

EL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO DERIVADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN LA LEY CONCURSAL

Fernando Peña López
Profesor Titular (EU) de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

SUMARIO:

1.- Introducción. 2.- El contenido de la preferencia del artículo 91.5° LC: Los acreedores y los derechos de crédito privilegiados. 3.- Consideraciones críticas acerca de la naturaleza y el fundamento del privilegio del artículo 91.5° de la LC

1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* (en adelante LC), el 1 de septiembre de 2004, ha supuesto la instauración de un nuevo sistema de clasificación y prelación de los créditos del deudor insolvente. Esta nueva clasificación, únicamente operativa en caso de concurso¹, pretendía salir al paso, al menos en este ámbito concursal, del caótico sistema de preferencias crediticias al que había conducido la política legislativa en la materia durante las últimas décadas. El legislador manifiesta en la Exposición de Motivos que con la LC se pretende reducir el número de los privilegios drásticamente, manteniendo exclusivamente como tales a aquellos cuya existencia estuviese plenamente justificada². Pues bien, en el marco de esta anunciada tendencia a la desaparición de privilegios injustificados que preside la LC, y dejando a un lado la cuestión de si la reducción de los mismos ha sido o no tan drástica como anunciaba el legislador, lo cierto es que la Ley ha dado carta de naturaleza a unos pocos privilegios de nuevo cuño, uno de los cuales es precisamente el que motiva la redacción de estas páginas.

La preferencia crediticia en cuestión se encuentra recogida en el artículo 91.5° de la LC, en el cual se dispone que: “*Son créditos con privilegio general: [...] 5.º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número*

¹ Así lo establece el actual artículo 1.921 del CC que mantiene en vigor, para cualquier ejecución extraconcursal, la tradicional clasificación de créditos de los artículos 1.922 y ss. del CC, junto con todas las demás normas que han venido rigiendo este problema hasta la aparición de la LC.

² Desde el punto de vista del recorte y reducción de los privilegios crediticios, la Exposición de Motivos del texto aprobado por las Cortes pretende dar cuenta de lo conseguido, cuando afirma que la regulación de la clasificación de los créditos que contiene “*constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso*”. Más allá de la necesaria búsqueda de claridad y seguridad que debe inspirar cualquier tarea legislativa, la «drástica» reducción que la ley pretende haber efectuado encuentra su fundamento jurídico último en la realización del clásico principio de la *par condicio creditorum*. El autor de la Exposición de Motivos explicita que en la Ley “*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*”.

4º de este artículo”. El hecho de que este privilegio general sea una novedad introducida por la LC³ y, por consiguiente, una modificación de signo contrario a la corriente reduccionista de la Ley, hace pensar en que su fundamento y finalidad deben ser especialmente relevantes y capaces de justificar plenamente su existencia. Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar, ni el fundamento en el que el legislador hizo reposar su decisión de introducir este nuevo privilegio, ni el contenido que después se le concedió en su concreta plasmación legal resultan tan convincentes como pudiera suponerse. Conviene, pues, comenzar este análisis exponiendo el contenido y el alcance del privilegio, para posteriormente estar en disposición de comprobar hasta qué punto ese contenido y alcance responden a la razón que se encontraba detrás de su plasmación legislativa.

2. EL CONTENIDO DE LA PREFERENCIA DEL ARTÍCULO 91.5º LC: LOS ACREEDORES Y LOS DERECHOS DE CRÉDITO PRIVILEGIADOS

El precepto que nos ocupa dispone la existencia de un privilegio general para los titulares de “*créditos por responsabilidad civil extracontractual*”. Este privilegio que afecta a la totalidad del patrimonio del deudor (art. 89.2 LC) ocupa el quinto lugar de la prelación de los privilegios generales efectuada por el propio art. 91 LC (art. 156 LC), tras los créditos de los trabajadores dependientes, los créditos por retenciones tributarias y pagos a la seguridad social, los créditos de los trabajadores no dependientes y por cesión de derechos de propiedad intelectual y los créditos de naturaleza pública; y en algunos casos (los créditos derivados de daños personales), el cuarto lugar junto con los créditos públicos. Por otra parte, se trata de un privilegio sin restricciones, es decir, cualquier crédito extracontractual sin límite alguno goza de la preferencia y la prelación que le concede el art. 91.5º LC, a diferencia de otros privilegios que se encuentran limitados cuantitativa o temporalmente.

Para que un crédito se beneficie del privilegio del artículo 91.5º se exige, en primer término, que se trate de un crédito concursal, esto es, ha de ser un crédito que no pertenezca a la categoría de «créditos contra la masa» definida en el art. 84 LC. Dentro de la lista de créditos contra la masa contenida en dicho precepto se incluyen los que resulten de la “*responsabilidad civil extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso*”⁴. Por consiguiente, el crédito extracontractual que nos interesa ha de ser un crédito nacido con anterioridad al concurso, y además incluido en la lista de

³ Antes de la entrada en vigor de la LC, el único privilegio que afectaba a los créditos extracontractuales en nuestro Derecho era el que tradicionalmente se reconocía a las obligaciones extracontractuales derivadas de los daños personales o materiales causados por el buque (ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, ob. cit., pág. 385).

⁴ Estos créditos contra la masa, como es sabido, se van abonando a medida que se produce su vencimiento (art. 154.2 LC); por lo cual un crédito derivado de un daño extracontractual acaecido con posterioridad a la declaración de concurso puede exigirse inmediatamente después del acaecimiento del siniestro, y será abonado por la Administración concursal una vez que se reconozca su existencia. Por otra parte, según establece el 154.2, en su segundo inciso: “*Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercerán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos*”. En todo caso, antes de abonar cualquier crédito concursal, la administración detraerá de la masa activa los bienes necesarios para proceder a su pago (art. 154.1 LC).

acreedores después de su oportuna insinuación a través del trámite previsto en el art. 85 LC.

Además de un crédito concursal, el privilegiado por el art. 91.5º debe ser un crédito “*por responsabilidad civil extracontractual*”. Siendo así, se hace necesario precisar qué debe entenderse exactamente por responsabilidad civil extracontractual; sobre todo en un sistema jurídico como el español en el que buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia insisten en afirmar la “*unidad de la culpa civil*” y la libertad del juzgador para emplear indistintamente el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual para resolver una pretensión indemnizatoria presentada por la víctima de un perjuicio⁵. Obviamente el mantenimiento de la pretendida unidad de la culpa civil carece de todo sentido –si es que alguna vez lo tuvo⁶– al menos en relación con el privilegio del art. 91.5º de la LC. No es admisible seguir manteniendo que la calificación de un crédito como contractual o extracontractual es indiferente, y que las consecuencias jurídicas de una u otra calificación son idénticas. Si la naturaleza del crédito es extracontractual entonces el crédito será privilegiado; y si no lo es su titular carecerá del privilegio del art. 91.5º LC. Una calificación indebida de un crédito como contractual o extracontractual por parte de una sentencia judicial supone, por lo menos, una alteración sustancial de la posición de su titular del mismo dentro de un eventual concurso contra el sujeto pasivo de la reparación, y afecta evidentemente a todos los acreedores concursales.

Por consiguiente, a mi modo de ver, por esta y por otras muchas razones⁷, es preciso abandonar la confusión en la que nos encontramos y retomar la cuestión de la diferencia existente entre la responsabilidad extracontractual y la derivada del incumplimiento de obligaciones (tradicionalmente llamada responsabilidad contractual). Sin ánimo de profundizar excesivamente en ella, la diferencia entre una y otra responsabilidad es bien fácil de percibir (al menos desde el punto de vista teórico). La responsabilidad extracontractual es una de las fuentes de las obligaciones determinadas

⁵ Es una jurisprudencia bastante extendida la que afirma la “*unidad de la culpa civil*”, unidad que permite la aplicación indistinta de uno y otro régimen a cualquier ilícito. No hay más que echar un vistazo a la jurisprudencia sobre daños médicos para darse cuenta cómo litigios sobre responsabilidad claramente contractual –o derivadas de una relación de Derecho público similar a la contractual– se resuelven a través de las normas de Derecho de daños, para darse cuenta de que de las tesis jurisprudenciales podrían surgir problemas respecto del privilegio que comentamos (vid. v.gr. una exposición reciente de esta cuestión en REGLERO CAMPOS, F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Aranzadi, Elcano, 2003 [2ª edic.], págs. 121 y ss.). A estos efectos, sería recomendable una unificación de criterios jurisprudenciales acerca de lo que es y no es extracontractual. Sólo de esa forma se podría impedir que se insinuasen créditos contractuales, como extracontractuales y viceversa. En el fondo, esta norma viene a confirmar una diferencia entre los dos tipos de responsabilidades que, pese a que existe indudablemente en la ley española, ha sido desdibujada muy notablemente en las últimas décadas por parte de la doctrina y de la jurisprudencia (Cfr., en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F.: “De la clasificación de los créditos”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª: *Comentarios a la Ley Concursal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 536)

⁶ Aunque no es el lugar más apropiado para desarrollar esta cuestión, las diferencias normativas entre la responsabilidad contractual y la extracontractual son mucho más numerosas e importantes de lo que a veces parece deducirse de la opinión de parte de la jurisprudencia y de la doctrina. Baste recordar, en este sentido, el diferente plazo de prescripción de las acciones para exigir una y la otra (arts. 1964 y 1968.2º del CC), el diverso régimen de responsabilidad por la actuación de los dependientes del empresario (arts. 1.903-IV y 1.596 del CC), las diferencias en la determinación de la competencia judicial en uno y otro caso o el distinto régimen aplicable a la relación de solidaridad entre los varios responsables (curiosamente creada y consolidada por la propia jurisprudencia sobre todo a partir de la STS de 5 de junio de 2003 [RJ 2003/4124], dictada tras haberse reunido la Junta General de la Sala 1ª).

⁷ Vid. la nota 6.

por el art. 1.089 del CC, mientras que la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones (denominada contractual) tiene como presupuesto previo precisamente la existencia de una obligación en sentido técnico (nacida de un contrato, de la ley, de un cuasicontrato o -¿por qué no?- de la responsabilidad extracontractual⁸) y su incumplimiento. Así pues, “*crédito por responsabilidad extracontractual*” es aquella obligación en sentido técnico que nace de la fuente de obligaciones a la que el Código Civil alude con la expresión “*obligaciones derivadas de la culpa o negligencia*” y que en la actualidad se conoce como Derecho de daños o de la responsabilidad civil extracontractual. El problema que trata de resolver esta fuente de las obligaciones, como es sabido, es el de los daños y perjuicios sufridos por miembros del cuerpo social en sus derechos o intereses jurídicamente protegidos, cuando estos daños han sido ocasionados por cualquier causa diferente de la ejecución de obligaciones en sentido técnico (sean éstas obligaciones contractuales o no). Concretamente, el Derecho de daños determina si esos perjuicios deben ser padecidos por el sujeto sobre el que han recaído o por otros terceros. En este último supuesto, la responsabilidad extracontractual atribuye a esos terceros una obligación en sentido técnico, cuyo contenido es precisamente reparar los perjuicios padecidos. Para proceder a la atribución jurídica de esos daños a terceros distintos de la víctima, el Derecho de daños define una serie de regímenes jurídicos (todos los cuales conforman el sistema de responsabilidad extracontractual) en los cuales se determinan los requisitos precisos para dicha atribución. Si se dan esos presupuestos nace a cargo del tercero la obligación de reparar el daño en cuestión, y a favor de la víctima un crédito extracontractual, privilegiado por el art. 91.5º LC.

Soy consciente de que el contenido del párrafo anterior está compuesto de lugares comunes que hacen innecesario cualquier género de cita o referencia bibliográfica. Sin embargo, pienso que no está de más volver, de vez en cuando, a los orígenes dogmáticos de la distinción como punto de partida para resolver problemas más complicados y específicos. Sin ánimo de ser exhaustivo, pienso que el problema específico más trascendente en este sentido es el de la calificación como contractuales o no de los daños corporales inferidos en marco de la ejecución de ciertos contratos (el de transporte de pasajeros, el de servicios médicos o el de trabajo entre otros). A mi modo de ver, y sobre la base de lo anterior, estos daños son indudablemente daños de naturaleza contractual. El deber de realizar la prestación comprometida en condiciones de seguridad y salubridad para la contraparte no puede menos que formar parte del contenido de las obligaciones que de tales contratos se derivan para el transportista, el facultativo o el patrono. Téngase en cuenta que lo que pone en peligro la integridad física o la vida de la persona en estos casos es la propia ejecución del contrato; y no parece de recibo considerar ajeno a dicha ejecución -al contenido de las obligaciones ejecutadas- la forma de comportarse del deudor al realizar la prestación, velando por que ésta se desarrolle en condiciones de completa seguridad personal para el acreedor. Por lo demás, la obligación de garantizar la seguridad de los viajeros durante el transporte siempre se ha incluido entre las obligaciones del transportista, la del patrono se encuentra contenida en el art. 19 del ET y en las normas sobre prevención de riesgos laborales, y, finalmente, la del médico en la *lex artis* que constituye el contenido de la obligación de medios que para él nace del contrato de servicios⁹.

⁸ Obviamente, una vez que nace el crédito extracontractual (cuando se han satisfecho todos los presupuestos del régimen de Derecho de daños aplicable al asunto), éste constituye una obligación en sentido técnico -una obligación de dar pecuniaria, o una obligación de hacer en caso de exigirse la reparación *in natura* a cargo del propio obligado-, que puede incumplirse y dar lugar a la responsabilidad obligacional regulada en los arts. 1.101 y ss. del CC.

El problema de la consideración de estos daños como contractuales es que, ciertamente, repugna un poco la idea de que los perjuicios causados a bienes tan principales como la vida o la integridad física no estén amparados por el privilegio del art. 91.5º, y sí lo estén los perjuicios económicos derivados de la rotura de los faros del vehículo en un accidente de circulación. Ahora bien, la razón de que el derecho de crédito cuyo contenido es la reparación de dichos perjuicios no sea privilegiado deviene de la decisión del legislador de privilegiar los créditos extracontractuales y no, como hubiese sido razonable, los créditos derivados de la lesión de los bienes de la personalidad sean de la naturaleza que sean. De cualquier modo, la consideración – errónea desde el punto de vista dogmático- de estas lesiones siempre como extracontractuales tampoco supone siempre una mejor protección de los bienes dañados. No se olvide que, en tal tesitura, el plazo de prescripción para exigir la reparación se reduce de quince años a un año, y que en caso de que el perjuicio haya sido causado por una pluralidad de sujetos con una unidad de fin o por los auxiliares de un principal, la posición de demandante empeora cuando la responsabilidad es extracontractual (se le aplicará la nueva doctrina jurisprudencial sobre la solidaridad impropia, o se le exigirá que pruebe la relación de dependencia entre el principal y el auxiliar).

En definitiva, de acuerdo con la voluntad del legislador, para gozar del privilegio del art. 91.5º de la LC, un crédito debe pertenecer a la categoría de los créditos extracontractuales en el sentido ya definido, debe haber sido insinuado en tiempo y forma y, por consiguiente, reconocido e incluido en la lista de acreedores a la que se refiere el art. 86 de la LC. Satisfechas estas condiciones, tanto el titular originario del crédito y sus causahabientes, como la compañía aseguradora que se haya subrogado en la posición de la víctima de acuerdo con el art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de Contrato de Seguro* gozarán del privilegio general dispuesto en el artículo 91.5º de la LC y de la prelación correspondiente, dentro de este género de preferencias, a ese quinto lugar que indica el precepto que comentamos. La única excepción, en este orden, es la que afecta a las personas especialmente relacionadas con el concursado, definidas en el art. 93 de la LC. Los créditos extracontractuales de los que sean titulares serán, de acuerdo con el tenor literal de las normas de la LC, créditos subordinados (ex art. 92.5º de la LC). Esta postergación de los créditos extracontractuales de las personas especialmente relacionadas con el deudor, como veremos, resulta bastante poco coherente con el fundamento que el legislador atribuye a su decisión de introducir el privilegio del art. 91.5º LC.

La prelación general de los créditos extracontractuales ascenderá un peldaño, pasando el crédito a abonarse conjuntamente con los créditos públicos regulados en el art. 91.4º, cuando el crédito haya nacido como consecuencia de la causación de un daño personal no asegurado. La expresión «daño personal» debe entenderse, de conformidad con el significado institucional que la persona posee en nuestro ordenamiento, como equivalente a daño a cualquiera de los bienes de la personalidad (y no sólo a las lesiones de los bienes incluidos v.gr. en el baremo de la LRCSCVM a los que también se denomina «daños personales»). Por lo tanto, estarían incluidos en esta mejora de la prelación tanto los daños a la vida o a la integridad física, como al honor, la imagen o cualquier otro de los llamados bienes de la personalidad. En esta ocasión, el legislador sí se ha preocupado, al menos en cierta medida, por la eventualidad de que uno de estos daños –extracontractuales en cualquier caso- a bienes fundamentales dentro de nuestro

⁹ En contra, vid., entre otros, REGLERO CAMPOS, F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Aranzadi, Elcano, 2003 [2ª edic.], págs. 134-136)

ordenamiento jurídico puedan quedar sin reparación a causa de su pobre situación en el orden de prelación.

Para concluir con esta exposición del régimen jurídico aplicable a estos créditos dentro del concurso, todavía tenemos que referirnos al modo en que se procederá a su pago. En este sentido, el acreedor extracontractual, como acreedor privilegiado, disfrutará del derecho de abstención en la junta de acreedores (art. 123.1 LC), y por lo tanto es libre de no someter el pago de su crédito a las decisiones de la misma. El abono de los créditos con privilegio general se producirá una vez concluido el concurso a través de un convenio, o con la liquidación de los bienes del deudor y, como sucedía en la legislación anterior, los créditos se pagarán una vez hayan sido abonados los créditos contra la masa pendientes de pago y los créditos con privilegio especial (art. 156 de la LC). A partir de aquí los créditos que nos interesan serán abonados por el orden de prelación expresado en el art. 91, esto es, los extracontractuales en general en el quinto lugar, y los de esta misma naturaleza pero que afecten a bienes de la personalidad del acreedor y no estén asegurados en concurrencia con los créditos públicos. Si no hubiese bienes bastantes para satisfacer los créditos situados en el cardinal 4º ó 5º de la prelación, los integrantes del grupo de créditos privilegiados para el cual no sean suficientes serán satisfechos con los bienes remanentes a prorrata.

Si concluido el concurso algunos de los créditos quedasen impagados, el deudor seguirá estando obligado a satisfacerlos, y los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares frente a él, *“en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso”* (art. 178 LC). Lógicamente, cuando se dé esta situación, y los créditos extracontractuales traten de ejecutarse singularmente fuera del concurso, todos ellos carecerán de privilegio alguno¹⁰, toda vez que en el sistema común de clasificación y prelación de créditos no lo tienen, y este sistema común es el que rige en todas las situaciones extraconcursoales (art. 1.921 del CC).

3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA NATURALEZA Y EL FUNDAMENTO DEL PRIVILEGIO DEL ARTÍCULO 91.5º DE LA LC

Todas las preferencias crediticias contenidas en el art. 91 de la LC son privilegios en sentido estricto, esto es, preferencias fundadas en una decisión del legislador motivada por la naturaleza de cada uno de los créditos a los que benefician¹¹. Ha sido, por lo tanto, la propia idiosincrasia del crédito y del acreedor extracontractual la que ha determinado la decisión del legislador de privilegiar a estos créditos frente a los demás existentes contra el deudor concursado. Cabe preguntarse entonces qué es, en concreto, lo que distingue al crédito extracontractual beneficiado por la preferencia de

¹⁰ Excepto, claro está, los créditos a los que se refiere la nota a pie nº 3.

¹¹ Frente a ellas, la inmensa mayoría de las preferencias incluidas en el art. 90 LC (todas menos la que se refiere a los créditos refaccionarios de los trabajadores) no son privilegios. Su razón de ser, por el contrario, deviene de la existencia de derechos reales de garantía, o de situaciones con eficacia real asimiladas a estos, que aseguran el pago de los créditos a los que afectan. En estos casos, el legislador simplemente, y en pura coherencia con el contenido del derecho real de garantía, reconoce que también en el concurso el acreedor con garantía real tiene preferencia sobre los demás acreedores respecto del bien afectado por la garantía. Obviamente, el régimen jurídico de estas preferencias derivadas la existencia de garantías reales o de derechos con eficacia real asimilados a ellas nada tiene que ver con el de las preferencias surgidas de los privilegios en sentido estricto. Baste recordar, en este sentido, que los derechos reales, a diferencia de los privilegios, no requieren de un orden de prelación (art. 155.3 LC) y que sólo respecto de los mismo cabe plantearse la posibilidad de ejecuciones separadas (art. 56 LC).

los otros créditos a los que debe hacer frente el deudor insolvente para que el legislador lo haya decidido privilegiar frente a ellos.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina que lo ha estudiado y que conoce las vicisitudes del proceso legislativo que dio lugar a la Ley Concursal, el fundamento de su condición privilegiada radica en que el nacimiento de estos créditos no se debe a un acuerdo previo entre las partes. El acreedor lo es “*muy a su pesar*”¹², y además, no tiene la posibilidad de obtener ninguna garantía crediticia¹³.

Aunque este fundamento, en principio, resulta muy sugestivo, merece la pena considerarlo con algo de detenimiento para ponderar su verdadera fuerza de convicción. Se ha dicho que se trata de privilegiar a quienes para resarcirse dependen de un patrimonio al que no se han sujetado voluntariamente. Por consiguiente, debemos cuestionarnos si, efectivamente, son los acreedores extracontractuales los únicos que no se han sujetado voluntariamente a un patrimonio que ha resultado insuficiente, y por ende, los únicos que merecerían un privilegio por este motivo.

Antes de entrar en el terreno de lo jurídico, lo cierto es que, desde la perspectiva de la realidad material, se me antoja difícil mantener que los acreedores extracontractuales son los únicos que no se han sujetado voluntariamente a un patrimonio del que es titular un insolvente. A mi modo de ver, no ofrece muchas dudas el hecho de que existen ciertos tipos de acreedores no extracontractuales a los que les hubiese sido muy difícil o casi imposible conocer el verdadero estado del patrimonio de su contraparte –y, por ende, ponderar la necesidad de obtener garantías-, o que incluso pueden haber sido engañados por ésta acerca del dicho estado. En cierto sentido, estos sujetos también han sido involuntariamente –al menos por lo que a ellos respecta- vinculados a satisfacer sus créditos con un patrimonio cuya auténtica situación no conocían –o no podían conocer-, y no por ello se les concede privilegio (piénsese en algunos pequeños suministradores de materias primas o, incluso de objetos manufacturados a grandes empresas textiles por ejemplo). No se me escapa que no estamos ante situaciones parangonables desde el punto de vista jurídico, pues los contratantes en estos últimos casos, han actuado positivamente consintiendo en la creación de un vínculo de esta naturaleza; mientras que esta circunstancia no se da en las obligaciones extracontractuales, pero creo que, al menos desde una óptica externa al mundo de los conceptos jurídicos, no se encuentran tan alejadas.

Dejando a un lado la diferencia anterior, de menor importancia pese a las dudas que pudiera suscitar acerca de la justificación material del privilegio en la ausencia de voluntad del acreedor, queda todavía por comprobar si la norma contenida en la LC plasma, dentro del mundo de las instituciones jurídicas, la idea de que la ausencia de

¹² ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, en GARCÍA VILLAVARDE, R.; ALONSO UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.): *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Ed. Diles, Madrid, 2003, pág. 386. En el mismo sentido, GARRIDO, J.M.: “La graduación de créditos”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, L.A. (Dir.): *La reforma de la legislación concursal. Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 237; CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “La nueva Ley concursal española en el marco de la armonización del Derecho europeo: el principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso”, en *AC*, nº 33, 8-14 septiembre de 2003, pág. 19.

¹³ CORDERO LOBATO, E.: “Comentario del artículo 91 de la LC”, en BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 1093.

voluntariedad en la constitución de obligaciones debe proporcionar un trato privilegiado a los acreedores titulares de las mismas.

Pues bien, en este sentido el precepto todavía me parece menos convincente. En primer lugar, porque como señalé en el apartado anterior los créditos extracontractuales de las personas “*especialmente relacionadas con el deudor*” a las que se refiere el art. 92.5º de la LC no gozan de este privilegio. No es muy coherente con el fundamento de la norma que comentamos que ciertas personas, cuya participación en la creación del crédito es la misma que la de los que sí se benefician del privilegio –esto es, ninguna-, no sólo no sean acreedores privilegiados, sino que, además, su crédito se vea postergado respecto de los que sean titulares de créditos calificados como ordinarios. En efecto, el art. 92.5º sólo salva de la subordinación, de entre los créditos de estas personas especialmente relacionadas con el deudor, a los créditos salariales “*cuando el concursado sea persona natural*”. Si el crédito extracontractual, por definición, nace de una obligación en cuya creación el acreedor no toma parte activa, ¿por qué cuando este acreedor es, por ejemplo, un pariente; o el administrador de la sociedad dañadora, no se tiene en cuenta esa involuntariedad? A mi juicio, para salvar esta contradicción, podría interpretarse que este tipo de créditos no son subordinados aunque de ellos sea titular una persona especialmente relacionada con el deudor. Sin embargo, no se me oculta que se trata de una interpretación forzada, contraria a lo que naturalmente se deriva de la letra de la ley.

En segundo lugar, y siempre sobre la base de ese fundamento de la no participación en la constitución del crédito, menos convincente parece aún que a las empresas aseguradoras se les permita subrogarse como acreedores privilegiados en el concurso cuando hayan abonado a su asegurado la indemnización a la que está obligado el deudor concursado (art. 43 LCS). De ninguna manera se puede, a mi juicio, extender a una empresa aseguradora el fundamento señalado del privilegio del crédito extracontractual¹⁴. No se olvide que, cuando la aseguradora contrata un seguro de daños, lo hace calculando la prima sobre la base de un estudio de los riesgos que recaen sobre el interés que se asegura. La ponderación de esos riesgos y el cálculo de sus beneficios en relación con ellos es precisamente su actividad mercantil. Dificilmente puede mantenerse, entonces, que las aseguradoras no han contraído voluntariamente su posición jurídica en relación con el crédito que cobran; y si es así ¿por qué se les mantiene como acreedores privilegiados?

Con todos estos inconvenientes, lo cierto es que el privilegio se ha regulado de manera que no cabe más remedio que extenderlo a los aseguradores que utilizan su facultad de subrogación. Es imposible sacar otra conclusión del tenor literal del precepto que, en su último inciso, hace referencia a que los créditos extracontractuales por daños personales no asegurados deben considerarse, en cuanto a su prelación y pago, conjuntamente con los créditos públicos del art. 90.4º, mientras que los derivados de daños a las personas que estén cubiertos por un seguro y todos los derivados de daños de otra índole serán abonados a prorrata después del pago de los anteriores junto con los créditos públicos.

¹⁴ Vid. CORDERO LOBATO, E.: “Comentario del artículo 91 de la LC”, ob. cit., pág. 1093. Critican también la extensión de este privilegio al asegurador, por el que afirman que “*lo que se está haciendo es resucitar de forma indirecta el privilegio a favor de los aseguradores en virtud del derecho de subrogación que les asiste*”, GARRIDO, J.M.: “La graduación de créditos”, ob. cit., pág. 237 y ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, ob. cit., pág. 386.

Precisamente, a mi modo de ver, como ya he anticipado, esos créditos extracontractuales por daños personales a los que la Ley atribuye un rango mayor en la prelación, constituyen el único supuesto en el que el privilegio resulta totalmente convincente¹⁵. Convicción que deviene no de su carácter extracontractual, sino de la trascendencia de los bienes a los que afectan los daños. En efecto, es perfectamente lógico y razonable que el legislador haya dispuesto el cobro preferente de unos créditos cuyo destino es reparar los daños causados a bienes de la personalidad no cubiertos por un seguro. Lo que no resulta defendible, en cualquier caso, es la limitación del privilegio sólo a los créditos extracontractuales. Si el motivo del privilegio fuese realmente la defensa de los bienes de la personalidad, el mismo debería concederse tanto cuando el crédito sea extracontractual, como cuando tenga cualquier otra naturaleza. Ciertamente es que la decisión del legislador de privilegiar sólo a los créditos extracontractuales por daños a estos bienes de la personalidad, podría deberse a la discutible pero extendidísima opinión doctrinal y jurisprudencial que entiende que cualquier daño a los mismos (al menos a algunos de ellos como la vida o la integridad física) excede de la rigurosa órbita de lo pactado en el contrato, y puede ostentar la condición de crédito extracontractual si se considera necesario¹⁶. Sin embargo, aunque ello fuese así, la protección que merecen estos bienes debe estar más allá de cómo se solucionen en cada momento este tipo de diatribas jurídicas y, desde luego, no admite exclusiones como la que afecta a los bienes de la personalidad de los especialmente relacionados con el deudor. Incluso, aun diría más, respecto de la tutela debida a estos bienes, resulta incluso muy poco satisfactoria la colocación en el lugar cuarto de la prelación del art. 91 LC; pues el valor que poseen en nuestro derecho la persona y los bienes de la personalidad los hace acreedores de una situación mucho más favorable que la que se les ha otorgado.

¹⁵ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F.: “De la clasificación de los créditos”, ob. cit., pág. 536. Una opinión parecida respecto de la extensión excesiva del crédito extracontractual privilegiado parece poder deducirse de las siguientes palabras de CERDÁ ALBERO y SANCHO GARGALLO: “no se acaba de comprender la atribución indiscriminada de privilegio general a cualquier crédito derivado de la responsabilidad civil extracontractual, máxime cuando no se distingue ni en la causa ni en la naturaleza del daño (corporal o patrimonial)” (cfr. CERDÁ, F.; SANCHO, A.: *Quiebras y suspensiones de pagos. Claves para la reforma concursal*, Ed. La Caixa, Barcelona, 2001, pág. 99).

¹⁶ Cfr. v.gr., REGLERO CAMPOS, F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Aranzadi, Elcano, 2003 [2ª edic.], pág. 136.