marcial Pons, 2006, pp. 173-264.

URIA, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 1991.

– ; MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E. «Efectos de la declaración de quiebra», capítulo 95, en URÍA Y MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, v. II, Civitas, 2001.

URÍA FERNÁNDEZ, F., «Los efectos del concurso sobre los contratos bancarios», en FERNÁNDEZ, A., RODRÍGUEZ, J.A. Y SEBASTIÁN, R., (dirs.), *La Ley Concursal y su aplicación*, Papeles de la Fundación, nº 33, Fundación de Estudios Financieros, 2009, pp. 141-162.

VALLENS, J.L., «La reforma del Derecho francés de las empresas en dificultades», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 4, 2006, pp. 399-413.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 92», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 730-739.

– «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 774-791.

– «Artículo 134. Extensión subjetiva», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 938 a 942.

– «Artículo 135. Límites subjetivos», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 944 a 950.

– «Artículo 158», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 1034-1035.

– «Artículo 162», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 1041-1043.

VÁZQUEZ CUETO, J.C., *El régimen de los intereses devengados por créditos concursales tras la declaración de concurso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

– «Intereses por créditos concursales: suspensión del devengo y reactivación en fase de liquidación», *Revista CISS-Deloitte*, nº 41, Abril 2010, pp. 41-44.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa, 2003.

VEIGA COPO, A.B., *Los privilegios concursales*, Comares, Granada, 2006.

- «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 102, Año XXV, abril-junio 2006, pp. 9-69.
- «Dos sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009. Sobre la naturaleza jurídica de los recargos tributarios y de la Seguridad Social y sobre el cómputo de los privilegios públicos en el concurso de acreedores», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, v. 3º (2009), pp. 328-390.
- *La verificación de créditos en el concurso*», Cizur Menor, 2009.
- *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Civitas, Cizur Menor, 2010.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 15ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

VIGUERA RUBIO, J., «Lección 23. Derecho concursal mercantil», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 5º edición, 1999, pp. 530-579.

VILA FLORENSA, P., «Artículo 59», en SAGRERA TIZÓN, J. Mª, SALA REIXACHS, A. Y FERRER BARRIENDOS (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial Bosch, Barcelona 2004, t. I, pp. 627-635.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 1998.

VILLAVERDE R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Universidad Rey Juan Carlos-Universidad de Almería, editorial Diles, Madrid, 2002.

VILLORIA RIVERA, I., «Los efectos del concurso sobre los contratos de financiación: vencimiento anticipado y resolución», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 5, Segundo semestre 2006, pp. 283-292.

VITERI ZUBIA, I., *El pago anticipado en las obligaciones a plazo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

WEGENER, B., *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Colonia, 2002.

YANES YANES, P., «Artículo 88», en PULGAR/ALONSO LEDESMA/ALCOVER/ALONSO UREBA (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004, t. I, pp. 893-895.

YSÀS SOLANES, M., «Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 618, 1993, pp. 1365-1390.

A	Auto
ADC	Anuario de Derecho Concursal
AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889)
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCom	Código de Comercio (Real Decreto de 22 de agosto de 1885)
CCom1829	Código de Comercio de 1829 (Real Decreto de 30 de mayo de 1829)
CE	Constitución Española 1978
<i>CIRE</i>	<i>Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas</i>
EM	Exposición de Motivos
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
ET	Texto Refundido Ley del Estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
<i>InsO</i>	<i>Insolvenzordnung</i>
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCCH	Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque
LCCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEC1881	Ley de Enjuiciamiento Civil 1881
lf	<i>Legge Fallimentare</i>
TRLDCU	Texto refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (RD Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre).
LGSS	Texto refundido Ley General de Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

ABREVIATURAS

LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LSP	Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos
LU	Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCyP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDP	Revista de Derecho Privado
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJMer	Sentencia Juzgado de lo Mercantil
SS	Seguridad Social
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, salvo indicación)
TAE	Tasa Anual Equivalente
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
<i>USC</i>	<i>United States Code</i>