UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

CUESTIONES PROCESALES EN EL DERECHO CONCURSAL, (LEYES 22-2003 Y 8-2003).

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Enrique García Arrufat

Madrid, 2010

- **ISBN: 978-84-693-1119-6**

CUESTIONES PROCESALES EN EL DERECHO CONCURSAL
(Leyes 22/2003 y 8/2003)

Enrique García Arrufat
Tesis doctoral
Universidad Complutense de Madrid
2009

I N D I C E

CAPITULO I 7

MOTIVOS PARA LA ELECCIÓN DEL TEMA 7

CAPITULO II 10

INTRODUCCIÓN 10

1. NECESIDAD DE LA REFORMA CONCURSAL 11

2. OBJETIVOS DE LA NUEVA L.C. 15

3. LA LEY CONCURSAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 32

CAPITULO III 40

PRESUPUESTOS DEL CONCURSO Y MEDIOS PARA EVITARLO Y PARA GARANTIZARLO 40

1. CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DETERMINANTES DE LA SITUACIÓN CONCURSAL. 41

2. SOLUCIONES PRECONCURSALES 45

A) LA INTERVENCIÓN PARACONCURSAL 45

B) LOS CONVENIOS AMISTOSOS EXTRAJUDICIALES 48

3. MEDIDAS PREVENTIVAS DE LOS ACREEDORES ANTE INSOLVENCIAS EVENTUALES O CIERTAS 71

A) INFORMACIÓN SOBRE EL ESTADO ECONÓMICO DEL DEUDOR 71

B) EL DERECHO DE RETENCIÓN 77

C) LAS MEDIDAS CAUTELARES ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO 80

CAPITULO IV 86

NORMAS PROCESALES GENERALES 86

1. LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL. ATRIBUCIONES. 87

A) COMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUEZ DEL CONCURSO 87

B). COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL DEL JUEZ DEL CONCURSO 89

2.LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER UN PROCESO CONCURSAL 92

3. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. 97

A) TRAMITACIÓN ORDINARIA 100

B) EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO 100

C) RECURSOS CONTRA LA RESOLUCIÓN A LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO 103
D) RECURSOS CONTRA OTRAS RESOLUCIONES 109
4. EL INCIDENTE CONCURSAL. 117
A) ÁMBITO 117
B) PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL. 121
C) SUSTANCIACIÓN DE LA DEMANDA INCIDENTAL. 122
D) RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL. 124
5. CUESTIONES PROCESALES DIVERSAS 127
A) DERECHO AL EXAMEN DE LOS AUTOS 127
B) EL IMPULSO PROCESAL. EL DESISTIMIENTO Y LA RENUNCIA. 127
C) AUTORIZACIONES JUDICIALES. 130
D) PREJUDICIALIDAD PENAL. 133
6. CONCLUSIÓN Y REAPERTURA DEL CONCURSO. 135

CAPITULO V 141

LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO 141

1. COMPROBACIONES JUDICIALES PREVIAS 142
2. LAS ANTIGUAS SOLICITUDES DE DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS, FRENTE A LAS ACTUALES SOLICITUDES DE DECLARACIÓN DE CONCURSO SIENDO EL DEUDOR PERSONA JURÍDICA. 148
3. SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO 153
4. AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO 157
5. EFECTOS DEL CONCURSO 175
A) SOBRE EL DEUDOR (ART. 40 Y STES. L.C.) 177
B) SOBRE LOS ACREEDORES (ART. 49 L.C.) 186
C) SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES (ART 50-57 L.C.) 191
D) SOBRE LAS EJECUCIONES DE GARANTÍAS REALES 195
E) SOBRE LOS CREDITOS EN PARTICULAR (ART. 58-60 L.C.) 199
F) SOBRE LOS CONTRATOS 205
G) SOBRE LA RESOLUCÍON POR INCUMPLIMIENTO (ART. 62 L.C.) 209
H) SOBRE SUPUESTOS ESPECIALES (ART.63. L.C.) 211
I) SOBRE LOS CONTRATOS DE TRABAJO (ART. 64. L.C.) 212
J) SOBRE LOS CONVENIOS COLECTIVOS (ART. 66 L.C.) 217
K) SOBRE LOS CONTRATOS CON ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (ART. 67 L.C.) 218

L) SOBRE LA REHABILITACIÓN DE CRÉDITOS (ART. 68 L.C.) 220

M) SOBRE LA REHABILITACIÓN DE CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE BIENES CON PRECIO APLAZADO (ART. 69 L.C.) 223

N) SOBRE LA ENERVACIÓN DEL DESAHUCIO EN ARRENDAMIENTOS URBANOS (ART.70 L.C.) 226

Ñ) SOBRE LOS ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA ACTIVA 228

O) SOBRE LOS BIENES CONYUGALES, EN CASO DE CONCURSO DE PERSONA CASADA (ART.77 L.C.) 238

P) SOBRE EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL 248

6. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL 257

7. FUNCIÓN DE LAS JUNTAS DE ACREEDORES 265

CAPITULO VI 275

DETERMINACIÓN DE LAS MASAS ACTIVA Y PASIVA DEL CONCURSO 275

1. CRÉDITOS 276

A) COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS 276

B) SUPUESTOS ESPECIALES DE RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS 278

C) PRIVILEGIOS Y VENTAJAS DEL SOLICITANTE DEL CONCURSO NECESARIO 281

D) CONSIGNACIÓN DEL CRÉDITO DEL SOLICITANTE DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO 283

E) CONCURSO INSTADO POR LOS SOCIOS 285

F) TRATAMIENTO DE LOS CREDITOS DE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR. 286

G) CRÉDITOS EN LOS QUE EL ACREEDOR DISFRUTA DE FIANZA DE TERCERO 298

H) IMPROCEDENCIA DE LA CONSIDERACIÓN DEL SEGURO DE CRÉDITO COMO FIANZA AFECTADA POR EL ART. 87.6 L.C. 304

I) SUBROGACIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) EN LOS CRÉDITOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES PAGADOS POR DICHO FONDO 305

J) LOS CRÉDITOS POR TRABAJO PERSONAL NO DEPENDIENTE Y DE LOS TITULARES DE UNA PROPIEDAD INTELECTUAL QUE HAYAN CEDIDO LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE ÉSTA 306

2. EVENTUAL REMANENTE TRAS EL HIPOTÉTICO PAGO DE TODOS LOS CRÉDITOS EN CASO DE LIQUIDACIÓN DE LA CONCURSADA 308

3. CRÉDITOS TRIBUTARIOS Y DEMÁS DE DERECHO PÚBLICO Y LOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 310

4. RETENCIONES TRIBUTARIAS Y DE SEGURIDAD SOCIAL, NO INGRESADAS TEMPESTIVAMENTE 313

CAPITULO VII 315

¿CONVENIO O LIQUIDACIÓN? 315

1.GENERALIDADES 316

2. PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO CONCURSAL 318

3. PROPUESTA ORDINARIA DE CONVENIO CONCURSAL 322

4. LA MODIFICABILIDAD DE LA PROPUESTA DE CONVENIO EN LA JUNTA DE ACREEDORES. 323

5. EL CONVENIO CONCURSAL 329

6. EFECTOS DE LA ADQUISICIÓN DE CRÉDITOS SOBRE LA POSIBILIDAD DE ADHESIÓN A UNA PROPUESTA DE CONVENIO Y AL DERECHO AL VOTO EN LA JUNTA DE ACREEDORES 334

7. MEDIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. 340

8. PROHIBICIÓN DE CONVENIO DE CESIÓN DE BIENES Y DERECHOS POR EL DEUDOR A LOS ACREEDORES, EN PAGO DE SUS CRÉDITOS 342

9 LA LIQUIDACIÓN 344

10. CONSIDERABLE LIBERTAD EN EL CONTENIDO DEL CONVENIO CONCURSAL FRENTE A LA RIGIDEZ DE LA TRAMITACIÓN ESTABLECIDA PARA LA LIQUIDACIÓN. 352

CAPITULO VIII 354

LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO 354

CAPITULO IX 365

REFLEXIONES FINALES 365

1. SOBRE LA DESEABLE ANTELACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y SOBRE LA "PAR CONDICIO CREDITORUM". 366

2. CONSIDERACIÓN DE LOS CÉDITOS DE PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR COMO CRÉDITOS SUBORDINADOS 370

3. CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS AFIANZADOS 372

4. MANTENIMIENTO DE CONSIDERABLE PROTAGONISMO DEL CONCURSADO DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO. 375

CAPITULO X 377

CONCLUSIONES 377

PRIMERA: 378

ASIGNATURA PENDIENTE EN LA LEY CONCURSAL: LA REGULACIÓN DE LOS CONVENIOS AMISTOSOS EXTRAJUDICIALES 378

SEGUNDA: 379

INEFICACIA DE LAS MEDIDAS PARA EVITAR QUE EVENTUALES ACREEDORES DERIVATIVOS, QUE HAYAN ADQUIRIDO SUS CRÉDITOS A ACREEDORES ORIGINARIOS, PUEDAN DOMINAR EL CONCURSO 379

TERCERA: 380

ANORMAL CAPACIDAD DECISIVA DE LOS PEQUEÑOS ACREEDORES, EN LA JUNTA DE ACREEDORES, CUANDO EL QUÓRUM DE ASISTENCIA SUPERA EN POCO AL 50% DEL PASIVO ORDINARIO, NECESARIO PARA LA VALIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA 380

CUARTA: 381

INAPROPIADO USO DEL CONCEPTO DE "RESCISIÓN" CUANDO AL ACREEDOR POR LA OPERACIÓN RESCINDIDA, EN LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA RESCISIÓN SE CONSIDERA QUE OBRÓ DE MALA FE, EN CUYO CASO, EN LUGAR DE PAGARLE EN EL ACTO, SE LE RECONOCE UN CRÉDITO SUBORDINADO DE LA CLASE SEXTA. 381

QUINTA: 383

PUNTO NEGRO DE LA L.C.: LA REGULACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES EN LOS QUE EL ACREEDOR DISFRUTE DE FIANZA DE TERCERO (ART.87.6. L.C.) 383

SEXTA: 384

¿ES ADECUADO QUE LA PROPUESTA DE CONVENIO TENGA VEDADA, POR EL ART 100.3.L.C., LA CESIÓN DE BIENES Y DERECHOS A LOS ACREEDORES EN PAGO O PARA PAGO DE SUS CRÉDITOS? CONSECUENCIAS DE TAL PROHIBICIÓN. 384

BIBLIOGRAFÍA **386**

CAPITULO I
MOTIVOS PARA LA ELECCIÓN DEL TEMA

MOTIVOS PARA LA ELECCIÓN DEL TEMA

Tras muchos años como administrador gerente de una empresa textil (sociedad anónima) de tamaño mediano en los que el doctorando vivió todo tipo de situaciones y tuvo que afrontar toda clase de problemas, sin compartir responsabilidades con un consejo de administración, puesto que la administración de la empresa era unipersonal, el doctorando puso en práctica su vocación por el Derecho iniciando la licenciatura en 1994.

La empresa textil en cuestión, durante su existencia se vió afectada por varias suspensiones de pagos de sus clientes, con el trastorno económico que representó encajar las correspondientes quitas y esperas y más frecuentemente las liquidaciones en las que se recuperó una parte mínima de los créditos. Posteriormente, también la propia empresa se vió inmersa en problemas de insolvencia y el administrador tuvo que afrontar la situación.

Sus vivencias en materia de riesgo mercantil las conoció por tanto como acreedor, compartiendo las reacciones de otros acreedores, experimentando la evolución de las posturas de los co-acreedores a lo largo de los procedimientos respectivos y posteriormente conoció los mismos problemas cuando fué la empresa que administraba la que debía afrontar la situación de insolvencia.

Experimentó la situación de ver como algunas personas clave de la empresa textil en dificultades iban abandonando la empresa cuando la situación se puso difícil, tratando de buscar salida a un nuevo futuro, como es lógico, optando frecuentemene por ocupar puestos de trabajo en empresas de la competencia, aprovechando los conocimientos técnicos y comerciales adquiridos en su anterior trabajo. Por otro lado, tuvo oportunidad de comprender el problema de quienes se mantuvieron en plantilla en la empresa en apuros, por no encontrar nuevos puestos de trabajo y que prefirieron acogerse a la protección por desempleo, cuando se produjera el cese de la actividad. Las reacciones de unos y otros en todos los casos se parecieron mucho, cumpliéndose el dicho popular de que “en el amor y en los negocios es muy difícil ser original”.

La aprobación de la nueva Ley Concursal ha despertado en quien vivió de una u otra forma los problemas de insolvencia un lógico interés y curiosidad por conocer la legislación que actualmente regula tales soluciones, interés que ahora es el del espectador de la situación actual, comprobando el deseo del legislador por intentar dar soluciones a lo que, generalmente, tiene mal arreglo y por humanizar las medidas que afectan al deudor. Asimismo el

legislador ha afrontado el problema de las insolvencias con mayor realismo que en la legislación anterior.

Es por tanto comprensible el deseo de desarrollar la tesis doctoral sobre el tema titulado: CUESTIONES PROCESALES EN EL DERECHO CONCURSAL, pero una vez elegido éste, uno se pregunta de qué forma lo va a desarrollar. Basta mirar la bibliografía que aparece al final de este trabajo para percatarse de que hay más de un centenar de libros sobre Derecho Concursal, publicados tras la promulgación de la Ley Concursal de 2003. Dichos libros han sido escritos por catedráticos de Derecho Procesal o Mercantil o por abogados de gran experiencia.

Para entrar en el tema ha sido oportuno leer varios libros dedicados a Derecho Concursal e ir anotando aquellos aspectos que puedan ser especialmente interesantes para su desarrollo o aquellas materias de interpretación subjetiva diversa y aquellos temas sobre los que se haya tenido alguna experiencia en la vida real.

Tras el esutudio de la materia se han desarrollado los temas seleccionados y finalmente se ha buscado la cohesión y enfoque sistemático de los mismos, siempre a la vista de los numerosos textos estudiados y con la L.C., la LEC, el C.c., el C.co. y el Estatuto de los Trabajadores etc…mantenidos siempre a mano.

Se ha contado con los libros y artículos publicados que se reseñan en la bibliografía y además con las enseñanzas obtenidas en los cursos y conferencias a las que ha concurrido.

CAPITULO II
INTRODUCCIÓN

1. NECESIDAD DE LA REFORMA CONCURSAL

Ante la dispersión legislativa de las normas que regulaban las situaciones de crisis del deudor, el nuevo Derecho Concursal regula en un solo texto legal los aspectos materiales y procesales del concurso. La regulación de las insolvencias estaba dispersa al mantenerse vigentes artículos del primer Código de Comercio de Fernando VII (año 1829), que se invocaban en la LECA de 1.881, anterior al C.Co de 1885 y que la LEC del 2000 mantuvo en vigor, en tanto no se promulgara la nueva Ley Concursal. Tras la reforma del C.Co de 1897 y de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, surgieron normas especiales y excepciones introduciendo privilegios y alteración del orden de prelación de los acreedores.

La necesidad de la reforma de la regulación concursal venía sintiéndose desde tiempos lejanos pues ya la "Comisión General de Codificación" redactó un Anteproyecto de Código de Comercio publicado en 1929 y la "Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos" elaboró un proyecto, terminado en 1959, que ya esbozaba la unidad legal, es decir, regulación conjunta, sustantiva y procesal de las instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes.

Posteriormente en 1976 la "Comisión General de Codificación" elaboró un texto articulado basado en los principios de unidad legal, material y formal, para deudores comerciantes y no comerciantes, con un procedimiento flexible que contemplaba diversas soluciones: la liquidación y la gestión controlada.

A aquel texto, revisándolo, le siguió otro Anteproyecto de Ley de Bases en 1987, que delegaba en el Gobierno la facultad de dictar normas, con rango de ley, sobre el concurso de acreedores. Dicho nuevo texto mantenía los principios de unidad legal de comerciantes y no comerciantes, distinguiendo entre deudores insolventes y los que adolecían de iliquidez, suavizando el tratamiento de estos últimos que fueran solventes y de buena fe.

La "Sección Especial para la Reforma Concursal" dependiente de la "Comisión General de Codificación" finalizó en el 2000 el proyecto que culminó en la nueva ley, una vez aprobada por las Cortes Generales el 9 de Julio 2003.[1]

[1] Fernández de la Gándara,L *: "Comentarios a la Ley Concursal"* Editorial Marcial Pons. Edición 2004. pág 14:"…el ordenamiento español y, sobre todo, el tráfico empresarial y financiero, pueden contar, por fin, con un Derecho Concursal mejor, en líneas generales, que el que se deroga. Se culmina así una aspiración profunda y largamente sentida en el Derecho patrimonial español: llevar a cabo, en el ámbito concursal, no la "reforma perfecta, sino la reforma posible", es decir, una reforma capaz de abrirse camino en las actuales circunstancias políticas, sociales y económicas. De ahí que aunque en algunos puntos sea defectuosa y pueda

Según establece el art. 1.1.L.C., la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural, o jurídica.[2] .

En líneas generales la L.C. suaviza el carácter represivo de la insolvencia mercantil, manteniendo siempre la obligación de los empresarios referente a la llevanza de libros contables, e inscripción en el R.M., así como la presentación en el mismo de las cuentas anuales de las mercantiles, buscando como finalidad esencial del concurso la satisfacción de los acreedores.

La unidad legal, en la L.C., reúne los aspectos sustantivos y procesales en un mismo texto. La anterior regulación distinguía según que el deudor fuera comerciante, al que se aplicaba la institución de la quiebra o, si no era comerciante, se le aplicaba el concurso de acreedores, o con carácter preliminar o previo, la crisis se resolvía con la declaración de estado de suspensión de pagos tratándose de comerciantes y, cuando el deudor no era comerciante con el procedimiento de quita y espera.

En la nueva legislación y, ya en su artículo 1.1, se unifica el presupuesto subjetivo, de modo que la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor sea persona natural o jurídica, comerciante o no, unificando los tratamientos subjetivos.

La unidad de disciplina, en la L.C.,, se refiere al trato del deudor y de los acreedores que se establece en la propia Ley[3], manteniendo garantías procesales para el deudor, de las que carecía en la antigua regulación de la quiebra, ya que ésta se declaraba por el juez a instancia del acreedor, sin oír al deudor (“inaudita parte debitoris”) es decir, sin citación ni audiencia del quebrado (art.1025 del C.Co de 1829 y art.1325 LEC de 1881).

---

generar problemas nuevos y de no menor entidad, con alguna incidencia sobre la “funcionalidad” misma del Derecho concursal,. esta reforma será siempre mejor que la permanencia en el Derecho vigente.”

[2] Peiteado Mariscal, P *“La declaración de concurso”* Editorial Aranzadi S.A.,.Cizur Menor (Navarra) 2005, 1ªedición, pág 24: La formulación del presupuesto subjetivo “suscita rápidamente dudas respecto de los deudores que no pueden ser conceptuados como personas jurídicas, bien porque no han completado los trámites para acceder a la personalidad, como las sociedades irregulares, bien porque se trata de entes sin personalidad o de patrimonios separados. La doctrina coincide en general, en que es posible declarar el concurso de las sociedades irregulares, pese a que éstas se caracterizan precisamente por carecer de personalidad jurídica, como consecuencia de no haber sido inscritas en el Registro Mercantil.”

[3] Fernández Ballesteros M.A., Coordinador “Derecho Concursal práctico” Iurgum Editores, pag 118 “En realidad en procedimiento concursal no puede hablarse estrictamente de partes enfrentadas a partir de la declaración de concurso. Pero sí en la sustanciación del incidente de provisión de la solicitud en el que existe una situación de enfrentamiento entre el solicitante y el deudor.”

En la L.C., según el art. 12 el deudor podrá plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria; según el art. 15 podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse; según el art.18 podrá basar su oposición a la solicitud de declaración de concurso, en la inexistencia del hecho en que se fundamenta dicha solicitud o en que, aún existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia; según el art. 19, para que prospere la oposición a la solicitud de declaración de concurso, el deudor deberá consignar, en el acto de la vista o anteriormente, el importe del crédito o de los créditos de los acreedores instantes, si estuviesen vencidos; según el art. 20, en caso de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, a petición del deudor y por los trámites del art. 712 y stes. LEC, se procederá a la determinación de los daños y perjuicios ocasionados al deudor como consecuencia de la solicitud de concurso.[4]

En la legislación anterior, en la quiebra, los efectos de su declaración eran automáticos y graves:

A) arresto del quebrado (art. 1044.2º del C.Co. de 1829, y art. 1335 LEC 1881 inhabilitación personal del deudor para la administración de sus bienes, nulidad de los actos de dominio y administración posteriores a la época de retroacción de la quiebra (art. 878 del C.Co.) y posibilidad de anular los actos anteriores mediante el ejercicio de las acciones paulianas concursales, en los supuestos contemplados en los art. 879 a 881 del C.Co.,

B) ocupación de los bienes y papeles del quebrado (art. 1044.3º,1046 al 1048 del C.Co,. de 1829 y art. 1334 LEC1881) con cierre de los almacenes, escritorios o despachos del quebrado,

C) retención de la correspondencia (art. 1044.6º y 1058 del C.Co. de 1829).

Ahora, según el art. 44 L.C., la declaración de concurso no interrumpirá la continuidad de la actividad profesional y sólo excepcionalmente, según el art. 44.4 L.C., el juez podrá acordar el cierre de las oficinas y locales del deudor.

La nueva LORC regula las medidas que afectan a los derechos y libertades fundamentales del deudor (CE) cuyas medidas no son consecuencia necesaria de la declaración de concurso, sino medidas cautelares a adoptar por el juez a instancia de los acreedores en el momento de la solicitud de concurso necesario, o una vez declarado éste como concurso voluntario. Dichas medidas pueden ser adoptadas de oficio, por iniciativa del juez, con audiencia

[4] Exposición II de Motivos de la L.C.,párrafo 7º "…la declaración (de concurso) ha de hacerse con respeto de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud …"

del Ministerio Fiscal y mediante resolución motivada (art. 1 LORC y 41 L.C.).

La retroacción regulada para la quiebra se sustituye por específicas acciones rescisorias de los actos perjudiciales para la masa, reintegrando en ella los bienes que salieron del patrimonio del deudor, aunque dichos actos perjudiciales no se hayan realizado con fin fraudulento (art. 71 á 73 L.C.)

La calificación de la quiebra era necesaria en la anterior legislación (art. 1321,1382 y 1389 LEC 1881 y art.886 á 897 del C.Co. de 1885) y conllevaba graves consecuencias para los quebrados culpables o fraudulentos. Ahora, en la nueva legislación, la calificación del concurso no tiene lugar en todos los casos pues sólo procede en los casos de liquidación o de convenio especialmente gravoso (art. 163 L.C.). Dicha calificación del concurso, ahora puede ser de concurso fortuito o culpable, eliminándose la antigua calificación de fraudulento. En el concurso culpable se impone a los afectados la inhabilitación para representar a terceros o para administrar bienes ajenos y para ejercitar el comercio, por tiempo de 2 á 15 años.

Unidad de sistema en la L.C. o de procedimiento del conjunto de normas reguladoras del concurso, sustantivas y procesales recogidas en la L.C., que sustituye al conjunto normativo disperso, anteriormente vigente. El concurso se tramita bajo la competencia exclusiva y excluyente del Juez del Concurso, atribuida a los nuevos Juzgados de lo Mercantil, creados por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, mediante la pertinente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además ahora quedan integrados en la masa activa del concurso la práctica totalidad de los bienes del deudor y se incorporan a la masa pasiva, con alguna excepción significativa, todos los acreedores anteriores a la declaración del concurso, sean o no privilegiados.

Cuando las garantías reales recaen sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado se puede suspender temporalmente el tradicional derecho de ejecución separada, paralizándose asimismo las ejecuciones judiciales y extrajudiciales, así como los apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. La Ley consagra, a nivel legislativo, la categoría de los créditos contra la masa como concepto diferenciado respecto a los créditos concursales.

2. OBJETIVOS DE LA NUEVA L.C.

A) Superar el carácter represivo de la legislación anterior,

B) La finalidad del concurso no es castigar al deudor sino resolver la situación,

C) Acabar con la dispersión legislativa y procesal. El conocimiento del proceso se pone en manos de un solo juez,

D) Protrección de los intereses de los trabajadores: preferencia del pago de los últimos 30 días de salario.

E) Objetivos: Cobro de las deudas y favorecer la deseable continuidad de las empresas y puestos de trabajo.

En la anterior legislación faltaba una definición legal del presupuesto objetivo del estado de quiebra ya que en el art. 874 del C.Co. de 1995, se decía. "Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee el pago corriente de sus obligaciones" y posteriormente en el art. 876,II del mismo C.Co. "También procederá la declaración de quiebra a instancia de acreedores que….justifiquen sus títulos de crédito y que el comerciante ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones…", lo que producía inseguridad jurídica, dada la falta de matización o acreditación de las causas de tal sobreseimiento.

En la actual L.C., en su art. 2 al fijar el presupuesto objetivo para la declaración de concurso se proclama que procede la declaración de concurso, en caso de insolvencia del deudor común y aclara que el deudor se encuentra en estado de insolvencia cuando no puede cumplir sus obligaciones exigibles, debiendo interpretarse que tal imposibilidad se debe tanto a la insuficiencia patrimonial como a la simple carencia de liquidez.

Posteriormente el art. 18.2 L.C., al tratar de la oposición del deudor a la solicitud de concurso necesario instado por uno o más acreedores, establece que el deudor puede oponerse a la declaración de concurso alegando que no se encuentra en estado de insolvencia, debiendo probar su solvencia, poniendo de manifiesto su disponibilidad de medios para atender a sus obligaciones o sea poniendo en evidencia su disposición de medios de pago para atenderlas. La solicitud de declaración de concurso puede presentarla el deudor (concurso voluntario por insolvencia actual o inminente) o los acreedores (concurso necesario). En el concurso necesario, la insolvencia se manifiesta en los

hechos que enumera el art.2.4 de la L.C., que deberán ser probados por el o los acreedores solicitantes de la declaración de concurso[5] pero, el deudor deberá ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud negando los hechos alegados por el solicitante, consignando en el acto de la vista el importe del crédito del acreedor instante del concurso, si dicho crédito estaba vencido (art. 19.2 de la L.C.) y recurriendo la declaración del concurso.[6]

El art. 5 L.C. declara el deber del deudor de solicitar la declaración del concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido, o debido conocer su estado de insolvencia. La razón de ser de este deber es evitar el deterioro del estado patrimonial del deudor y facilitar las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores[7]. El concurso en la nueva L.C. no constituye únicamente un derecho del deudor en crisis, sino un deber cuyo incumplimiento se acompaña de la correspondiente sanción concursal (Art 165.1. L.C.). Efectivamente, al incumplimiento del deudor de declarar su concurso voluntario, cuando se encuentre en estado de insolvencia actual, le acarreará la consecuencia de no poder presentar propuesta anticipada de convenio (art.105.6 L.C), y podrá presumirse que su actitud comporta dolo o culpa grave (art. 165 de la L.C.)

En cuanto al acreedor que solicite la declaración del concurso de su deudor se verá beneficiado por la consideración de que su crédito tiene preferencia general hasta la cuarta parte de su importe (art.91.6º de la L.C.).[8]. Se trata en

[5] Pulgar Ezquerra, J "*Derecho Concursal*" Editorial Dilex pág 63 "..la impuntualidad en los pagos, aunque fuera generalizada, no puede servir como criterio determinante de una situación económica de fondo como la insolvencia, pues no constituye sino un "hecho externo" que, por sí mismo no es más que una sospecha indiciaria de que algo va mal en la empresa, lo que justificaría una invasión en la esfera privada del empresario para dilucidar qué situación económica de fondo existe tras dicho retraso, pero no la declaración de un procedimiento concursal." En el mismo sentido García Villaverde en "*La quiebra fuentes…*" pag 285-288.

[6] Pulgar Ezquerra,J*:* "*Derecho Concursal*" obra cit. pág.124: " ..la Ley Concursal especialmente reconoce el carácter de crédito contra la masa y, por tanto, prededucible, de las costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud de declaración del concurso si éste se declara, siendo impuestas de otro modo al solicitante, salvo que el juez aprecie y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho."

[7] Pulgar Ezquerra, J obra citada, pág. 75: "La anticipación del momento de apertura del concurso a situaciones de previsible imposibilidad futura de cumplimiento puntual no parece resultar justificada bajo la consideración de los principio de política jurídica informadores de la reforma. En efecto, el concurso persigue la satisfacción de los acreedores prioritariamente, no resultando justificada la declaración de un procedimiento concursal en previsión no ya de un incumplimiento, sino de un cumplimiento impuntual o retrasado."

[8] Pulgar Ezquerra, J, obra citada,. pag. 127: "Habrá supuestos en que este privilegio represente una parte insignificante en la masa activa y otras, sin embargo, en que pueda determinar el aludido vaciamiento patrimonial de la masa del concurso en perjuicio no tanto de los acreedores con privilegio especial o general, dado que el privilegio del acreedor instante se sitúa en el último lugar de prelación entre éstos (art. 91.6º), cuanto en relación a los acreedores ordinarios, respecto de los que el acreedor solicitante se coloca por delante en la graduación respecto de la cuarta parte del importe de su crédito. Esto acontecerá en supuestos en que el solicitante del concurso sea un gran acreedor que con su privilegio pueda absorber la totalidad o

definitiva de motivar al deudor o al acreedor a que promuevan la solicitud de concurso a la menor señal de iliquidez del deudor.

El procedimiento concursal tiene una fase común que se abre con la declaración del concurso y concluye con la fijación definitiva de la lista de acreedores y del inventario y su puesta de manifiesto en la secretaría del Juzgado (art. 98 L.C.). Con tal documentación se llega al exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor al haber determinado las masas activa y pasiva del concurso. Durante la fase común y aún antes, en el momento de presentar la solicitud de declaración de concurso, el deudor podrá presentar propuesta anticipada de convenio (art.104 L.C.), con las adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados, cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art.106 L.C.)

Las facultades patrimoniales del deudor, tras la declaración del concurso quedarán sometidas a intervención de la administración concursal o bien suspendidas y sustituidas por la administración concursal.(art. 40.1 y 40.2 L.C). En principio, tratándose de concurso voluntario, procederá la intervención de las facultades patrimoniales del deudor y en caso de concurso necesario su suspensión y sustitución por la administración concursal. Sin embargo, y ello prueba la flexibilidad que caracteriza la nueva normativa concursal y de las amplias facultades de las que está investido el juez, éste podrá disponer en forma distinta a la prevista, motivando su decisión con la consideración de los riesgos que se pretende evitar y las ventajas que se quieren obtener, (art. 40.3 L.C.). Los actos realizados por el deudor con infracción de las limitaciones a las que está sometido son sancionados con su anulabilidad. (art. 40.7 L.C).

Es de observar que, en la legislación anterior, el nombramiento de los síndicos de la quiebra, según el art. 1272 de la LECA de 1881, recaía en los principales acreedores del quebrado, sin requisitos de titulación y evidentemente con intereses personales en el desarrollo del procedimiento de la quiebra, por su condición de acreedores del quebrado. Tales acreedores tenían, muy probablemente motivos de resentimiento contra éste. En la antigua Ley de Suspensión de Pagos de 1922, según el art. 4, los interventores debían ser peritos mercantiles de la lista remitida al Juzgado de la localidad o al Decanato, si hubiera varios Juzgados en la localidad.

Ahora, los miembros de la administración concursal deben reunir unos requisitos de formación y experiencia que se especifican en el art. 27 L.C.,

---

parte de la masa del concurso, dado que no se contempla un límite máximo para el privilegio respecto de la masa activa."

debiendo ser uno de los administradores, abogado con cinco años de ejercicio efectivo, otro auditor de cuentas, economista o titulado mercantil, colegiado, igualmente con cinco años de ejercicio efectivo y el tercer administrador concursal será un acreedor con crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado, que, si no cumple los requisitos señalados para los otros dos, podrá designar a un profesional que reúna las condiciones exigidas para los otros dos.

La administración concursal intervendrá los actos del deudor en el. ejercicio de sus facultades patrimoniales, o sustituirá al deudor en su ejercicio, cuando haya sido suspendido de sus facultades patrimoniales y en todo caso, deberá confeccionar su informe, según la estructura que determina el art. 75 L.C., manifestándose sobre la memoria explicativa formulada por el deudor referente a sus actividades en los últimos tres años. Dicho informe de la administración concursal también se manifestará sobre la lista de acreedores y sobre la propuesta anticipada de convenio, si la hubiere.

La retribución de los administradores concursales se prevé mediante arancel en función de la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del concurso (art. 34 L.C.). El arancel fué establecido por el Real Decreto 1860/2004 de 6 de Septiembre.

Se atribuye ahora a la administración concursal la legitimación exclusiva para ejercitar la acción que corresponda, una vez aprobado el convenio o abierta la liquidación, contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad concursada, evitándose así tanto la extensión automática del concurso a personas que, aún responsables de las deudas sociales pueden ser solventes, como las reclamaciones individuales de los acreedores contra los socios. La estructura orgánica del concurso queda simplificada, por cuanto sólo el juez y la administración concursal formada por tres miembros o por uno solo en los casos de procedimiento abreviado (Art 191.2. L.C.), son órganos necesarios en el procedimiento. La simplificación de la estructura orgánica del concurso es posible por la atribución de importantes competencias al juez y a la administración concursal. y las resoluciones judiciales adquieren flexibilidad, siempre que sean motivadas. La LORC, promulgada a la vez que la L.C., creó los Juzgados de lo Mercantil que son los competentes para conocer sobre los concursos.

La competencia territorial del juzgado de lo mercantil, que deba conocer de la solicitud de declaración de concurso, viene determinada por la ubicación del centro de los intereses principales del deudor.

La nueva ley procura que la ejecución separada de las garantías reales sobre los bienes del concursado no perturbe el desarrollo del procedimiento concursal para lo que, paraliza temporalmente dichas ejecuciones mientras se negocie el convenio o se abra la liquidación, todo ello por el tiempo de un año desde la declaración del concurso. Tales medidas de paralización no impiden que los créditos con garantía real gocen en el concurso de privilegio especial por lo que, el convenio sólo les afecta si el acreedor con garantía real aprueba con su voto la propuesta de convenio pero, de no ser así, los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía, en la medida en que sean suficientes. La ejecución corresponde al juez del concurso.

La administración concursal podrá optar por pagar el crédito que goce de garantía real, con cargo a la masa, alzando la garantía, si ésta recae sobre algún elemento que, a juicio de la administración concursal, sea imprescindible para la prosecución de la actividad empresarial.

Resulta novedosa la regulación de los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, que se mantienen vigentes, aunque está prevista la declaración judicial de resolución de dichos contratos. Asimismo la L.C. prevé la rehabilitación de los contratos de crédito o de adquisición de bienes con pago aplazado y la enervación del desahucio de arrendamientos urbanos, si dichos contratos se encuentran afectados por incumplimiento del deudor concursado. No se reconocen las cláusulas contractuales de resolución de un contrato que pudieran contenerse en éste para el caso de declaración de concurso.

Los contratos de carácter administrativo, celebrados por el deudor declarado en concurso, siguen sometidos a su régimen especial.

Casi revolucionaria por lo novedosa, resulta la atribución a los Jueces de lo Mercantil del conocimiento de ciertas materias que hasta ahora eran de la competencia de la autoridad laboral y de los jueces de lo social. Dicha atribución se debe a la vocación de universalidad del proceso concursal por lo que, el juez del concurso conoce ahora y decide sobre los “expedientes de regulación de empleo”. Esta atribución se debe a la suposición de que el juez del concurso tiene una visión general de éste, que le permite decidir sobre todas las cuestiones, con más conocimiento de la situación económica de la empresa. La atribución de dichas facultades aparece en el art. 86 ter.1º2º LOPJ y fue introducida por la LORC.[9]

[9] art. 86 ter,1º2º LOPJ : “Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o

En la legislación derogada, el sistema de retroacción sobre los actos realizados por el deudor, en período sospechoso por su proximidad a la constitución del estado de quiebra, se regulaban en el art. 1036 y stes. del C.co. de 1829, remontándose la retroacción a la fecha anterior a la declaración de quiebra que determinase el juez, sin límite temporal, resultando nulos los actos celebrados durante el período de la retroacción (Art 878,II, del C.Co. de 1885).[10]. El actual sistema de reintegración, que sustituye a la retroacción, se remonta a los actos perjudiciales para la masa, realizados en los dos años anteriores a la declaración del concurso (Art 71 L.C.) que serán rescindibles.[11]En la nueva legislación, los terceros adquirentes de bienes afectados por las acciones rescisorias gozan de la protección del Registro, si obraron de buena fe.

En la antigua quiebra se declaraban nulos todos los actos de administración y disposición realizados por el deudor en la época posterior a la fecha a la que se retrotraían los efectos de la quiebra, pero no se aplicaba la retroacción a las operaciones relativas al mercado de valores, salvo que la contraparte hubiera actuado de mala fe. Dicha excepción a la retroacción estaba motivada por el deseo de mantener la seguridad jurídica de los actos realizados en el mercado de valores.

---

extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores . En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral."

[10] Alcover Garau, G. "Derecho Concursal" Editorial Dilex.S.L pag 329.En el anterior Derecho Concursal, "el comisario podía por ejemplo, ocupar directamente bienes vendidos por el quebrado durante la fase de retroacción, sin necesidad de anular judicialmente la compraventa demandando al comprador, y ello pese a que no es difícil concluir que tal modo de actuar vulneraba el artículo 24 de la Constitución. Se entendía también que el triunfo de la acción de retroacción de, por ejemplo, una compraventa en la que el quebrado fuese el vendedor implicaba que el comprador debía devolver el bien a la masa, pero, por el contrario y contra lo que establece el principio general de devolución de prestaciones en sede de nulidad, los órganos de la quiebra no le tenían que devolver el precio, sino que el crédito por el precio pasaba a ser un crédito concursal que además era casi siempre moroso, lo que implicaba muchas veces que el comprador perdiera bien y precio."

[11] Mairata Laviña, J*: "Derecho Concursal*" Editorial Dilex, S.L. pag 322: El plazo de dos años que con carácter general e inmutable establece para posibilitar el ejercicio de las acciones de reintegración, en mi opinión no tiene otro fundamento que el de la seguridad jurídica de las operaciones realizadas por el concursado. Pero tal seguridad jurídica redunda en detrimento de los intereses de los acreedores, principales afectados en definitiva por el procedimiento concursal, que en muchísimas ocasiones se verán absolutamente desprovistos de acciones civiles para recuperar sus créditos, y tendrán inexcusablemente que acudir al procedimiento penal, por ser sus plazos de prescripción a estos efectos más largos, aunque considero no sea el cauce idóneo a tal fin."

En la L.C., la declaración de ineficacia de los actos de administración y de disposición tiene como presupuesto que el acto haya producido un perjuicio a la masa activa. Las acciones de reintegración se permiten ahora respecto a actos realizados incluso cunado el deudor no se encontraba todavía en situación de insolvencia, mientras que en la legislación anterior la fecha de retrroacción debía señalarse a partir del momento en el que el deudor estaba en situación de crisis (art. 878. II C.Co. de 1885), pero la L.C. mantiene válidas las operaciones realizadas en el mercado financiero (art. 71.5.L.C. "in fine") al igual que sucedía en el C.Co., como se ha indicado en el párrafo anterior

Los créditos se clasificarán en privilegiados (con privilegio especial o general), ordinarios y subordinados (art.89. L.C.), conforme a los criterios de la ley que resultan innovadores y que reducen drásticamente los privilegios y preferencias.[12] [13]
El convenio al que pueda llegarse no afectará a los acreedores privilegiados, salvo que lo hayan votado (art. 123.2.L.C).

[12] Alonso Ledesma, C *"Derecho Concursal"* Editorial Dilex,S.L,,pág. 358. Las sustanciales modificaciones de la L.C. en cuanto a la clasificación .de los créditos pretende "ante todo, poner fin a una situación que bien puede ser calificada, sin pecar de exageración, como de caótica y absolutamente lamentable. Y es que si la delimitación y graduación de los acreedores ya de por sí constituye una materia harto compleja en cualquier legislación concursal, en el estado de nuestro viejo derecho alcanzaba grandes extremos de dificultad, dada la multiplicidad , heterogeneidad y falta de orden y sistema de los privilegios reconocidos a distintas clases de acreedores y en diferentes cuerpos normativos, lo que obviamente no podía sino repercutir negativamente en el proceso y en los propios acreedores"…"En la Exposición de Motivos se advierte, en efecto, que la regulación de esta materia constituye una de las principales y más importantes innovaciones del texto legislativo que queda condensada en la idea matriz que ha guiado la reforma en este punto y que no es otra que la de restaurar el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores que, según se dice, ha de constituir la regla general del concurso debiendo ser sus excepciones muy contadas y siempre justificadas. Y para lograr este objetivo nuclear se procede a reducir drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso."

[13] Alonso Ledesma,C "Derecho Concursal, obra cit., pág 359: "El ideal de distribuir las pérdidas entre todos los acreedores con arreglo al principio de paridad de tratamiento que tan enfáticamente se resalta desde distintas instancias no ha llegado a ser operativo en ningún momento porque el reparto a los acreedores ha sido siempre desigual. En unos casos, porque los acreedores han procurado dotar a su crédito de alguna forma de garantía convencional que les asegurara la percepción del crédito en caso de insolvencia de su deudor. Y, en otros, porque ha sido el propio legislador el que ha otorgado a determinados acreedores, en atención a la causa de su crédito, una causa de preferencia, esto es, el derecho a ser satisfecho con prioridad respecto a otros acreedores del deudor común.
Cuestión distinta y con la que a menudo se confunde este principio de igualdad de trato es el principio de proporcionalidad que tiene su manifestación genuina en los procedimientos concursales y conforme al cual se reparte de forma proporcional o a prorrata entre los acreedores ordinarios (carentes de todo tipo de preferencia) el importe del patrimonio del deudor que resta después de haber satisfecho los créditos prededucibles y los dotados de un derecho de garantía en sentido lato, sean garantías reales convencionales o privilegios. Y este principio referido a los acreedores ordinarios y no el de paridad de trato es el que, en verdad, se potencia en la regulación actual del concurso, aunque sea de forma indirecta, dado que uno de los efectos que produce la suspensión de los privilegios es, precisamente, el de ampliar la base de los acreedores ordinarios, los cuales han de satisfacerse con arreglo a aquél criterio."

Las deudas tributarias y las de cuotas de la Seguridad Social tienen carácter privilegiado hasta el 50 % de su cuantía, con el fin de evitar que la masa del concurso se consuma en el pago de tales créditos, desconociendo el interés general de los acreedores (art.91.4º.L.C.). Los salarios de los últimos treinta días de trabajo, anteriores a la declaración del concurso, mientras no superen el doble del salario mínimo interprofesional, así como los salarios devengados con posterioridad a la declaración del concurso y los de indemnización por extinción del contrato de trabajo, acordada por el juez del concurso, tendrán la consideración de créditos contra la masa (art.84 L.C.) y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el art. 154.L.C.

Los créditos subordinados constituyen una nueva categoría que introduce la ley (art. 92 L.C.) para aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas), por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado según el art.93 L.C. o que fueron parte en actos perjudiciales para el concurso según art. 92.6º L.C.), o por ser créditos afianzados por tercero (art. 87.6. L.C.).

Se consideran personas especialmente relacionadas con el deudor, persona natural, al cónyuge y parientes que se detallan en el art.93.1 de la L.C. y si el concursado es persona jurídica tienen igualmente tal consideración de personas especialmente relacionadas con ella, los socios que conforme a la ley sean ilimitadamente responsables de las deudas sociales o que tengan un porcentaje del capital social superior al 5 %, si la sociedad declarada en concurso tiene valores admitidos a cotización en mercado secundario oficial, o un 10 % en caso contrario, así como los administradores de derecho o de hecho, los liquidadores y los apoderados generales en el momento de la solicitud de declaración del concurso o en los dos años anteriores a la declaración, las sociedades que forman parte del mismo grupo que la declarada en concurso y sus socios y los cesionarios o adjudicatarios de créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93.2 L.C.).

Los titulares de los créditos subordinados carecen de derecho de voto en la junta de acreedores (art.122.1.1º L.C.), pues no tendría sentido que se pospusieran prelativamente sus créditos en caso de liquidación y, en cambio, que en caso de convenio pudieran erigirse en protagonistas destacados del acuerdo. Los créditos subordinados no podrán ser pagados hasta que los créditos ordinarios hayan quedado íntegramente satisfechos.

El deseo del legislador es dar satisfacción a los acreedores y, si es posible, fomentar el convenio con unas medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores, manteniendo la actividad de la empresa y por ende los puestos de trabajo.[14] .De todas formas como solución al concurso la Ley prevé alternativamente el convenio o la liquidación.

En el acuerdo de convenio es de destacar la autonomía de la voluntad que tiene gran amplitud y unos límites que se establecen en el art. 100 L.C. (la quita no podrá exceder del 50 % del importe de cada uno de los créditos, ni la espera podrá ser superior a cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial). En los supuestos de empresas de especial trascendencia para la economía, los límites indicados pueden ser superados por el juez (art. 104.2 L.C.).

El deudor puede presentar propuesta anticipada de convenio, con la propia solicitud de concurso y en este caso con adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados, cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo (art.106.1 L.C.) o bien puede presentarla en cualquier momento antes de la expiración del plazo de comunicación de créditos (art. 10 L.C.). Tal propuesta anticipada permite la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso, con gran economía de tiempo y de gastos, respecto a los procedimientos concursales anteriores a la ley actual, y sin tener que someter la propuesta anticipada a la junta de acreedores.

La junta de acreedores se constituirá en la fase de convenio cuando no se haya aprobado el convenio anticipado por el sistema de adhesiones.(art. 111 L.C.)

Si no se ha aprobado la propuesta anticipada por falta de adhesiones, el concursado puede mantenerla para que se someta a la junta de acreedores o puede solicitar la liquidación (art.110.1 L.C.) pero no puede presentar otra propuesta “anticipada”.

Desde la convocatoria de la junta de acreedores hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración, el concursado (si no hubiera presentado propuesta anticipada de convenio) o un grupo de acreedores que represente una quinta parte del pasivo, podrán presentar propuestas de convenio (art. 113.2 L.C), y hasta el momento de cierre de la lista de asistentes a la junta se

[14] Alonso Ledesma, C*: “Derecho Concursal*”, obra cit.en pié de pág. Nº 12, pag.365: “.la tendencia actual a buscar soluciones conservativas y no meramente liquidativas del patrimonio concursal hace que aumenten significativamente el número de créditos contra la masa y que disminuyan, en la misma medida, las expectativas de cobro de los acreedores concursales.”

admitirán adhesiones a la propuesta, lo que contribuirá a agilizar el desarrollo de la Junta. Se admiten proposiciones alternativas (art.102 L.C).

La aceptación de la propuesta de convenio se obtiene con la adhesión de la mitad del pasivo ordinario (art. 109 de la L.C. en relación con el art. 124 L.C.), en caso de propuestas anticipadas de convenio, y por medio del voto favorable de al menos la mitad del pasivo ordinario cuando la aprobación se debata en la junta de acreedores (art. 124 L.C.) .El convenio una vez adoptado requiere aprobación judicial (art. 127 L.C.).

Frente al convenio aprobado judicialmente podrá formularse oposición en el plazo de diez días desde la fecha en que el juez haya verificado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio, en el caso de propuesta anticipada o desde la fecha de celebración de la junta, en el caso de que en ella se haya aprobado una propuesta de convenio por mayoría del pasivo ordinario (art. 128.1 L.C.). Los legitimados para la oposición son la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, quienes hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra. La oposición sólo podrá fundarse en la infracción de normas, o en la consideración de que el convenio es inviable. La conclusión del concurso se alcanza con su cumplimiento total (art. 141.L.C.)

Corresponde al deudor optar por la liquidación, como alternativa del convenio (art.142.L.C.) pero, si durante la vigencia de éste el deudor ve imposible su cumplimiento, tiene el deber de solicitar la liquidación. (art. 142.3 L.C.). La apertura de la fase de liquidación también tendrá lugar de oficio en los casos que aparecen en el art. 143 L.C. La flexibilidad de la actual ley permite pasar a la liquidación de forma rápida, mientras que en la legislación anterior era precisa la previa declaración de quiebra de quienes se habían acogido a la Ley de Suspensión de Pagos cuando no podían cumplir el conveno.

Los efectos de la apertura de la liquidación sobre el concursado son la suspensión de sus facultades patrimoniales que se transfieren a la administración concursal, su pérdida al derecho a alimentos con cargo a la masa, si es persona natural, y si es persona jurídica se declarará su disolución y el cese de sus administradores o liquidadores (art. 145 L.C.). Corresponde a la administración concursal preparar el plan de liquidación, pero tanto el deudor como los acreedores pueden formular observaciones o propuestas antes de que el plan sea aprobado por el juez (art 148 L.C.). Al pasar a la fase de liquidación, se produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de las prestaciones pendientes (art 146 L.C.).

La ley para facilitar la continuidad de la empresa tiende a favorecer la enajenación de la empresa como un todo, salvo que fuese preferible para los acreedores la división o realización aislada de los elementos componentes.(art 149 L.C.).

La administración concursal tiene el plazo de un año para finalizar las operaciones liquidatorias y de no haber terminado la liquidación en este plazo, sin causa justificada, los administradores son separados y pierden el derecho a retribución. Durante el año de plazo deberán informar trimestralmente sobre el desarrollo de las operaciones liquidatorias.

En cuanto al orden de pago, en fase de liquidación, la nueva Ley Concursal. ha creado la nueva categoría de créditos subordinados y ha quedado superado el sistema de la quiebra en el que había acreedores con derecho de ejecución separada (los titulares de garantías reales) y los demás se ordenaban según una larga lista de acreedores singularmente privilegiados, privilegiados y comunes, cuyos supuestos no sólo se recogían en el C.Co. (art. 913 y 914), sino en muchas Leyes especiales. En cuanto a la antigua suspensión de pagos, existían acreedores con derecho de abstención en la junta de aprobación del convenio (los titulares de garantías reales, y los singularmente privilegiados y privilegiados según el C.Co. art. 15.3 LSP). En definitiva ahora la regulación del pago a los acreedores ha quedado establecida de la siguiente forma:

1.- Los créditos contra la masa (art. 154 L.C.)se pagan a sus vencimientos, antes que los concursales y concretamente los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, se pagarán de forma inmediata. Los créditos contra la masa no quedan sometidos ni integrados en la masa pasiva del concurso y no resultan afectados por el convenio al que se llegue, en su caso, ni por las vicisitudes de la fase de liquidación.

Los acreedores contra la masa no quedan sometidos al proceso concursal por cuanto sus créditos son de naturaleza distinta a los créditos concursales sea por efecto de la ley, o por corresponder a los gastos ocasionados por el propio procedimiento de concurso o por ser postconcursales, es decir, por corresponder estos últimos a la continuación de la actividad empresarial. Aquel acreedor que pretende serlo contra la masa, si la administración concursal no le reconoce tal condición, deberá acudir al incidente concursal para alegar su derecho. Si no existen medios de pago suficientes para pagar los créditos contra la masa habrá que vender bienes o derechos de la masa

para realizar su pago, pero no se podrán vender con tal fin los bienes afectos a créditos con privilegio especial. Si los bienes de la masa son insuficientes para hacer efectivas todas las deudas contra la masa, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por orden de sus vencimientos

2.- El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos (art. 155 L.C.), ya sean objeto de ejecución separada o colectiva, pero si dichos bienes son necesarios para la actividad profesional o empresarial, no podrá iniciarse la ejecución forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho a la ejecución o hasta que transcurra un año desde la declaración de concurso (art. 56.1. L.C.)

3.- El pago de los créditos con privilegio general (art. 156 L.C.) se efectuará por el orden establecido en el art. 91 L.C., una vez deducidos de la masa activa los bienes destinados al pago de créditos contra la masa y los afectos a créditos con privilegio especial.

El art. 91 L.C. establece grupos de créditos con privilegio general: 1º los créditos por salarios e indemnizaciones derivadas de las extinciones de contratos, 2º los créditos correspondientes a retenciones de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, 3º los créditos por trabajo personal no dependiente, 4º los créditos tributarios y de S.S. hasta el 50 % de su importe, 5º los créditos por responsabilidad civil extracontractual, 6º los créditos del acreedor o de los acreedores que hayan solicitado la declaración del concurso hasta el 25 % de su importe.

No se pagarán los créditos de un grupo de los relacionados hasta que no se hayan pagado los créditos de los grupos anteriores. En el momento en que no exista disponible suficiente para la satisfacción de todos los acreedores del mismo grupo, el pago se hará a prorrata dentro de ese grupo quedando los acreedores de los grupos siguientes sin cobrar nada.

4.-El pago de los créditos ordinarios (art. 157 L.C.) se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa que hayan vencido (respecto a los que no hayan vencido se deducirán bienes suficientes para poder realizar su pago a su vencimiento) y de los créditos privilegiados, pagándose dichos créditos ordinarios a prorrata.

5.-El pago de los créditos subordinados (art. 158 L.C.) se realizará cuando hayan quedado satisfechos los créditos ordinarios en su totalidad y en el orden establecido en el art. 92. L.C.

Dicho artículo establece los siguientes grupos: 1º los créditos comunicados tardíamente, 2º los que tengan carácter subordinado por pacto contractual, 3º los créditos por intereses, 4º los créditos por multas y sanciones, 5º los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, 6º los créditos que resulten de la rescisión concursal de actos perjudiciales para la masa activa, de quienes hayan sido declarados partes de mala fe en el acto impugnado.

Obsérvese que en la relación de créditos subordinados del art. 92 L.C., no se mencionan los créditos que, por estar afianzados, deben calificarse en la categoría menos gravosa para el concurso (art. 87.6.L.C.) que deberá entenderse que ocuparían la categoría séptima.

Si existe posibilidad económica de pagarlos, estos créditos se pagarán: primero los del primer grupo, luego los del segundo grupo y así sucesivamente. Cuando las disponibilidades no permitan pagar por entero a los del grupo siguiente, se les pagará a prorrata, quedando impagados los créditos de los grupos que sigan.

En la calificación del concurso, la reforma introducida por la ley es notoria ya que, en la regulación anterior, la calificación de la quiebra como culpable (o fraudulenta pues existía tal distinción), de una persona jurídica sólo afectaba a la entidad deudora, sin que sus administradores se viesen afectados por la misma, en sede civil, salvo que se les calificase como cómplices. Ahora la nueva L.C. extiende la calificación del concurso a las personas que actúan por cuenta de la persona jurídica concursada, sobre las que pueden recaer las sanciones de inhabilitación, pérdida de derechos y devolución de bienes y la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados. Los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de la persona jurídica concursada, o quienes hayan desempeñado tales funciones en los dos últimos años, pueden ser condenados a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente el importe de los créditos insatisfechos.

La calificación de la quiebra, en la antigua regulación, como culpable o fraudulenta que resultase del procedimiento civil, determinaba la apertura del procedimiento penal mientras que ahora, con la reforma legislativa existe una nítida separación entre los ilícitos penales y los civiles.

Ahora la sección de calificación se forma en casos muy concretos:

a) cuando el convenio aprobado lo sea con una quita superior a la tercera parte de los créditos o una espera superior a tres años, por cuanto una quita más importante o una más larga espera perjudica a los acreedores de forma grave y

b) en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación (art.163 L.C)

El concurso puede calificarse como fortuito o como culpable. La L.C. no ofrece una definición del concurso fortuito. Es culpable el concurso en el que, en la generación o agravación del estado de insolvencia, hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales.

La consideración del concurso como culpable tiene lugar en una serie de supuestos que determinan tal calificación por su naturaleza intrínseca y asimismo en otros supuestos en que, salvo prueba en contrario, son presuntivos de dolo o culpa grave por incumplir obligaciones legales relativas al concurso. El art. 164.2 L.C. relaciona los supuestos en que el concurso se calificará como culpable: incumplimiento de la obligación de llevanza de libros contables o su llevanza irregular, apertura de la liquidación de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado (art. 165.3 L.C.), alzamiento de bienes, salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor en los dos años anteriores, simulación de una situación patrimonial ficticia.

La calificación del concurso como culpable va precedida por un contradictorio en el que serán partes el Ministerio Fiscal y la administración concursal frente al deudor y quienes pudieran resultar afectados por tal calificación. La oposición se sustanciará por los trámites del incidente concursal (art. 171 L.C.).

Los culpables y los cómplices quedarán inhabilitados para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona, por un período de dos a quince años. Perderán cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y deberán devolver los bienes que indebidamente hubiesen obtenido del deudor o de la masa activa y deberán indemnizar los daños y perjuicios causados.

La nueva ley prevé un procedimiento para asegurar el registro público de las sentencias que declaren culpables a los concursados así como de los administradores concursales, en los casos en que así proceda.

La calificación del concurso como fortuito tiene lugar cuando el informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal así lo califiquen, archivándose las actuaciones, sin más trámite.

El concurso concluye: si es revocado el auto de declaración de concurso, si el convenio se ha cumplido con íntegra satisfacción de todos los acreedores, si no existen bienes ni derechos con que satisfacer a los acreedores, pero en este caso, los acreedores conservan su derecho a hacer efectiva la responsabilidad del deudor con los bienes que en el futuro puedan pertenecerle (C.c.Art 1911: ”Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”) pudiendo procederse a la reapertura del concurso. También concluye el concurso, una vez terminada la fase común del mismo, por el desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores (Art 176. L.C.).

El procedimiento concursal actual, en su conjunto, está inspirado en la flexibilidad combinada con la rapidez y simplicidad, siendo la LEC supletoria de la L.C. en la medida en que ésta no regule normas procesales especiales.

Las cuestiones que se susciten durante el concurso, si no tienen señalada una tramitación distinta, se ventilarán por medio del incidente concursal que es un procedimiento especial creado en la nueva ley. El incidente concursal se configura en dos modalidades procesales distintas según la materia sobre la que versen: de índole laboral o estrictamente concursales.

Contra providencias y autos cabe sólo el recurso de reposición y contra sentencias que aprueben el convenio, cabe recurso de apelación. En dicho recurso de apelación cabe replantear las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o de convenio (art.197 L.C). También cabe el recurso de apelación contra las sentencias absolutorias de incidentes planteados después de la fase de convenio o en la fase de liquidación (art.197.4 L.C.)

El recurso de casación y el extraordinario de infracción procesal se admiten contra las sentencias que resuelvan la apelación cuando se trate de aprobar o rechazar un convenio, declarar su cumplimiento o incumplimiento, calificar el concurso, resolver sobre acciones de reintegración o acordar la conclusión del convenio (art. 197.6 L.C.).

Se introduce en la nueva ley el recurso de suplicación para hacer efectiva la aplicación de la legislación social a las materias de esta naturaleza, así como los recursos que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo

mercantil en materia laboral y contra los incidentes concursales sobre materia laboral (art. 197.7 L.C.). Con ello se logra concentrar los motivos de disconformidad en un mismo juzgado de lo mercantil y eliminar la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios que habían dificultado y dilatado los procedimientos concursales en la legislación anterior.

La nueva L.C., ante la creciente presencia de elementos extranjeros en el concurso, les dedica especial atención y dicta normas de Derecho Internacional privado, con respeto al modelo del Reglamento CE nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia en el ámbito intracomunitario y fuera de él.

La competencia internacional para declarar y tramitar el concurso se basa en el lugar de situación de los intereses principales del deudor, teniendo el carácter de "principal" el concurso que se declare sobre esa base, lo que no impide que puedan abrirse otros concursos "territoriales" en aquellos Estados en los que el deudor tenga establecimientos. La coordinación entre el procedimiento principal y los territoriales es objeto de consideración y regulación.

La nueva regulación por su amplitud y profundidad (recuérdese que la Ley de Suspensión de pagos tenía sólo 24 artículos mientras que la L.C. tiene 230) hace precisas las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales que complementan la ley. Con dichas disposiciones, se trata de armonizar el Derecho anterior con la reforma introducida por la ley concursal. Así ha habido que derogar las disposiciones relativas a los procedimientos colectivos de quita y espera y de concurso que se contenían en los art.1912 á 1920 del C.c. y se mantienen las de preferencia de créditos para los supuestos de ejecución singular.

Como especialidad subsisten los privilegios mercantiles consistentes en que los acreedores que tengan un privilegio sobre un buque o una aeronave (art. 76.3 L.C.), propiedad del deudor, podrán extraer el bien de la masa del concurso igual que los titulares de los créditos marítimos privilegiados aunque el insolvente no sea el dueño del bien. La naturaleza de este tipo de créditos es similar a la de aquellos que la Ley califica con privilegio especial. Esta disposición rompe el principio de unidad de disciplina y de sistema contenido en la exposición de motivos de la LEC, al permitir al titular del crédito con privilegio marítimo o aéreo que se favorezca con un derecho de separación. En consecuencia, la Disposición Final novena de la L.C. modifica la Ley de Hipoteca Naval añadiendo un nuevo párrafo al art. 31 de la misma que dice así:

“Por excepción, si en caso de concurso no se hubiera ejercitado el derecho de separación del buque, conforme a lo previsto en la L.C., la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo establecido en ella.”

La L.C. ha respetado la legislación específica aplicable a las entidades de crédito, a las aseguradoras y a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de compensación de valores o instrumentos financieros derivados, por estar impuesta por el Derecho de la Unión Europea. La L.C. se aplicará en esta materia sólo en defecto de normas especiales.

La L.C. también ha respetado el principio de irretroactividad en el Derecho Transitorio, con la excepción de hacer posible la aplicación de las normas sobre conclusión del concurso a los procedimientos que se encuentren en trámite y también con la excepción de permitir la aplicación a dichos procedimientos, del régimen más flexible de propuesta de convenio y adhesiones.

Hasta la implantación de los Juzgados de lo Mercantil se admitía transitoriamente la competencia de los Juzgados de Primera Instancia.

3. LA LEY CONCURSAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Según la Exposición de Motivos de la nueva ley, los preceptos procesales de la misma pretenden reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación y es que, aún reconociendo el protagonismo fundamental de los mercantilistas, es indudable que el concurso, como procedimiento judicial para solucionar las situaciones de insolvencia, es una institución procesal. En la práctica son abundantes los problemas estrictamente procesales que se presentan cuya resolución requiere interpretarlos con criterios procesales. La Ley Concursal ha reconocido las cuestiones que ya estaban resueltas en la legislación procesal común que es aplicable con carácter supletorio (Disposición Final Quinta).

El concurso es un proceso de ejecución universal de los bienes del deudor, con un marcado paralelismo con el proceso de ejecución singular de la LEC. Frente a la ejecución singular que pretende la efectividad de obligaciones sobre bienes concretos del patrimonio del deudor, y que se basa en el principio de prioridad (prior in tempore potior in iure), en la ejecución universal, la totalidad de los acreedores busca la satisfacción de sus créditos con todo el patrimonio del deudor, según un procedimiento consistente en el principio de comunidad de pérdidas y de trato igual de los créditos que sean de la misma categoría (par condicio creditorum).

Aunque la finalidad fundamental del concurso es la satisfacción de los acreedores, la preferencia del convenio concursal sobre la liquidación, no desvirtúa la indicada finalidad fundamental aunque ésta resulta más evidente cuando la solución alcanzada sea la de liquidación y no la de convenio. Las peculiaridades propias del concurso resultan de los dos principios que lo inspiran: la universalidad de la ejecución y la comunidad de pérdidas.

Tanto la ejecución singular (art.517 LEC) como la concursal (art. 3 L.C.) se inician a instancia de parte. En el proceso de ejecución singular, normalmente es el acreedor quien la insta aunque también es posible que la inste quien aparece en la sentencia como deudor condenado (STS de 15.2.1989 R.J.968). En el concurso, tanto el acreedor como el deudor pueden instar el concurso (art. 22.1. L.C.) y asimismo el órgano de administración y los socios responsables de las deudas sociales (art.3 L.C.), pero en ningún caso puede el juez declarar el concurso de oficio, aunque tenga conocimiento de la situación de insolvencia del deudor. Tanto la ejecución singular, como la declaración de concurso requieren un título para poder instarla:

1. En la ejecución singular, una vez instada, el juez examina la regularidad del título ejecutivo en que se base y si se dan los presupuestos procesales, dictará auto despachando la ejecución ya que el título aportado es un documento al que la ley reconoce el derecho a la ejecución y su existencia es condición necesaria y suficiente para el despacho de la ejecución, aunque no para obtener la efectiva tutela ejecutiva ya que, el deudor ejecutado puede oponerse invocando la inexistencia del derecho del acreedor.

2. En el concurso, se precisa la resolución judicial estimando la concurrencia de los preceptos legalmente exigidos (en especial la demostración de la insolvencia) para declarar al deudor en estado de concurso, una vez atendida la oposición que éste puede formular en caso de concurso necesario, ya que en tal caso la resolución judicial tiene carácter contradictorio requiriendo la audiencia previa del deudor, lo cual es una novedad respecto a la quiebra tradicional en que ésta se declaraba "inaudita parte debitoris".

En definitiva, en el concurso necesario en el que debe darse la posibilidad al deudor para que se oponga, el título ejecutivo es el auto de declaración y las medidas cautelares que el juez haya podido acordar al admitir a trámite la solicitud de declaración de concurso, no suponen una ejecución despachada. La admisión de la oposición del deudor a la solicitud de concurso necesario parece exagerada cuando la insolvencia del deudor consta probada, por la concurrencia de los presupuestos objetivos del art. 2.4 L.C. Las razones de interés público que podían justificar la permisión de la oposición a la declaración "inaudita parte debitoris" han quedado un tanto mermadas al haber desaparecido la inhabilitación del deudor (limitada ahora a los supuestos de concurso declarado culpable).

El respeto al principio de contradicción y la necesidad de adoptar medidas que aseguren la permanencia de su patrimonio, ha motivado que la ley admita medidas de carácter cautelar (art. 17 L.C.) hasta que se ratifiquen en el auto de declaración del concurso (art. 21.1.4º L.C.)

Al ser declarado el deudor en estado de concurso, el auto de declaración de concurso es el título de la ejecución concursal en que se basarán las medidas ejecutivas que se puedan adoptar a lo largo del concurso y que tienen paralelismos con las de ejecución singular:

1. En la ejecución singular se afectan los bienes del deudor de una manera expresa en virtud de su embargo que se fundamenta en una resolución judicial (art. 553.1.4º LEC) y cuya amplitud está limitada por el principio de suficiencia (art. 584 LEC). También en la ejecución singular, se regula la

tercería de dominio, para excluir de la ejecución los bienes ajenos al deudor que se encuentren en su posesión, y las acciones revocatoria y subrogatoria para reintegrar al patrimonio del deudor, bienes que salieron de él en perjuicio de acreedores. Asimismo se establece, en la tercería de mejor derecho, por la que un tercero afirma la preferencia de su crédito sobre el crédito del ejecutante que ha instado el proceso de ejecución singular y la sentencia que se dicte, resolverá la situación del tercerista y su participación en los costes de la ejecución y el orden en que han de ser satisfechos los respectivos créditos singulares (art.620 LEC).

,

2. En el concurso, el paralelismo con lo regulado para la ejecución singular consiste en que la afección de bienes es inherente al auto judicial de declaración de concurso y tiene el carácter de universalidad (art. 76.1 L.C.) excluidos los bienes inembargables del art. 605 y stes. de la LEC, según reconoce el art. 76.2 L.C.

En el concurso, las acciones de separación de los bienes de propiedad ajena se contemplan en el art. 80 L.C. y la reintegración en el art. 71 y stes. de la L.C. y las normas de clasificación de créditos en el art. 89 y stes. de la L.C. y el orden de pago a los acreedores en el art. 154 y stes. de la L.C.

La realización forzosa de los bienes en el caso de la liquidación del concurso por no haberse logrado el convenio o por haberse incumplido, se realiza según normas específicas (art. 148 L.C. referente al plan de liquidación) incluyendo con carácter supletorio las normas previstas en el procedimiento de apremio de la LEC (art. 634 y stes.).

El principio de universalidad al que se ha hecho referencia, afecta tanto a la masa pasiva (créditos a satisfacer) como a la masa activa formada por los bienes del deudor y que integran su patrimonio (art. 76.1 L.C.), incluidos los bienes que se reintegren o que adquiera y con los que responde de las obligaciones, pero en la masa pasiva quedan excluidos los créditos que tienen reconocido su derecho de ejecución separada, así como desaparecen de la masa activa los bienes para los que está prevista dicha ejecución separada. (buques y aeronaves, art. 76.3. L.C.)

La delimitación de la masa activa requiere dos tipos de operaciones de naturaleza estrictamente procesal que tienen su paralelismo con las que se efectúan en la ejecución singular: la separación de los bienes que hallándose en poder del deudor no pueden ser objeto de ejecución por no pertenecer al deudor y la reintegración de los bienes que salieron indebidamente del patrimonio del deudor.

Aunque el art. 1911 C.c. se refiere a que el deudor responderá del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, los bienes futuros no pueden afectarse por una ejecución concursal actual según establece el art. 588.1 LEC que sanciona con la nulidad el embargo de bienes y derechos cuya efectiva existencia actual no consta, pero, a medida que los bienes futuros se incorporen al patrimonio del deudor irán formando parte de la masa activa. Los derechos hereditarios que correspondan al deudor pueden formar parte de la masa activa, condicionados a su ingreso efectivo en el patrimonio del deudor.

Al igual que en la ejecución singular, los bienes en poder del deudor que pueden afectarse por la ejecución concursal deben tener las siguientes características:

a) subjetiva, o sea pertenecer al deudor,

b) objetiva: tener contenido patrimonial, ser alienables y embargables (recordando la inembargabilidad establecida en los art. 605 y stes. de la LEC.

La razón de la inembargabilidad establecida en el art. 606 LEC, (mobiliario, menaje de la casa, ropas no superfluas, alimentos, combustible, libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, etc…) encuentra su fundamento en que el derecho a la ejecución ha de tener un límite para que se garantice el mantenimiento de un mínimo vital del deudor protegido de la acción ejecutiva para que el deudor tenga la posibilidad de mantener una existencia digna (STC 113/1989 de 22 de Junio). La afección, contraria al art. 606 LEC, de los bienes que constituyen el marco intangible de los bienes del deudor es nula de pleno derecho según el art. 609 LEC.

La determinación de la pertenencia de un bien al concursado se efectúa como en el caso de la ejecución singular, según el art. 593.1 LEC, en el capítulo dedicado al embargo de bienes, por indicios y signos externos, pero en el caso de la ejecución singular y si el tribunal tiene motivos racionales de que pertenece a un tercero, se comunicará a éste la eminencia de la traba mientras que en el caso de concurso, no existe juicio previo de pertenencia del bien para proceder a su embargo sino que éste tiene lugar en virtud de la declaración de concurso que comporta la afección de todos los bienes atribuidos al deudor, sin necesidad de un acto formal.

El juicio de pertenencia, posterior a la declaración de concurso, no se realiza ante el juez sino que la propia administración concursal está facultada para entregar el bien ajeno directamente a su dueño, a solicitud de éste, sin

necesidad de reconocimiento previo del derecho por la junta de acreedores, como era preciso en la legislación anterior según el art. 908 del C.Co. de 1885.

La decisión de la administración concursal de no acceder a la separación del bien de la masa activa, faculta a su pretendido dueño, a solicitar el alzamiento de la afección, pero no por el cauce de la tercería de dominio, sino por la vía del incidente concursal (art. 80.2 L.C.).

La antigua retroacción establecida para la quiebra, para recuperar los bienes enajenados con perjuicio para la masa activa, afectaba a cuantos actos de dominio se hubieran realizado en el período anterior a la declaración de quiebra, cuya duración determinaba el juez, y que eran nulos (art. 878,II del C.Co.1885).

Con la nueva ley, el tiempo al que puede remontarse la reintegración, es el del período "sospechoso" en el que pudieran haberse producido actos perjudiciales, que se establece para todos los concursos en dos años, permitiéndose, sin embargo, la posibilidad de ejercitar otras acciones de impugnación conforme a Derecho, relativa a los actos del deudor que puedan ser perjudiciales para los acreedores, para las cuales no se fija tope temporal alguno (art. 71.6 LC.).

La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias de reintegración a la masa activa, así como las demás acciones de impugnación corresponderá a la administración concursal, pero los acreedores pueden instar a ésta, por escrito, el ejercicio de acciones de rescisión de actos concretos y si la administración concursal no actúa en el curso de los dos meses siguientes (art. 72 L.C), los acreedores, legitimados subsidiarios, podrán ejercitarlas, con los gastos y costas a su cargo, aunque si su demanda es estimada total o parcialmente, tendrán derecho a reembolsarse hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, con cargo a la masa activa (art. 54.4.L.C.).

Para alcanzar el objetivo de lograr que los créditos concursales sean satisfechos de un modo proporcional y equitativo (sin más preferencias que las reconocidas por la ley) es preciso privar a los acreedores de los derechos que les corresponden individualmente, sustituyendo sus acciones independientes por una conjunta.

A tal fin, se constituye la masa pasiva o de acreedores del concurso (art. 49 L:C.) manteniendo paralizadas las reclamaciones contra el concursado en su

fase de ejecución y sin que puedan iniciarse otras ejecuciones singulares, judiciales, administrativas, ni tributarias, aunque podrán continuarse los procedimientos de ejecución en los que se hubieran embargado bienes del concurso con anterioridad a la fecha de declaración del mismo, siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la actividad del deudor (art. 55.1 L.C.)

La integración de los bienes a la masa activa tiene como excepción la integración de los bienes para los que se efectúa la ejecución separada: las ejecuciones de garantías reales y las de créditos laborales (art. 32 del Estatuto de los Trabajadores).

Gozan también de ejecución separada los créditos con privilegios sobre buques o aeronaves (art. 76.3 L.C.), que permitirán a los acreedores correspondientes 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. Si de la ejecución resultara remanente a favor del concursado se integrará en la masa activa." (art.76.3. L.C.).

Las retenciones tributarias y de Seguridad Social que tenían la consideración de depósito en el Reglamento General de Recaudación y que por tanto podían ser separadas de la masa activa, en la nueva Ley Concursal, tienen ahora la consideración de créditos con preferencia general.

Las ejecuciones con garantías reales, gozan de ejecución separada, siempre que:

a) la garantía recaiga sobre bienes no afectos a la actividad empresarial.

b) se haya iniciado la ejecución antes de la declaración de concurso y al producirse ésta, ya estuviesen publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y siempre que la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad del deudor. Parecería lógico considerar que es improbable que el concursado haya mantenido su propiedad sobre bienes no necesarios para su actividad pues, ante su situación de insolvencia, habrá procurado venderlos para mejorar su liquidez.

c) el concursado sea tercer poseedor del bien objeto de garantía, o sea cuando el concursado haya adquirido un bien embargado antes de que se vendiera en una subasta, por lo que el bien responde de la deuda, si bien ésta no es del concursado (art. 662 LEC).

La posibilidad de ejecución separada del crédito con garantía real, en los demás casos, no es que desaparezca, pero se ve afectada por la obligatoria espera hasta que se apruebe un convenio, cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho de ejecución separada o hasta que transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56.1. L.C.).Evidentemente, esta espera es un perjuicio para el acreedor con garantía real pero la Exposición de Motivos de la L.C la justifica en aras de dar la mayor satisfacción general posible, a la solución al estado de insolvencia.

Hemos visto la prohibición de iniciar acciones singulares por parte de los acreedores, una vez iniciado el concurso pero, las que ya estuviesen iniciadas, se someterán al juez del concurso quien, a instancia de parte decidirá sobre su continuación en tramitación en pieza separada, por el cauce del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda, sin que se suspendan las actuaciones por razón de las vicisitudes del procedimiento concursal.

La administración concursal está facultada para optar por atender, con cargo a la masa, el pago de los créditos con privilegio especial, si los bienes afectados son considerados necesarios para la prosecución de la actividad del concursado (art. 155.2 L.C. en relación con el art. 56.3 L.C.).

Las ejecuciones administrativas en las que se haya dictado providencia de apremio antes de la fecha de declaración del concurso, podrán proseguirse separadamente, si los bienes objeto de embargo no resultan necesarios para la continuación de la actividad del concursado (art. 55.1.II L.C.) pero si la declaración del concurso es anterior a la providencia de apremio, la acción de la Hacienda quedará en suspenso, con la calificación concursal de su crédito que le corresponda (art. 55.2. L.C.).

Los trámites de ejecución que pueden proseguirse, requieren que la fecha de la providencia de apremio del procedimiento administrativo sea anterior a la fecha de la declaración de concurso, cuando en la Ley General Tributaria (art. 129.3 a) y b) de la Ley 230/1963 de 28 de Diciembre, derogada por la Disposición Derogatoria única de la Ley 58/2003 de 17 de Diciembre) la fecha de referencia no era la de la providencia de apremio, sino la de realización del embargo frente a la de declaración de quiebra.

También las ejecuciones laborales por las que se hubieran embargado bienes del concursado podrán proseguirse separadamente, salvo que, al igual que en las ejecuciones administrativas, los bienes embargados fuesen necesarios para

la continuidad de la actividad del deudor (mismo art. 55.1.II L.C. citado anteriormente), norma coincidente en su contenido con el art. 32.5 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo.

Los bienes afectos a créditos que pueden ser ejecutados separadamente (sobre buques o aeronaves, como hemos visto) deben separarse de la masa activa (art. 76.3.L.C.) y también deben separarse de la masa pasiva los créditos en cuestión.

No se integrarán en la masa pasiva los créditos en que estén directamente obligadas terceras personas, como es el caso de concursado casado en algún régimen de comunidad de bienes, en cuyo caso los créditos contra el cónyuge del concursado no se integran en la masa pasiva (art. 84.1 L.C.) Tampoco se incluye en la masa pasiva el crédito contra un bien del que el concursado es tercer poseedor y que es un crédito que no pesa sobre el concursado porque éste adquirió el bien estando embargado. El carácter privilegiado de un crédito no fundamenta por sí el derecho de ejecución separada y su titular, si no asiste a la junta de acreedores o, si asistiendo a la misma no vota a favor del convenio, no queda obligado por éste, manteniendo el carácter preferente de su crédito.

CAPITULO III
PRESUPUESTOS DEL CONCURSO Y MEDIOS PARA EVITARLO Y PARA GARANTIZARLO

1. CIRCUNSTANCIAS OBJETIVA S DETERMINANTES DE LA SITUACIÓN CONCURSAL.

Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y en tal caso procede la declaración de concurso (art. 2.2 y 2.1 L.C.)

Debe hacerse hincapié en el término "regularmente", que se refiere tanto a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones exigibles de pago del deudor, como a que los medios utilizados para dichos pagos sean de procedencia regular, pues si resultan de una liquidación apresurada y ruinosa de su patrimonio, el deudor debe considerarse insolvente.

Veamos con mayor detalle las formas indicadas de interpretación de la expresión "regularmente", que no son excluyentes entre sí:

a) El cumplimiento regular debe referirse a las condiciones de modo y tiempo fijadas en la obligación [15]

b) El cumplimiento regular debe efectuarse sin perjuicio de la masa activa, pues en caso contrario, el acto perjudicial sería rescindible. Ayuda a comprender qué pagos son regulares el art. 71.5. L.C. que establece que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor, realizados en condiciones normales.

c) El cumplimiento regular es el realizado con los medios ordinarios o regulares con que cuente el deudor. Quien no puede cumplir sus obligaciones con sus medios ordinarios es insolvente. La función del concurso de acreedores es permitir que el deudor organice su activo y su pasivo, sin verse obligado a una liquidación de patrimonio, o a un pacto con un acreedor, para satisfacer su obligación con él.

Otra consideración sería establecer que el pago es regular o irregular si, para poder efectuarlo, el deudor ha liquidado bienes que son innecesarios o necesarios para la actividad empresarial.

[15] Beltrán, E *"La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones"*, Anuario de Derecho Concursal, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra) 2007, Tomo 11, pag 47: "…no es posible identificar los conceptos de *regularidad* y de *puntualidad* en el cumplimiento de las obligaciones, porque la insolvencia inminente es definida como la posibilidad de cumplir regular y puntualmente, mientras que la insolvencia actual atiende únicamente al elemento de la regularidad, prescindiendo de la puntualidad."

La insolvencia inminente es la fase inmediatamente anterior a la de insolvencia actual, en la que el deudor cumple sus obligaciones corrientes pero prevé que no podrá cumplirlas en un futuro inmediato.

La tardía presentación de la solicitud de concurso empeora generalmente la situación de la empresa en crisis ([16] [17] y [18]), por lo que, el legislador ha impuesto al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o hubiera debido conocer su estado de insolvencia actual (art. 5.1.L.C.) evidenciada por el cumplimiento de los presupuestos objetivos que se citan en el art. 2.4.L.C.

El incumplimiento de este deber implica consecuencias para el deudor, ya que le queda prohibida la presentación de propuesta anticipada de convenio (art. 105.1.6º L.C.) y, a su vez, se presume la existencia de dolo o culpa grave en el concurso (art. 165.1.L.C.) y si finalmente el concurso es declarado culpable, la sentencia que así lo declare, determinará las consecuencias que tal calificación implica para el concursado o para los administradores de la mercantil concursada (art. 172.2.L.C.)

Si la insolvencia del deudor es inminente, y no actual, el deudor puede igualmente solicitar la declaración de concurso pudiendo presentar propuesta anticipada de convenio. Mientras la insolvencia sea inminente, ningún acreedor podrá aducir que se ha producido el presupuesto objetivo de concurso, que aparece en el art. 2.4 L.C., y por tanto no podrá presentar solicitud de concurso necesario.

CASO PARTICULAR A CONSIDERAR

Por otra parte, no siempre la pronta declaración de concurso mejorará las perspectivas de cobro de los acreedores. Así, supongamos una empresa que

[16] Fernández Ballesteros, M.A., en *"Derecho Copncursal Práctico"* obra citada en la nota de piéde página nº3 pag 38, sin embargo se dice: "…el solo hecho de cumplir con el deber del art.5.1.L.C. puede hacer definitivamente inviable una empresa que tal vez sólo atravesaba momentos desfavorables."

[17] Nigro, A. en *"Los problemas fundamentales del Derecho Concursal"* en la página 352 y 353 del libro *"La reforma de la legislación concursal" de Rojo, A. dice así:*
"El hecho es que anticipar la intervención del juez al momento del arranque del procedimiento…como manera de dar "cobertura judicial" desde el principio, al intento de solución de la crisis y su consecución…tiene un preciso e importante aspecto negativo: esta intervención anticipada añade rigidez a la situación y a las posiciones, difunde la noticia del peligro de fracaso y, por ello mismo ,supone transformar el peligro en realidad."

[18] Cordón Moreno,F.: "*Comentarios a la Ley Concursal*", Edición 2004, pag 729. escribe Valpuesta Gataminza, E "Incentivar al acreedor a que inste el concurso nos resulta peligroso: ciertamente la empresa será insolvente, pero quizás se salve si le damos una cierta confianza, en vez de pedir el concurso, para que al menos una parte de nuestro crédito sea preferente"

por disponer de una tesorería muy escasa se halla en estado de insolvencia por darse los presupuestos objetivos del art.2.4 apartados 1º, 2º y 4º de la L.C. pero que dispone de unas existencias inmensas de productos terminados, listos para su venta. Dicha empresa, dados los indicados presupuestos objetivos, tiene el deber de solicitar declaración de concurso según el art. 5.2 de la L.C.

Pero la empresa en cuestión, con el deseo de obtener liquidez, querrá forzar ventas de los productos terminados que tiene en almacén, pero esto puede no ser posible porque el mercado sólo demanda sus productos cuando los precisa para su utilización y, ningún cliente quiere comprar sus productos, ni aún a precio reducido, si tiene que almacenarlos temporalmente hasta que pueda utilizarlos, con el riesgo de no precisarlos nunca.

La verdadera solución para dicha empresa consiste en conseguir un crédito a medio plazo, que le permitirá pagar las deudas vencidas e ir pagando puntualmente los vencimientos futuros inmediatos y, cuando el crédito venza, las ventas de productos almacenados le habrán facilitado tesorería para atender a su amortización, pero es de temer que el préstamo le sea denegado, dada la situación de insolvencia de la empresa.

Ante esta situación la hipotética empresa puede reducir su actividad industrial, reduciendo drásticamente sus compras de materias primas y procurando agotar las existencias de materias primas, y lentamente podrá ir pagando sus deudas, más o menos irregularmente hasta llegar incluso a cancelarlas totalmente, a medida que a ritmo lento vaya vendiendo los productos terminados que tiene en existencia. Es decir, habrá habido una espera, posiblemente de un año y por tanto más breve que la espera que normalmente se establece en los convenios concursales y no habrá habido quita.

Si, por el contrario, el deudor en crisis solicita la declaración de concurso, la administración concursal no tendrá mejor forma de atender a los acreedores que ir procediendo a la venta de los productos terminados para disponer de tesorería, como hubiera hecho el concursado, con la particularidad de que, la declaración de concurso representa un coste muy elevado e implica pérdida de confianza tanto de proveedores como de clientes.

En otras palabras el “modus operandi” de la empresa para pagar a los acreedores será el mismo, si se mantiene en situación de crisis, que si solicita declaración de concurso de acreedores: la venta de sus productos terminados y, en el caso de solicitar la declaración de concurso, ésta no habrá aportado

mayor seguridad de cobro a los acreedores, ni mayor rapidez en su satisfacción y la administración concursal en poco o en nada habrá mejorado la situación.

Si finalmente son los acreedores quienes solicitan la declaración de concurso necesario de la referida empresa en crisis, por darse el presupuesto objetivo del art. 2.4 de la L.C., el deudor podrá oponerse a dicha declaración de concurso basándose en que aunque su tesorería es escasa, no es insolvente por disponer de unas inmensas existencias de productos terminados, acreditándolo contablemente con los libros que aporte a la vista (art. 18,19 y 20 de la L.C.) y con la prueba de existencias de productos terminados pudiendo atestiguar que son de primera calidad.

Está por ver, si en el caso que planteamos, el deudor tendría posibilidad de consignar el importe del crédito o créditos del acreedor o acreedores que hubieran instado, en su caso, la declaración de concurso necesario para invalidarla.

En otras palabras, el cumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso voluntario, en el caso concreto del supuesto considerado en el que, el deudor dispone de enormes existencias de productos terminados, resulta estéril y doloroso.

2. SOLUCIONES PRECONCURSALES

A) LA INTERVENCIÓN PARACONCURSAL

REFERENCIA A LAS RECONVERSIONES INDUSTRIALES

La intervención paraconcursal ha proporcionado, en el pasado reciente, soluciones equiparables a las de los procedimientos concursales introduciendo la intervención de la Administración del Estado en la gestión de los directivos responsables de las empresas, estableciendo planes de reestructuración y saneamiento, con la diferencia sustancial respecto al concurso de que fué el organismo supervisor estatal quien actuó en defensa del interés protegido de la industria y de sus acreedores y no dichos acreedores, quienes, en la solución concursal, con su eventual aprobación del convenio, deciden sobre la continuación de las actividades de la concursada o sobre su liquidación.

La política de reconversión industrial supuso el ejercicio por el Estado de su poder de dirección del proceso económico en un ámbito concreto de la realidad económica. Ciertos sectores productivos en crisis precisaban su saneamiento, y posterior reestructuración. Tales objetivos superaban el ámbito de las empresas afectadas, al repercutir en el sistema económico del país.

La Administración ejercida por el Estado actuó en dos vertientes.

a) procediendo a la ordenación sectorial de los sectores declarados en reconversión,
b) actuando como ejecutora de la legislación encaminada a dicha ordenación, es decir conviertiéndose la Administración en sujeto activo.

Dicha administrativización en el Derecho Paraconcursal busca un tratamiento específico para las empresas en situaciones delicadas, especialmente si se encuentran sujetas a supervisión especial de ciertos organismos públicos. La legislación especial concede la intervención de la Administración competente, para que pueda actuar en situaciones de crisis empresariales inminentes, estableciendo unos objetivos concretos, encauzando la actividad de los diferentes sectores en reconversión, previamente determinados.

Así los planes de reconversión aplicados a sectores industriales o grupos de empresas tuvieron la finalidad de recuperar su estabilidad, para lo que se concedieron avales de las entidades de crédito (Real Decreto 2001/1984 de 24 de Octubre modificado por el Real Decreto 1470/1988 de 2 de Diciembre), beneficios de las prestaciones de los fondos de garantía a favor de quienes

pudieran resultar perjudicados por el impago, en virtud de la declaración de la Administración encargada de la supervisión de los sectores industriales a los que alcanzaba la reconversión (art. 8 RD 2606/1966 y 77 de la Ley 24/1988 de 28 de Julio.)

La intervención pública reseñada debió adecuarse a las previsiones de los Tratados constitutivos de la Unión Europea y concretamente a los principios de concurrencia y de competencia leal que se establecen en el Derecho comunitario en relación a las ayudas estatales a las empresas.

Así, el art. 92.1 del Tratado de la Unión Europea establece como principio rector la prohibición de las ayudas estatales que falseen la competencia condicionando los libres intercambios comerciales. Sin embargo, la regla general de incompatibilidad de las ayudas financieras estatales con el Mercado Común queda ampliamente atemperada por las excepciones previstas en el apartado tercero del mismo precepto, especialmente si atendemos al amplio margen de discrecionalidad que posibilitan los supuestos c) y d)[19]

Por lo tanto, más que de una prohibición taxativa de ayudas estatales, de lo que debe hablarse, sobre todo si atendemos a los órganos comunitarios de los artículos 92 y 93 del Tratado de la Unión Europea, es de una traslación de las decisiones de los órganos estatales a los de naturaleza supraestatal.[20]. Las políticas estatales de ayudas deben ser evaluadas desde un punto de vista comunitario evitando políticas nacionales contradictorias y deben conducir a la viabilidad de la empresa y no sólo a mantener una situación deteriorada. Estas ayudas debieron limitarse a las empresas que realmente las necesitaban, limitándolas en el tiempo.

Las técnicas empleadas en la reconversión no fueron sustancialmente distintas de las previstas en todo proceso concursal y se adoptaron extrajudicialmente por el "imperium" del Órgano Administrativo supervisor. Se imponen medidas de control, tales como la prohibición de la disposición de bienes determinados, la imposición de un plan de saneamiento aprobado por la DGS y de un plan de financiación a corto plazo que también debe ser aprobado por la Administración, la subordinación a autorización administrativa de la

[19] El artículo 92.3 del Tratado CEE, establece que "podrán considerarse compatibles en el mercado común: c) las ayudas destinada a facilitar el desarrollo de actividades concretas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al *interés común* y d) los demás tipos de ayuda que determine el Consejo por decisión adoptada por mayoría calificada, a propuesta de la Comisión."

[20] Fernández Farreres G. "*Tratado de Derecho Comunitario*", Tomo II pag 620 se expresa en el mismo sentido, en "El control de las ayudas financieras".

realización de ciertos actos de gestión y la intervención de la Administración en la vida interna de la entidad.

La Administración, al igual que la administración concursal, tiene potestades de vigilancia y de corrección con el fin de proteger el interés público en presencia. Pero además, las empresas a reconvertir tienen un deber de información, sobre sus actividades.

La Comisión de la Unión Europea ha elaborado una directriz no vinculante, aplicable desde 2004 a 2009 e inspirada en las directrices anteriores, basada en la filosofía general de reducir las ayudas estatales, reorientándolas hacia objetivos de interés común, recordando que el salvamento por el Estado de una empresa en crisis no puede ser habitual ya que contribuye a falsear la competencia. Se mantiene por tanto el principio general de la prohibición de las ayuda estatales establecidoo en el Tratado de la Unión Europea y la excepción a tal prohibición sólo es posible cuando se trate de una ayuda única, debiendo evitarse las ayudas reiteradas de salvamento y reestructuración para mantener artificialmente en activo a empresas en crisis.

Las ayudas se clasifican en ayudas de salvamento y ayudas de reestructuración. La ayuda de salvamento tiene carácter excepcional y está destinada a mantener la actividad de la empresa durante un período de tiempo limitado por lo que es transitoria. La ayuda de reestructuración plantea problemas en cuanto a la competencia por lo que las ayudas de reestructuración sólo pueden autorizarse cuando se demuestre que su concesión no es contraria al interés comunitario. Además el beneficiario debe contribuir sustancialmente a la reestructuración demostrando con ello que cree en la viabilidad del proyecto.

La Comisión de la Unión Europea considera que una empresa está en crisis cuando es incapaz de enjugar pérdidas mediante sus propios recursos financieros o con los que quieran aportar sus accionistas que la conducirán, de no mediar una intervención exterior, a su desaparición económica a corto o medio plazo. Considera que una empresa está en crisis, cuando está en las condiciones en que según el Derecho interno del Estado en que se encuentre, procede la declaración de concurso.

La concesión de ayudas estatales de salvamento o de reestructuración sólo es legítima en caso de necesidades de política social o regional.

ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE EMPRESAS EMBARGADAS.

Es oportuno comentar por su proximidad conceptual con las administraciones concursales, que la LEC en los art. 630 al 633 regula la administración judicial de aquellas empresas que hayan sido embargadas o de aquellas sociedades en que se hayan embargado acciones o participaciones que representen la mayoría del capital. Asimismo podrá constituirse una administración judicial para la garantía del embargo de frutos y rentas

La administración judicial (art. 632.1 LEC) "cuando sustituye a los administradores preexistentes y no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos, pero necesitará autorización judicial para enajenar o gravar participaciones en la empresa o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros que por su naturaleza o importancia el órgano judicial hubiera expresamente señalado."

La LEC en los artículos 676 al 680 regula "la administración para pago" del principal y concretamente el Art 676.1. dice así:

"En cualquier momento podrá el ejecutante pedir al tribunal que se le entreguen en administración todos o parte de los bienes embargados para aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de le ejecución."[21]

B) LOS CONVENIOS AMISTOSOS EXTRAJUDICIALES **22**

Independientemente y alternativamente al convenio entre acreedores y deudor aprobado por la junta de acreedores en el ámbito de la L.C., los acreedores y el deudor, al margen de toda intervención judicial, pueden llegar a una solución al conflicto de intereses en situaciones de crisis económicas del deudor común, firmando un acuerdo amistoso extrajudicial, sin recurrir al

[21] Fernández Ballesteros, M.A.. *"Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"* Tomo III, pag.3074 : "La gran novedad que se presenta en la LEC en esta materia es que esta medida aparece como una posibilidad común para obtener el cobro del crédito y no, como ocurría en la LEC de 1881, como una medida excepcional que estuviese condicionada a un pacto previo entre la partes o a que hubiese quedado desierta la segunda de las tres subastas que debían celebrarse. De cualquier manera debe decirse que era una medida escasamente utilizada por los acreedores, sin que creamos que la nueva regulación vaya a alterar este hecho."

[22] Pulgar Ezquerra, J *"Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: Riesgo para los intervinientes en un eventual concurso"* cuyo trabajo realizó la autora en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ2005/09251/C02/01) y tuvo su origen en una conferencia impartida en Roma, en la sede de la ASSOZIACIONE BANCARIA ITALIANA el día 26 de Enero 2006, en el marco de la celebración de un seminario internacional sobre la reforma del Derecho concursal europeo.

concurso judicial y ello al amparo de la autonomía de la voluntad reconocida en el art. 1255 del C.c. según el que "Los contratos pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público." Además el art. 1809 del C.c determina que "La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen termino al que había comenzado."

El art. 19 LEC establece el derecho de las partes para la disposición sobre el proceso y sobre sus pretensiones, con los límites de la prohibición legal, del interés general y del perjuicio de tercero, confirmando por tanto el contenido del art. 6.2 del C.c.

La opción del convenio amistoso, alcanzado en un ámbito desjudicializado de tratamiento de las crisis económicas, representa un ahorro de costes temporales, si bien tiene riesgos por no existir un control de legalidad y por no quedar paralizadas las acciones ejecutivas individuales de los acreedores no firmantes del acuerdo amistoso. Además, los acreedores que suscriban el convenio amistoso quedarán sometidos a la tramitación del concurso, si éste llega finalmente a declararse, si la vía amistosa de composición no llega a buen puerto.

En el derecho comparado europeo se manifiesta una progresiva tendencia a la desjudicialización del tratamiento de las crisis económicas, tratando de introducir medidas que reduzcan los riesgos de los acuerdos amistosos extrajudiciales.

No existe una regulación de los acuerdos amistosos de solución de crisis económicas en la L.C. española, si bien se percibe la influencia de la tendencia europea al respecto, al haber creado la propuesta anticipada de convenio, que abre la posibilidad de una solución concebida fuera del concurso que el deudor puede presentar a la vez que la solicitud de declaración de concurso y puesto que requiere el respaldo de acreedores que representen la quinta parte del pasivo, implica que ha habido acuerdos amistosos con los acreedores proponentes que apoyan la propuesta anticipada de convenio formulada por el deudor y cuya aprobación definitiva requerirá las adhesiones necesarias para alcanzar la mayoría legalmente exigida.

En cuanto al momento en que gestionar y alcanzar el acuerdo amistoso extrajudicial, hay que tener en cuenta lo siguiente:

1º El art. 5 L.C. establece el deber legal de solicitar la declaración de concurso voluntario, en el curso de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor hubiera conocido, o hubiera debido conocer, su estado de insolvencia actual. Por tanto, el deudor debe llegar al acuerdo amistoso extrajudicial antes de hallarse en estado de insolvencia actual, es decir cuando todavía está en estado de insolvencia inminente pues, de no hacerlo así, habrá incumplido el deber de solicitar el concurso. Si finalmente, por no alcanzar el acuerdo amistoso, hallándose en estado de insolvencia actual desde más de dos meses, presentase solicitud de concurso, no podría presentar propuesta anticipada de convenio por prohibirlo el art. 105.1.6º L.C., al haber incumplido su deber de presentar la solicitud de concurso en tiempo debido.

2º Además, el incumplimiento del deber de solicitar el concurso en el plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor hubiera conocido o hubiera debido conocer su insolvencia es presunción de dolo o culpa grave según el art. 165.1º L.C., lo que afectará a la calificación del concurso.

Si el deudor y los acreedores alcanzan la composición amistosa extrajudicial de la crisis, en virtud de dicho acuerdo amistoso, con sus quitas y esperas, habrá desaparecido la perspectiva de insolvencia y ningún acreedor ajeno al acuerdo podrá solicitar la declaración de concurso necesario, pues no se darán los hechos del art. 2.4 L.C., pero los acreedores ajenos al acuerdo podrán instar ejecuciones singulares, si disponen de títulos ejecutivos (LEC art. 517).

Si posteriormente, a pesar del acuerdo amistoso, vuelven a producirse los hechos del art. 2.4 L.C., los acreedores ajenos al acuerdo amistoso pueden solicitar la declaración de concurso necesario, con lo que el acuerdo amistoso pierde su validez ya que, declarado el concurso, éste debe desarrollarse en la forma prevista en la L.C.

Si se demostrara que el acuerdo amistoso tuvo lugar cuando el deudor estaba ya en estado de insolvencia actual desde tiempo superior a dos meses, y llegase a solicitarse la declaración de concurso por un acreedor, el concurso podrá calificarse como culpable por el incumplimiento del deber de solicitar el concurso voluntario.

Si se produce la declaración de concurso necesario, los acreedores participantes en el convenio amistoso pueden verse afectados por el ejercicio de acciones rescisorias concursales, en virtud del art. 71 L.C. y en consecuencia los actos realizados en relación con el intento de composición amistosa de la crisis económica (p.e. constitución de hipotecas que se consideren actos realizados en perjuicio de la masa) podrían ser rescindidos.

En otros modelos de Derecho comparado, tales rescisiones no resultan posibles, por cuanto los actos que pudieran haberse realizado, lo fueron en virtud de un acuerdo amistoso, pero en España no existe protección de los acuerdos amistosos extrajudiciales, al no existir regulación de tales acuerdos.

La propuesta de acuerdo amistoso extrajudicial se inicia por el deudor, o por sus acreedores, que actúan en base a su autonomía privada de regulación de intereses privados en el cobro de sus créditos. El convenio contiene, por tanto, declaraciones de voluntad que producen sus efectos entre quienes adopten el convenio en el marco de los negocios jurídicos de Derecho patrimonial, resultando un contrato plurilateral de contenido no asociativo, atípico, no disciplinado por la ley pero que, siendo reiterado en la práctica, tiene tipicidad social, apoyándose en el art. 1255 del C.C. Sus efectos son de modificación de relaciones jurídicas patrimoniales de naturaleza crediticia (novación modificativa), mediante quitas y/o esperas y eventual constitución de garantías a favor de los acreedores firmantes, cuyas garantías serán rescindidas en caso de que, a pesar de todos los esfuerzos, sea finalmente declarado el concurso.

En la L.C. la libertad de las partes en la redacción del convenio concursal se ve limitada, ya que las quitas no pueden ser superiores a la mitad del importe de los créditos y las esperas no superiores a los cinco años (salvo en casos extraordinarios como los reconocidos en el art. 100.1.II.L.C.). Además en la L.C. está prohibida la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos (art. 103.3 L.C.).

Para los convenios amistosos extrajudiciales, en cambio, no se aplican tales limitaciones precisamente por no estar regulados por la L.C. y tampoco existe clasificación de créditos, y todo ello es un incentivo para quienes tienen créditos que no serían calificados como preferentes, sino como créditos concursales ordinarios o incluso subordinados.

Asimismo en los acuerdos amistosos se admiten las cesiones de bienes en pago o para pago de deuda con fundamento en la autonomía de la voluntad (art. 1255 C.c.) y en el art. 1175 C.c. que permite al deudor ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas pudiendo pactarse que tal cesión libera al deudor de su deuda, aunque el líquido que obtengan los acreedores al enajenar dichos bienes que les han sido cedidos, no cubra la totalidad de la deuda[23] [24]. Tales cesiones de bienes en pago de deuda, en caso de declararse

[23] *Revista ACTUALIDAD CIVIL DEL 7 DE Octubre 1992, 173/1993*: La datio pro soluto es significativa de adjudicación del pago de deudas, que si bien carece de específica definición en el derecho sustantivo civil, se

finalmente el concurso, podrán ser rescindidas a instancia de la administración concursal.

El convenio amistoso puede contener medidas reorganizativas, contratos de financiación con alguno de los acreedores y la eventual cesión de bienes que pueda ser parte del convenio amistoso, debe ser de una parte de su patrimonio a favor de determinados acreedores, pero en tal caso, el deudor debe conservar la solvencia suficiente para atender a la satisfacción de los acreedores no participantes en el convenio amistoso, pues en caso contrario la cesión sería rescindible a instancia de los acreedores perjudicados, pudiendo ser la cesión constitutiva de un delito de alzamiento de bienes (art. 257 á 259 del C.P.).

Evidentemente, estando el deudor en situación económica crítica, será difícil que pueda hacer una cesión de bienes que le permita conservar la solvencia suficiente para atender a la satisfacción de los acreedores no participantes en el acuerdo amistoso extrajudicial.

En otras palabras, el deudor en situación crítica, que haga cesión de parte de su patrimonio en acuerdo amistoso extrajudicial, a determinados acreedores, está expuesto a que los otros acreedores insten la rescisión de la cesión porque, con toda probabilidad, el deudor no habrá podido conservar bienes suficientes para atender a la satisfacción de los créditos de sus acreedores restantes, que no habrán concedido quita alguna. Habría que asegurarse antes de acordar una cesión de bienes de que se mantienen bienes suficientes para satisfacer los créditos de los acreedores restantes.

---

trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor con el fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción de su crédito, actuando este crédito, con igual función que el precio en el contrato de compraventa, en cambio, en la datio pro solvendo, reveladora de adjudicación para pago de deudas, que tiene una específica regulación en el artículo 1175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por el cual el deudor propietario transmite la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación al pago de las deudas contraídas, sin extinción del crédito en su totalidad, pues el deudor sigue siéndolo respecto al adjudicatario en la parte de crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido de los bienes cedidos, toda vez que la adjudicación sólo libera de responsabilidad al deudor por el importe líquido de los bienes cedidos, como expresamente previene el meritado artículo 1175.

[24] Obsérvese que la L.C. 22/2003 de 9 de Julio DEROGÓ el art. 1920 del C.c. que decía así:
"No existiendo pacto expreso en contrario entre deudor y acreedores, conservarán éstos su derecho**, terminado el concur so,** para cobrar, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte de crédito no realizada."
Es comprensible que la L.C. haya derogado dicho artículo por cuanto ésta prohíbe (art. 100.3) la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, en el proceso concursal judicial, que es al que se refería el Artículo 1920, aunque tal cesión es admisible en un acuerdo amistoso extrajudicial.

Aunque las partes contratantes en el convenio amistoso tienen la libertad que les reconoce el art. 1255 del C.c., están sometidas a las normas generales sobre obligaciones y contratos (art. 1088 al 1314 del C.c. y art. 50 y stes. del C.Co.)

En los convenios judiciales, la propuesta de convenio, tanto si procede del deudor como si procede de los acreedores, se dirige al juez del concurso que debe decidir si la admite o no a trámite (art. 114.L.C.) pero en los acuerdos amistosos extrajudiciales, la propuesta, proceda de quien proceda, se dirige directamente a sus destinatarios.

Si la propuesta procede del deudor, se plantea como cuestión esencial, si debe dirigirse a todos los acreedores o sólo a los más significativos o exclusivamente a los acreedores financieros, dada la trascendencia que éstos tienen para mantener al deudor en situación operativa. Por el carácter atípico de los acuerdos amistosos extrajudiciales en el modelo español, y por cuanto para tal acuerdo no rige la “par condicio creditorum”, el deudor es libre, en virtud de la autonomía de su voluntad, para optar por dirigirse a todos los acreedores o a los más significativos o a los presumiblemente mejor dispuestos al arreglo y las negociaciones puede realizarlas con el fin de alcanzar acuerdos individuales o por grupos de acreedores. Por tanto, el contenido del acuerdo puede no ser uniforme para todos los acreedores participantes en el mismo, no condicionándose la validez del consentimiento individual de cada acreedor, a la aceptación de los demás acreedores a sus respectivos acuerdos. Legalmente dada la inexistencia de regulación, no existe posibilidad de que los acreedores disidentes o excluidos de la negociación se opongan a los acuerdos alcanzados, en tanto dichos acreedores disidentes o excluidos no se vean perjudicados por los acuerdos alcanzados, en cuyo caso, podrían pretender su rescisión judicial por causa de fraude según el art.1291.3 del C.c. que dice así:

“Serán rescindibles: … 3º Los (contratos) celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.”

El sistema colegiado propio de los convenios judiciales consiste en que la voluntad de todos los acreedores viene determinada por la aceptación del convenio por la mayoría, en la junta de acreedores, o previamente mediante adhesiones a la propuesta. En los acuerdos extrajudiciales no es de aplicación el acuerdo colegial por lo que, se suscita la cuestión de si se precisa la unanimidad en la aceptación del acuerdo amistoso extrajudicial. En los acuerdos amistosos extrajudiciales, para que éstos obliguen a todos los acreedores sería precisa la aceptación unánime de todos y de no obtenerse

ésta, el acuerdo vinculará a todos los aceptantes pero no a los disidentes, por lo que éstos quedan libres para ejercitar acciones ejecutivas individuales o para solicitar la declaración de concurso necesario si pueden acreditar que se dan las circunstancias especificadas en el art. 2.4 de la L.C.

El incumplimiento del acuerdo amistoso extrajudicial, sea por el deudor o por los acreedores se declarará mediante el ejercicio de una acción resolutoria. El incumplimiento del acuerdo amistoso no da lugar por sí solo a la declaración judicial de concurso ya que entre los requisitos necesarios para dicha declaración, no se contempla tal incumplimiento.

Los acreedores titulares de créditos de derecho público (Hacienda y SS) aparecen normalmente en todas las crisis porque, cuando la situación se hace insostenible, estos créditos son los primeros que dejan de atenderse. Parece razonable que estos acreedores, al margen de un procedimiento concursal judicial, acepten quitas o esperas, si se considera que el privilegio de tales créditos de derecho público alcanza en un concurso judicial ahora sólo el 50 % de su importe (art. 91.4.L.C.), y que las multas e intereses se clasifican como créditos subordinados (art. 92 L.C.). Estos inconvenientes pueden eludirse en el marco de un acuerdo amistoso extrajudicial, por cuya razón, éste es alcanzable.

En España, la posibilidad de acuerdos extrajudiciales con Hacienda, podría encontrar su fundamento en la Ley General Presupuestaria (L47/2003 de 26 de Noviembre) en cuyo art.7.3, refiriéndose a los límites que afectan los derechos de la Hacienda Pública Estatal, dice así:

“Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del Artículo 10 de esta Ley, no se podrá transigir judicial, ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública Estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de las mismas, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros previa audiencia de Estado en pleno.”

En situaciones de insolvencia inminente (preinsolvencia) el deudor puede acudir al mecanismo concursal solicitando la declaración del concurso en estado de insolvencia inminente (art. 2.3 L.C.), o bien optar por la desjudicialización de la prevención de su crisis económica por medio de los acuerdos amistosos. La decisión entre un procedimiento u otro se basará en consideraciones de coste y de valoración de la actitud de los acreedores ante la propuesta de un acuerdo amistoso.

Cuando la insolvencia del deudor es inminente (futura) y no actual, el deudor tiene libertad de prevenir un agravamiento de su situación económica:
a) a través de una solicitud prematura de un procedimiento concursal voluntario,
b) recurriendo al crédito, buscando nuevos mercados en nuevas zonas geográficas o nuevos mercados de utilización de sus productos o procediendo a una renovación de su capacidad productiva,
c) estableciendo acuerdos amistosos con sus acreedores con quitas y/o esperas

Los acuerdos amistosos extrajudiciales son válidos cuando se trata de insolvencia inminente. Pero también serán válidos en caso de insolvencia actual, si en virtud del acuerdo amistoso se ha obviado la insolvencia en virtud de las quitas y las esperas que se hayan acordado. No debe considerarse que los acreedores condonan parte de su crédito por razones de liberalidad, sino que la remisión la hacen los acreedores en su propio provecho al considerar que la quita es de menor importe que la pérdida que los acreedores con crédito ordinario o subordinado tendrían que soportar, en caso de concurso judicial.

El acuerdo amistoso tiene un efecto novatorio sobre las obligaciones afectadas por la quita y/o por la espera, pero tal efecto novatorio (en ambos casos sin la limitación del art. 100.1. L.C. porque se trata de un acuerdo amistoso y no de un convenio judicial) está condicionado al cumplimiento del acuerdo pues, en caso contrario, el incumplimiento conllevaría la resolución del acuerdo amistoso (C.c. Art 1124) y los acreedores podrían reclamar por la vía ejecutiva singular o solicitando la declaración de concurso necesario.

Si el acuerdo amistoso extrajudicial implica una exclusión convencional de la situación de insolvencia y por tanto desaparecen las manifestaciones externas, por razón de las quitas y/o esperas convenidas por las partes, cabe deducir que decaería no sólo la facultad de los acreedores de solicitar el concurso de su deudor, por haber quedado satisfecho (o renunciado) su crédito por lo que el concurso no tendría nada que tutelar. También decaería el deber del deudor de solicitar su concurso al desaparecer la insolvencia en la que se fundamenta dicho deber.

Resultaría contrario a la libertad de empresa reconocida constitucionalmente (art. 38 C.E.), obligarle a acudir a la vía concursal ante una situación de insolvencia inminente (futura).[25]

[25] Morillas, M.J, en *"Comentario de la Ley Concursal"* de Rojo,AEditorial Thomson Civitas, Primera edición de 2004, pag.238: "El ámbito objetivo del deber: Sólo si el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual existe como tal el deber de solicitar del juez la declaración de concurso. Si la insolvencia

No existen estadísticas sobre acuerdos extrajudiciales preventivos de insolvencias pero no sólo los acreedores ordinarios, sino también los privilegiados tienden a acuerdos amistosos extrajudiciales y ello debido a la publicidad del concurso judicial por insolvencia inminente que tiene el mismo régimen de publicidad que el concurso por insolvencia actual (art. 23 y 24 L.C.) lo que da lugar a una pérdida de crédito y dificulta adoptar soluciones conservativas para resolver la crisis.

Por el contrario, los acuerdos extrajudiciales tienen carácter de confidenciales entre las partes intervinientes y permiten mantener el crédito del deudor si bien, tal confidencialidad acabará siendo un secreto a voces.

El elevado coste de los procedimientos concursales y su lentitud permiten al deudor que presione a los acreedores a favor de negociar acuerdos extrajudiciales. Es indudable que el planteamiento de un acuerdo amistoso puede provocar que algún acreedor que lo rechace por considerar que le perjudica, se apresure a iniciar acciones ejecutivas singulares e incluso una solicitud de concurso necesario, si se dan los hechos del art. 2.4 para obtener el privilegio del acreedor instante (art. 91.6º L.C.), hasta la cuarta parte del importe de su crédito, si su crédito no tiene el carácter de subordinado.
Tal problema no se produce, si el tema del acuerdo amistoso, se plantea cuando la solvencia es inminente (por contraposición a la actual) en la que aún no se dan los hechos del art. 2.4.L.C., en los que fundar la solicitud de concurso necesario y además el deudor tiene la fuerza de advertir que puede solicitar la declaración de concurso voluntario, pues está facultado para ello incluso en la fase de insolvencia inminente y presentar con tal solicitud, una propuesta anticipada de convenio (con la adhesión de una quinta parte del crédito global de los acreedores) redactada a su gusto. Si finalmente el deudor opta por presentar dicha solicitud de concurso voluntario, las consecuencias no son sólo para los acreedores ordinarios, que cobrarán por la ley del dividendo, sino también para los acreedores privilegiados que, de momento, tienen las ejecuciones paralizadas y suspendido el devengo de intereses.

Si el deudor está ya en fase de insolvencia actual, incurre en el deber de solicitar su concurso voluntario, en el plazo legal de dos meses desde que conoció o hubiera debido conocer su estado de insolvencia (art. 5 L.C.) y los acreedores están facultados por su parte, para solicitar el concurso necesario del deudor, si la insolvencia se aprecia por la concurrencia de los hechos relacionados en el art. 2.4 L.C.

---

es inminente (cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones) sobre el deudor no pesa deber alguno"

En esta situación de insolvencia actual en la que tanto el deudor como los acreedores pueden optar por el concurso judicial o el acuerdo amistoso, si optan por el amistoso, los acreedores firmantes habrán renunciado implícitamente a su derecho a solicitar el concurso.

El acuerdo amistoso con la totalidad de los acreedores permitirá al deudor salir de su estado de insolvencia, si las quitas y esperas son de cuantía suficiente pero no se excluye que el deudor también pueda salir de su situación de insolvencia por medio de un acuerdo solo con algunos de los acreedores (los que tienen los créditos más importantes) que habrá favorecido a todos los acreedores, también a los disidentes que no han tenido que acceder a las quitas y a las esperas. Por otra parte, los acreedores disidentes no podrán solicitar la declaración de concurso necesario, aunque considerasen que les convenía, por cuanto no podrán alegar los hechos del art. 2.4. L.C.

Si el acuerdo amistoso con alguno de los acreedores no ha tenido efecto suficiente para que el deudor salga de su insolvencia, los disidentes a los que no se les satisfagan los créditos, estarán legitimados para instar el concurso necesario por estar el deudor inmerso en las circunstancias que especifica el art. 2.4.L.C.[26]

La proposición de un acuerdo amistoso efectuada al acreedor disidente, no es prueba de su insolvencia, pues la acreditación de la misma está sólo en los hechos del art. 2.4.L.C. por lo que al no ser prueba de insolvencia, no facultará al acreedor a solicitar la declaración de concurso

En la legislación anterior el acuerdo amistoso que se alcanzase tras la declaración de quiebra, con el fin de dar por concluido el proceso, fué considerado tradicionalmente como acto ilícito por razón del carácter de Derecho público que tenía la quiebra cuyo objetivo, no era sólo el interés de los acreedores, sino también el interés público de la seguridad del tráfico mercantil, impidiendo la validez del convenio amistoso extrajudicial.

El deudor en la L.C. tiene, tras la declaración de concurso, sus facultades intervenidas o suspendidas por lo que no está legitimado a acordar, por sí solo, nada con los acreedores y tampoco puede requerir de la administración concursal que le autorice a hacerlo, ya que la administración concursal no

[26] Uría R.*"Derecho Mercantil"*,Madrid 1962.Pag 720-721 "Un pacto orientado a hacer renunciar a los acreedores, en el marco de un acuerdo extrajudicial, a su derecho a instar la quiebra, que es un derecho de orden público, concedido no sólo en su interés, sino en el de toda la colectividad de acreedores sería ineficaz, no pudiendo impedir que dicha quiebra se declare a solicitud fundada de un acreedor"

puede actuar de forma distinta a la que le viene fijada en la L.C. en la que la única vía negocial prevista en el procedimiento es un convenio concursal alanzado según determina la L.C.

En la actual L.C. se regula la conclusión del concurso en el art. 176, que dice así:

"Causas de conclusión del concurso:

1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:
…
5º En cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos."

Los actos dispositivos de las partes dentro de un proceso en general, no parece puedan aplicarse al procedimiento concursal por la amplitud de las repercusiones sociales, económicas y laborales que conlleva un procedimiento concursal, pero el legislador se ha expresado en la forma del artículo transcrito. Hay que recordar el art. 6.2 C.c. en el que se especifica que la renuncia no debe perjudicar a terceros. La conclusión de un acuerdo amistoso de renuncia o desistimiento, efectuada por unanimidad de los acreedores debe ser en momento posterior a la fase común del concurso, según dice el artículo transcrito, cuando ya es firme la lista de acreedores que son los que han de renunciar o desistir pero, el acuerdo lo han de tomar los acreedores antes de que sea "firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento "(art. 176.1.2º L.C.)

El desistimiento y la renuncia por acuerdo extrajudicial no será posible una vez abierta la fase de liquidación en que se abrirá la sección de calificación del concurso (art. 163.1.2º L.C.) ya que la liquidación implica la exclusión de todo derecho de disposición de las partes.

El concurso judicial ofrece seguridad jurídica, pero está afecto a ciertas rigideces, ya que le afectan las limitaciones que aparecen en el art.100 L.C. (límites de las quitas y esperas salvo que se autoricen excepciones, prohibición de cesión de bienes y derechos a los creedores en pago o para pago de sus créditos) y su trámite lesiona el crédito del deudor en el tráfico comercial, como consecuencia de la publicidad del procedimiento (art.23 y 24 L.C.).

La negociación de acuerdos amistosos basados en la libertad contractual (art. 1255 C.c.) que no tiene más límites que el respeto a las leyes, a la moral y al orden público, puede efectuarse con carácter confidencial ya que el acuerdo no trasciende al tráfico mercantil y representa ahorro en el tiempo y dinero. Sin embargo, la negociación de un acuerdo amistoso, conlleva riesgos de inseguridad jurídica y resulta de difícil conclusión y cumplimiento, además de que, ni la iniciación, ni la conclusión del acuerdo amistoso paralizan las acciones ejecutivas individuales de los acreedores no firmantes del acuerdo amistoso, que pueden mutilar el patrimonio del deudor, entorpeciendo el alcance del acuerdo si todavía no ha tenido lugar.

El desarrollo del acuerdo amistoso carece de control judicial en cuanto al mantenimiento de la masa activa, no pudiendo recurrir a las acciones rescisorias de reintegración a la masa, de bienes del deudor que pudieran haber salido indebidamente de su patrimonio. En cuanto a la "par condicio creditorum" del convenio judicial (con las correspondientes clasificaciones de créditos y de su forma de pago) no se aplica al acuerdo amistoso, propiciándose el fraude o las soluciones no equitativas. La revelación por el deudor a sus acreedores de su situación económica, que puede ser de insolvencia inminente o incluso actual, puede producir una precipitación de acciones ejecutivas individuales o de la declaración de concurso necesario si se dan los hechos del art. 2.4. de la L.C., estimulada por los incentivos que establece la L.C. para el acreedor promotor de la solicitud de concurso necesario (art. 91.6 y 19.2 L.C.)

El tema en España, ha estado presente en los sucesivos proyectos frustrados de reforma concursal anteriores a la L.C. finalmente aprobada.

Así, en la exposición de motivos de la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal de 1979, el Colegio de Abogados de Barcelona hacía referencia a la necesidad de regulación de los convenios extrajudiciales entre el deudor y los acreedores para que tuvieran efecto en el ámbito del derecho privado.

El anteproyecto de Ley Concursal de 1983 declaraba nulos los pactos extrajudiciales que se acordasen, una vez admitida a trámite la declaración de concurso, pero respetaba los acuerdos amistosos anteriores, que eran válidos con eficacia entre los firmantes, sin previsión de homologación judicial en la que el acuerdo amistoso pudiera imponerse a los no firmantes.

En la propuesta de reforma de 1.995, el profesor Ángel Rojo, siguió el modelo francés de configuración de institutos intermedios entre judiciales y

extrajudiciales proponiendo un procedimiento preventivo para los deudores que todavía no habían incumplido sus obligaciones, que se tramitaba ante el registrador mercantil y ante el juez, correspondiendo a este último la homologación del acuerdo. Los acreedores no podían iniciar ejecuciones por deudas pendientes desde la publicación de la solicitud del acuerdo extrajudicial y las ejecuciones iniciadas quedaban pendientes.

Finalmente en la L.C. aprobada no se regula el marco de los acuerdos amistosos entre deudor y acreedores por lo que su licitud se ampara en el art. 1255 C.c., pero de todas formas la regulación de la propuesta anticipada de convenio es una concesión al acuerdo amistoso preconcursal pudiendo concebirse incluso ante de la solicitud de concurso, con el apoyo de la quinta parte de los créditos que pesan sobre el deudor, pero su contenido tiene las limitaciones del art. 100.1 y 100.3 L.C. El momento en que el deudor puede formular la propuesta anticipada de convenio es al solicitar el concurso voluntario o desde la declaración del necesario hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que el deudor no haya pedido la liquidación (art. 104.1 L.C.) y no esté afecto a las prohibiciones del art. 105 L.C. La propuesta anticipada de convenio representa un ahorro de tiempo pues su aplicación se consigue a través de las adhesiones individuales necesarias para conseguir la mayoría legal (art. 124 L.C.), obviándose la fase estricta de convenio por lo que se combinan las ventajes del convenio judicial y del extrajudicial.[27] La propuesta anticipada de convenio, al igual que los acuerdos extrajudiciales, se establece en base a la autonomía del deudor en la fase preconcursal y va dirigida a sus acreedores mejor dispuestos, cuya adhesión precisa para alcanzar el apoyo de la quinta parte del pasivo.

La eficacia de la propuesta anticipada de convenio se corresponde a los "Prepackaged bankruptcy plans" del Derecho norteamericano. El acuerdo que se gesta inicialmente de forma estrictamente privada y contractual adquiere la seguridad judicial propia de los convenios judiciales tras la aprobación judicial de la lista de acreedores y del propio contenido de la propuesta.

Sin embargo, la desjudicialización introducida en Derecho español para la resolución de las crisis económicas, se limita a la gestación de la propuesta anticipada de convenio y no es propiamente un acuerdo amistoso extrajudicial, puesto que, para adquirir firmeza, requiere la intervención del juez aprobando el acuerdo en el proceso concursal al que se incorpora, es decir, el acuerdo amistoso en que consiste la propuesta anticipada de convenio

[27] Olivencia, M *"Diario de Sesiones del Congreso de los diputados"* ,Comisiones num 606 de 29 de Octubre 2002: "La propuesta anticipada de convenio permite judicializar convenios extrajudiciales."

al que se han adherido los acreedores para a formar parte del procedimiento concursal.

La limitación a la autonomía de la voluntad contenida en el art. 100.1.L.C. es aplicable a la propuesta anticipada de convenio de forma suavizada ya que el art. 104.2 L.C., para los casos en que el plan de viabilidad contemple una quita o espera o ambas superiores a los límites del citado art. 100.1 L.C., el juez podrá, a solicitud del deudor, autorizar motivadamente la superación de los límites que para el convenio establece la L.C. Se mantiene la prohibición de cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago de sus créditos.

Para el caso de propuesta de convenio ordinaria, es decir, propuesta no anticipada, también es posible la superación de los límites del art. 100.1. L.C. en cuanto a quitas y esperas pero, en este caso, los requisitos necesarios son

1. requisito subjetivo: que el concursado sea titular de empresa cuya utilidad puede tener especial trascendencia para la economía (Requisito no aplicable a la propuesta anticipada de convenio).
2. requisito objetivo: que el plan de viabilidad que acompaña a la solicitud contemple expresamente, como condición objetiva para esta viabilidad, la superación de uno o de ambos límites legales máximos. (Requisito igualmente preciso para la propuesta anticipada de convenio).
3. requisito documental: que a la propuesta se acompañe un informe emitido al efecto por la Administración económica competente, confirmando la especial trascendencia que, para la economía general, tiene el mantenimiento en funcionamiento de la empresa concursada (art. 100.1.II L.C.). (Este requisito documental no es aplicable a la propuesta anticipada de convenio).

Contrastan con el Derecho comparado, las prohibiciones de presentación de propuesta anticipada de convenio, que se contienen en el art. 105 L.C. El juez se encontrará con la dificultad de determinar si concurren o no las causas de prohibición que en dicho artículo se relacionan, con la particularidad de que, incluso tras la admisión de la propuesta, si posteriormente aparece la existencia de causa de prohibición de la formulación de la propuesta anticipada de convenio, el juez, tras oír al deudor, puede, de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte interesada, denegar la tramitación de la propuesta anticipada de convenio inicialmente admitida (art. 105.2. L.C.).

Hemos visto que la reforma del Derecho concursal español no incluye la regulación de los acuerdos amistosos extrajudiciales relacionados con las crisis económicas, si bien tales acuerdos son posibles al amparo de la autonomía de la voluntad. La reforma española, contrariamente a la tendencia

que se observa en Derecho comparado, según también hemos visto, no establece ”escudos protectores” para protección de los intervinientes en el acuerdo amistoso extrajudicial, sino que, por el contrario, se establecen incentivos para la solicitud de declaración de concurso necesario.

El riesgo de la declaración de concurso necesario existe, si el acuerdo amistoso tiene lugar en momento temporal en que la insolvencia ya es actual y por tanto hay pruebas en las que basar la solicitud de concurso necesario. Tal riesgo no existe si el acuerdo amistoso tiene lugar en momento temporal anterior, cuando la insolvencia es todavía inminente, en cuyo momento el deudor puede presentar solicitud de concurso voluntario, pero los acreedores no tienen todavía facultad de solicitar concurso necesario.

La “drástica poda” de privilegios de los acreedores, anunciada en la Exposición de Motivos de la L.C. (quinta) no ha sido tan drástica como se anunciaba por cuanto continúan existiendo créditos privilegiados cuyos acreedores, precisamente por ser privilegiados están poco dispuestos a llegar a acuerdos amistosos que difícilmente podrán beneficiarles. Por el contrario el primer acreedor instante del concurso necesario goza de dos incentivos: la conversión de su crédito ordinario en cuanto al 25% de su crédito en privilegiado (art. 91.6º) y por otro lado, si el deudor se opone a la declaración de concurso necesario, para poder oponerse eficazmente, tiene que consignar el crédito del solicitante del concurso, si está vencido. Consignado por el deudor el importe del crédito, el instante del concurso necesario, en la preceptiva vista que debe deliberar sobre la declaración podrá optar por cobrar y en consecuencia no ratificar su solicitud de concurso necesario o por ratificarse en tal solicitud con lo que deberá devolverse al deudor la cantidad que ha consignado. Esta última opción podrá ser debida a que el acreedor tenga otros créditos todavía no vencidos y por tanto no consignados, que se beneficiarán si el concurso es declarado con la consideración de su condición de créditos preferentes en cuanto al 25 % de su importe.

Por el contrario, la creación por la L.C. de la categoría de créditos subordinados (art. 92 y 93 L.C.), que quedan postergados en el cobro y que carecen de derechos de voto en la junta de acreedores, puede motivar a sus titulares a la conclusión de un acuerdo amistoso en el que sus créditos no queden subordinados.

En los casos en que, el acuerdo amistoso de remoción de insolvencia tenga lugar transcurridos los dos meses desde que el deudor tuvo conocimiento de su estado de insolvencia actual, si los acreedores ajenos al acuerdo amistoso presentan solicitud de declaración de concurso necesario, cabrá considerar

que el deudor ha incumplido el deber legal de declarar su concurso (art. 5.L.C.) y, en consecuencia, que se presuma culpa grave del deudor o de sus representantes legales, administradores o liquidadores (art. 165.1º.L.C.), lo que conducirá a la eventual responsabilidad de éstos, por la parte del crédito que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa del concurso (art. 172.3.L.C.), sin que al deudor le sirva alegar, para eludir dichas sanciones, que el incumplimiento de su deber de solicitar el concurso fué por pretender que la solución amistosa extrajudicial resolviera su crisis económica.

Hemos visto los riesgos que los acuerdos amistosos implican para el deudor pero los acreedores firmantes de dichos acuerdos no están exentos de posibles consecuencias:

Suprimida la retroacción de la quiebra en la L.C. y sustituida por las acciones rescisorias de los actos realizados en los dos años anteriores a la declaración del concurso (art.71.1.L.C.) que sean perjudiciales a la masa activa (aunque no sean fraudulentos), se han establecido las acciones rescisorias de dichos actos, cuya acción corresponde a la administración concursal que es quién tiene la legitimación activa para promoverla.

El perjuicio se presume con carácter “iuris et de iure” cuando se trata de actos de disposición a título gratuito, o de pagos de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso (art. 71.2.L.C.) y en otros casos la presunción es “iuris tantum”, relacionándose en el art. 71.3 las que tienen tal carácter.

Los acuerdos amistosos extrajudiciales pueden verse afectados por las presunciones indicadas, si los actos de administración y de disposición realizados por el deudor en el marco de dichos acuerdos amistosos han perjudicado a la masa activa, correspondiendo al demandante de la reintegración la carga de la prueba, en los casos en que la presunción es “iuris tantum” y, en las presunciones “iuris et de iure” corresponde al deudor, para evitar la rescisión, demostrar que no ha habido perjuicio para la masa. El hecho de que los actos a rescindir se hayan efectuado en el marco del acuerdo amistoso entre deudor y acreedores, en Derecho español, no les exime de la rescisión, contrariamente a lo que sucede en las reformas concursales italiana y francesa. Tampoco los financiadores que intervengan en el acuerdo amistoso quedan protegidos de las acciones rescisorias, lo que dificulta la participación de dichos financiadores en iniciativas reorganizativas de la empresa en crisis.

La L.C. en su art. 71.5, in fine, establece como irrescindibles únicamente “los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pago y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.”, lo que se refiere a deudores que sean entidades de crédito, empresas de inversión o de seguros (Disp.Adic.2ª L.C.)

Por no perjudicar a la masa activa, no serían rescindibles los actos realizados en el marco de acuerdos amistosos que claramente no perjudican a la masa activa como sería el caso de concertar contratos de descuento en los que la suma anticipada es equiparable al valor del crédito por lo que, no concurre la existencia del daño requerido, para poder proceder a la impugnación del acto. Análogamente y por las mismas razones, los contratos de “factoring” quedarían exentos de acciones rescisorias concursales.

El arreglo de las crisis económicas no consiste únicamente en las quitas y/o esperas que se concierten con los acreedores, sino que una inyección de capital permite al deudor mantener su actividad sin tener que acogerse a un procedimiento colectivo judicial. Las financiaciones necesarias requerirán garantías reales o personales. Las reales podrían rescindirse considerando que han tenido lugar en estado de insolvencia de deudor y que constituyen presunción “iuris tantum” de un perjuicio a la masa activa del concurso (art.71.3.2º L.C.). Dicha presunción se refiere a las garantías reales recayentes sobre bienes del deudor pero, las garantías personales prestadas por un tercero, al no recaer sobre el patrimonio del deudor, no causan una disminución de éste y por tanto no disminuyen las posibilidades de satisfacción de los demás acreedores y en consecuencia no son rescindibles.

Aquí es de observar el contenido del art. 87.6 L.C., según el que, si el garante paga al acreedor-financiero, se subroga en los derechos de éste, apareciendo como acreedor del concursado, pero tal crédito tiene carácter subordinado siendo tal degradación debida a que en la práctica, el garante es persona próxima al deudor garantizado (art. 92.5º L.C.)

La interpretación literal del art. 87.6 L.C. podría acarrear consecuencias en el mercado del crédito, ya que los financiadores suelen condicionar su financiación a que el deudor presente garantías personales de un tercero, por lo que un relevante sector doctrinal y la jurisprudencia de los Juzgados de lo Mercantil han aplicado una interpretación correctiva o teleológica a la norma, considerando que los créditos afianzados sólo serán subordinados respecto al deudor cuando el fiador haya pagado al acreedor financiero y dicho fiador se haya subrogado en el crédito del financiero pero, en tanto que esta

subrogación no se produzca, el crédito del financiero contra el concursado tendrá el carácter de ordinario.[28]

La constitución de garantías reales por obligaciones preexistentes favorece a los acreedores que se benefician de dichas garantías, pero implica presunción "iuris tantum" de perjuicio patrimonial a los demás acreedores (salvo prueba en contrario) (art. 71.3.2º L.C.) y por tanto son rescindibles, por ser el ofrecimiento o consentimiento del deudor para constituir tal garantía real un acto a título gratuito (art. 71.2.L.C.)[29]

El repetido art. 71.3.2º, in fine, se refiere a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones nuevas contraídas en sustitución de obligaciones preexistentes, lo que constituiría un supuesto de renegociación de deuda en el que el acreedor otorga un nuevo crédito con el que se paga el crédito anterior vencido, a cambio de una garantía real. Esta constitución de garantía será favorable para el acreedor, y por tanto perjudicial para la masa y por tanto acto rescindible, o puede también ser favorable para el deudor. Así, si la deuda renegociada es ordinaria y la garantía es p.e. hipotecaria, será favorable para el acreedor y por tanto perjudicial para la masa y por ello acto rescindible y, si la deuda estaba documentada con un título ejecutivo y la garantía real es p.e. una segunda hipoteca, la constitución de garantía será favorable al deudor y por tanto para la masa y por ello el acto no será rescindible.

En consecuencia, en este supuesto de constitución de garantía para la concesión de un crédito con el que pagar la deuda preexistente, conlleva la presunción de perjuicio para la masa pero es una presunción "iuris tantum".

En definitiva, resumiendo lo expuesto en este epígrafe dedicado a los "Acuerdos amistosos extrajudiciales", hay que destacar la preferencia de los deudores por las soluciones amistosas extrajudiciales respecto a los concursos judiciales, por cuanto en aquéllas, no existen condicionamientos legales, salvo los requisitos del art. 1255 del C.c., con las ventajas de ahorro de tiempo y gastos y de la confidencialidad con la que se gestan.

Las soluciones adoptadas en tal sentido por los modelos configurados en Derecho comparado, en el ordenamiento francés e italiano, han conseguido

[28] *"Revista del Poder Judicial"*num 77:Jurisprudencia de los nuevos Juzgados de lo Mercantil: Sentencia 35 de 22.3.2005 del Juzgado de lo Mercantil num 5 de Madrid; Sentencia 27.6.2005 del Juzgado de lo Mercantil num 3 de Barcelona; Sentencia 28.6.2005 del Juzgado de Primera Instancia num 9 de Córdoba.

[29] Alcocer Garau, G:*"Comentarios a la Ley Concursal"*(Editorial Dykinson), pag 774:
"Siendo ello así, es obvio que en todo caso hay perjuicio, que no debería haberse estructurado esta presunción "iuris tantum" y que hay una contradicción entre dicha norma y la que establece una presunción "iuris et de iure" de perjuicio en relación a los actos gratuitos."

atenuar los inconvenientes de las dos opciones (convenio concursal / acuerdo amistoso) pero no han logrado componer todas las ventajas de la modalidad judicial y de la extrajudicial. Por otra parte, el objetivo de la reforma concursal española de 2003 era superar las deficiencias de que adolecía el Derecho concursal español y motivar al deudor en crisis y a sus acreedores por medio de incentivos para que solicitasen el concurso judicial al aparecer los síntomas de insolvencia, con el fin de "sanar al enfermo y no de enterrar al muerto", y por otro lado se sanciona al deudor que no solicite la declaración del concurso, cuando debe hacerlo, considerándole culpable "iuris tantum" y atribuyendo, eventualmente, responsabilidad concursal a los administradores y liquidadores sociales.

Los incentivos para la solicitud de declaración de concurso se contrarrestan con el normativismo que limita y prohíbe legalmente determinados contenidos del convenio (art. 100 L.C.) y por el automatismo en la consideración de determinados créditos como subordinados.

La circunstancia de que algunos acreedores privilegiados tengan parte de su crédito subordinado motiva que también los acreedores privilegiados se inclinen a favor de acuerdos amistosos, en los que no queden subordinadas las partidas consistentes en intereses, sanciones, etc..

Por otra parte, los condicionamientos subjetivos del deudor para que pueda presentar la propuesta anticipada de convenio, que está prohibida cuando concurran las causas de prohibición del art. 105 L.C., que no sólo impiden la presentación de dicha propuesta, sino que, incluso después de que la propuesta haya sido admitida, puede ser declarada sin efecto si, con posterioridad, se pone de manifiesto la existencia de una causa de prohibición (art. 105.2. L.C.), con la inseguridad jurídica que esto conlleva, también predisponen a favor de los acuerdos amistosos extrajudiciales.

Los riesgos para los intervinientes en los acuerdos amistosos extrajudiciales, sobre todo para los acreedores-financiadores, si se declara el concurso a instancia de acreedores disidentes significan el riesgo de rescisión de los actos realizados al amparo del acuerdo amistoso alcanzado, si tales actos se considera que perjudican a los demás acreedores disidentes.

En el marco del Derecho comparado, se han arbitrado "escudos protectores" para que en un eventual concurso judicial, los actos realizados en el marco de convenios amistosos queden exentos de revocatorias y a su vez se protege a los acreedores disidentes y se establecen privilegios para los financiadores que han intentado evitar la declaración de concurso. En dicho Derecho

comparado, los escudos protectores se han podido introducir por cuanto los acuerdos amistosos están regulados y requieren homologación judicial.

En Derecho español, en el que no se introducen condicionamientos legales para la consecución de acuerdos amistosos, ni éstos precisan homologación judicial que controle que no se han establecido en perjuicio de los acreedores disidentes, el establecimiento de escudos protectores en un eventual acuerdo amistoso, podría conducir a que evitasen simplemente la reintegración a la masa de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en virtud de actos realizados en cumplimiento del acuerdo amistoso, en perjuicio de la colectividad de acreedores.

Con la actual legislación, antes que pensar en el establecimiento de escudos protectores, podrían incentivarse las solicitudes de concurso atenuando el automatismo en la subordinación de créditos, que incita a quienes tengan créditos subordinados a negociar acuerdos amistosos y cabría facilitar la propuesta anticipada de convenio suavizando las limitaciones existentes que motivan que, en la práctica la propuesta anticipada de convenio sea poco utilizada.

Las causas de prohibición de la propuesta anticipada de convenio del art. 105, en lugar de impedir su formulación, podrían mejor ser tomadas en consideración al calificar el concurso.

DERECHO COMPARADO SOBRE LAS SITUACIONES DE INSOLVENCIA

En el Derecho comparado, según se ha referido anteriormente se ha procurado establecer escudos protectores para la promoción de acuerdos extrajudiciales, que protejan a quienes hayan tomado parte en acuerdos amistosos extrajudiciales si, finalmente es declarado el concurso judicial.

En la reforma concursal efectuada en Francia por la ley de 2005, el tema de la insolvencia se ha enfocado en el sentido de considerar primordial la conservación de la empresa en crisis, mientras que en España, aunque tal cuestión se considera importante, el objetivo primordial del concurso es dar la mayor satisfacción posible a los acreedores.

La reforma del 2005, en Francia, ha tenido un enfoque innovador, liberal y pragmático. Resulta innovador el considerar que para la reorganización de la empresa en crisis, la anticipación de las medidas a tomar es condición necesaria, como efectivamente también hace la L.C. española al establecer el

deber del deudor de solicitar la declaración de concurso (art. 5. L.C.) cuando se dán las circunsatancias del art. 2.4. L.C. Es liberal porque el empresario puede elegir entre diversos procedimientos. Es pragmática porque tiene como objetivo la continuación de la actividad empresarial y de no ser esto posible se procede a la liquidación judicial.

Los administradores de la sociedad deudora pueden escoger, en el ordenamiento francés, con cierta libertad y en relación con su situación económica, entre los siguientes procedimientos: conciliación, salvaguardia, reorganización judicial o liquidación judicial (antes de la ley de 2005, los procedimientos eran el acuerdo amigable, la reorganización judicial y la liquidación judicial).

La conciliación sólo puede solicitarla el deudor y busca reestructurar el pasivo de la empresa y sólo puede solicitarse si el cese de los pagos no es superior a cuarenta y cinco días (art. L 611.4 C.Co. francés). La administración de la empresa puede solicitar al Presidente del Tribunal de lo mercantil que designe un mandatariio para que evalúe las posibilidades de conseguir un acuerdo para el pago a los acreedores. Este mediador puede presentar propuestas que salven a la empresa para que pueda continuar su actividad económica y mantener los puestos de trabajo.

El deudor es quien puede solicitar la apertura del procedimiento de conciliación y el acuerdo entre el deudor y los acreedores debe ser homologado por el Tribunal.

El deudor, los acreedores, los representantes del comité de empresa o delegados de personal, el mediador y el Ministrerio Público son convocados a una audiencia previa contradictoria en la que se examina el acuerdo. El Tribunal antes de proceder a la homologación del acuerdo ha de verificar que el deudor no haya cesado en sus pagos por más de 45 días, que la empresa continuará en funcionamiento y que no se perjudica a otros acreedores que no han sido parte en el acuerdo. Se da publicidad a la resolución judicial que homologa el acuerdo.

Si el Tribunal no homologa el acuerdo, cabe recurrir. También los acreedores que no han participado en el acuerdo pueden recurrirlo en un ”recurso de oposición de terceros”.

Los acreedores no serán responsables del eventual perjuicio causado por las garantías tomadas en contrapartida a las ayudas acordadas, ni por la injerencia en la gestión del deudor.

La salvaguardia sólo puede ser soliciada por el deudor, si se demuestra que hay problemas financieros insuperables que provocarán el cese en los pagos (art. L.620.1. C.Co. francés). La salvaguardia es la novedad más importante de la ley de 2005. Responde a la situación de endeudamiento irrecuperable del deudor que puede conducirle a cesar en los pagos (art. L 620.1 C.Co. francés). Se forman dos comités de acreedores: el de las instituciones financieras implicadas en el caso y el de los proveedores. Sólo las grandes empresas, que tengan auditor, son las que tendrán los dos comités indicados, pero las empresas medianas, si tienen autorización del juez-comisario también podrán formar los dos comités. El juez se encarga del control del desarrollo del procedimiento y de la protección de los intereses generales.

Los comités estudian las propuestas del deudor para decidir sobre su aprobación y a la vista de las conclusones de los comités, el Tribunal aprueba el plan de salvaguardia.

El objetivo del plan de salvaguardia es el mantenimiento de la empresa, cuando ésta no se encuentra en cesación general de pagos. Las ejecuciones singulares se paralizan.

El procedimiento de reorganización judicial. El Tribunal pone fin al procedimento abierto contra el deudor.

La liquidación judicial pone fin a la actividad de la empresa y liquida el patrimonio del deudor por medio de una venta global o separada de sus bienes y derechos que es realizada por el liquidador en el plazo de tres meses o bien por subasta pública.

Contrasta la variedad de procedimientos qure ofrece la ley francesa con las únicas posibilidades que ha diseñado la legislación española: el convenio o la liquidación, judiciales ambas.

El Derecho francés queriendo favorecer, en la medida de lo posible, la desjudicialización de las soluciones ante las crisis económicas, en el art. L626-6 del C.co.francés se contempla la posibilidad de que la Hacienda Pública pueda acordar extrajudicialmente con el deudor, no sólo el aplazamiento de pago, sino también quitas, en las condiciones previstas legalmente en el plan de salvaguardia, a saber, de forma proporcional y simétrica con el sacrificio consentido por los restantes acreedores. Por el contrario el Derecho francés no admite la aceptación de rebajas en relación con la S.S.

= = = = = =

La prevención de las crisis económicas en la regulación española se hace combinando mecanismos concursales preventivos y mecanismos de Derecho societario:

Entre los mecanismos concursales preventivos se encuentra:
-la anticipación del momento de apertura del concurso voluntario a instar ante la insolvencia inminente definida en el art. 2.3 y art. 5 de la L.C.
-la responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la deudora, persona jurídica, en caso de concurso culpable (art. 172.2.3º LC.)
-la apertura de oficio de la liquidación (art. 143.1.2º)

La regulación impulsando la pronta solicitud de declaración de concurso voluntario ha dado lugar a que a los cuatro años de la entrada en vigor de la L.C. predominan de forma aplastante las declaraciónes de concurso voluntario respecto a las de concurso necesario.

Entre los mecanismos de Derecho societario:

art. 214 de la Ley de Sociedades anónimas referente a reserva legal
art. 194.3 L.S.A, sobre amortización del fondo de comercio
art. 260.1.4ºL.S.A, sobre disolución por pérdidas
art. 104.1.e L.S.R.L., sobre disolución por pérdidas
art. 282 L.S.A. sobre límites a la emisión de obligaciones
art. 277.2 L.S.A. sobre prohibición en caso de liquidación de reparto del patrimonio social entre los accionistas, antes de haber sido satisfechos los acreedores.

Además existe la prevención operada por cauces paraconcursales, fuertemente administrativizados como planes de reconversión a los que nos hemos referido.

3. MEDIDAS PREVENTIVAS DE LOS ACREEDORES ANT E INSOLVENCIAS EVENTUALES O CIERTAS

A) INFORMACIÓN SOBRE EL ESTADO ECONÓMICO DEL DEUDOR

a) Información a obtener del Registro Mercantil

El proveedor-acreedor precisa un conocimiento de la situación económica de su cliente para evitar verse afectado por su posible insolvencia. Tal conocimiento lo alcanza mediante una previsión de futuro para la que deberá acudir a la información disponible que podrá obtener por medio de los datos que consten en el Registro Mercantil en el que la mercantil habrá presentado sus balances y cuentas (Depósito de cuentas).

Sobre las sociedades mercantiles que no cotizan en Bolsa, la transparencia de su situación financiera, no se exige con el mismo rigor que en las cotizadas, porque no existe un interés público tan marcado que pudiera justificarlo.

Sin embargo existe para todas, la obligación de presentación de balances y cuentas (depósito de cuentas) en el Registro Mercantil que resulta muy útil para los proveedores, para decidir la confianza que dichas sociedades deben merecer, si bien, la información disponible no se refiere al día en que se solicita, sino a la fecha de las cuentas depositadas, siendo además cierto que las empresas que incumplen la obligación de depositar sus cuentas, suelen ser las que están incursas en situaciones más delicadas.

Por otra parte, las sociedades que están autorizadas a presentar un balance abreviado, en éste no hay un desglose suficiente del pasivo exigible, al no distinguirse el pasivo exigible a corto y a largo plazo de las entidades financieras, lo que impide a los analistas calcular los ratios de riesgo más significativos.

b) Informes de auditoría

Es importante para el acreedor el conocimiento del informe de auditoría relativo a la contabilidad del deudor que debe detectar los hechos que puedan ser reveladores de un riesgo significativo para la continuidad de la empresa pero, antes de la emisión de dicho informe, los auditores deben comunicarse con los administradores para que éstos puedan proponer las medidas correctoras oportunas que se incorporarán al informe.

Al contenido del informe tendrán acceso los trabajadores y los acreedores y, por supuesto, los socios, a cuyo fin hay un deber de publicidad del informe de auditoría.

La realidad es que los auditores prefieren asumir la eventual responsabilidad por omisión del deber de verificación, antes que inmiscuirse en la gestión de los administradores y de correr el riesgo de perjudicar a la sociedad auditada por revelación de circunstancias sensibles.

En cualquier caso, la incertidumbre sobre la continuidad de la empresa debe ser revelada por los auditores (LSA art.209.1.b.) pero también por los administradores independientemente del informe de auditoría. El hecho de la aprobación de las cuentas anuales es irrelevante, es decir, no releva a los administradores de su obligación de verificar las perspectivas de continuidad de la empresa y si llegan a la conclusión de que la realización del fin social es imposible, deben instar la disolución, so pena de incurrir en la responsabilidad solidaria correspondiente (LS: art. 260.1.3º, LSRL art. 104.1.c)

No cabe considerar confidencial lo que la ley obliga a divulgar. El lugar idóneo para revelar las dudas sobre la continuidad de la empresa es la "Memoria" .El informe de gestión debería contener información de carácter prospectivo (LSA art. 202), en tanto que la "Memoria" se refiere al ejercicio que se cierra.

Con el objetivo de alertar las crisis empresariales, la función del auditor ha evolucionado en el sentido de darle una intervención activa en la detección de incertidumbres y no simplemente pasiva, de modo que, el auditor tiene deberes de investigación que le permiten asegurar que la entidad podrá continuar su actividad durante el siguiente ejercicio económico.

Los hechos en que se basa la opinión del auditor deben ser relevantes, tomando en consideración distintos ratios o índices, tanto los positivos, causantes de dudas, como los negativos, mitigantes de dudas, respecto a la continuidad de la empresa. El futuro predecible debe referirse a un período de tiempo de un año a partir de la fecha de cierre de cuentas. Las cuentas reflejan la marcha histórica del pasado próximo, mientras que la información sobre la previsión, da una visión del desenvolvimiento del futuro próximo.

Si las dudas del auditor sobre la continuidad de la empresa no son significativas, deberá abstenerse de revelarlas en su informe y emitirá éste con opinión favorable. Si los administradores no cumplen con la obligación de facilitar a los auditores información desglosada sobre los factores de duda,

éstos así lo harán costar en el informe. Si los auditores albergan dudas importantes sobre el futuro de la empresa, manifestarán una salvedad o excepcionalmente denegaran su opinión.

La norma técnica sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, es decir de la que no prevé su liquidación, es cautelosa en cuanto a la revelación de la incertidumbre que pueda tener el auditor sobre el futuro inmediato de la empresa.

Ante la peor perspectiva que tenga el auditor, resultante de los controles exhaustivos, el auditor se limitará a hacer constar su inquietud por medio de una salvedad redactada para el entendimiento de los iniciados.[30]

La responsabilidad de los auditores aparece en dos motivos contrapuestos:

a) por los perjuicios irrogados a la sociedad por manifestar una alerta, cuando las dudas sobre la continuidad de la empresa no son significativas.

b) por los perjuicios irrogados a socios y terceros por no revelar las incertidumbres o por revelarlas insuficientemente.

En cualquier caso, la práctica demuestra la existencia de una clarísima aversión de los auditores a revelar sus dudas sobre la continuidad de la empresa auditada.

c) Empresas de cobro de morosos

Ante la previsible insolvencia del deudor, el acreedor tiene una alternativa, a las acciones de ejecución singular o a la declaración de concurso necesario, consistente en acudir a las empresas de cobro de morosos. Puede sorprender que existan numerosas entidades dedicadas al cobro de morosos que insistan, una y otra vez, ante el deudor para que pague su deuda, y si lo consiguen, retengan un porcentaje de lo cobrado en concepto de gestión de cobro. La reflexión se refiere a que puede parecer extraño que estas entidades dedicadas al cobro de morosos desoigan la llamada de la L.C. para instar una tempestiva declaración de concurso necesario, que beneficiaría supuestamente a los

[30] Fernández del Pozo, L, "*Preconsitucionalidad y la prevención de la insolvencia*" "*La reforma de la legislación concursal*" dirigida por Rojo.A, Edición 2003, pag 66: "En el peor de los casos, cuando tras los "exhaustivos" controles y contrastes el auditor llegase al convencimiento de que no se cumple el principio de empresa en funcionamiento, y si la junta o el consejo no acordase la liquidación, ni denegará su opinión ni emitirá , por este solo motivo, opinión desfavorable.

acreedores en general según la L.C., siendo fácil para dichas entidades reunir pruebas de los hechos que revelan la situación de insolvencia del deudor (art. 2.4 de la L.C.) y cuya declaración de concurso necesario beneficiará a quien la promueva, al considerarse preferente el crédito que ostenta en cuanto al 25 % de su importe (art. 91.6º L.C.). Sin embargo, las entidades dedicadas al cobro de morosos, o más propiamente sus mandantes, prefieren intentar el cobro inmediato de los créditos cuyo cobro se les ha encomendado, aunque sea parcial, a tener un crédito con privilegio general por el 25 % del importe de su crédito, que en cualquier caso tardarán tiempo en cobrar y estar en cuanto al 75 % sometidos a la suerte que corren los créditos ordinarios. Además consideran que instar la declaración de concurso necesario les representará asumir unos costes (aunque luego les sean reintegrados) e incurrir en quebraderos de cabeza.

Por otra parte, si dichas empresas de cobro de morosos consiguen una garantía para los créditos cuyo cobro pretenden, esta garantía será rescindida si se declara el concurso del deudor.

d) Registro de morosos

Los registros de morosos resultan del intercambio de información sobre morosidad que se realiza entre empresas. Son útiles por cuanto permiten al empresario detectar qué futuros clientes pueden ser peligrosos, para decidir, en consecuencia, si establecen, o no, relaciones comerciales con ellos.

En cuanto, las consecuencias de tales registros de morosos son el alineamiento de decisiones empresariales, el Tribunal de Defensa de la Competencia se ha tenido que pronunciar a lo largo de los años sobre el carácter anticompetitivo de tales registros. Finalmente la doctrina parece autorizar su creación y el repetido Tribunal ha reclamado insistentemente al Gobierno para que promocionara un reglamento que determine las condiciones en las que los registros de morosos, no se considerarían anticompetitivos, a pesar de que los intercambios de información entre competidores están prohibidos por la legislación antitrust, pero ahondando en la justificación económica cabe considerar justificado un tratamiento particular del intercambio de datos sobre morosos. Veremos más adelante que dicho Reglamento se aprobó en el 2006.

El intercambio de información entre empresas rivales permite pronosticar las decisiones de unas y otras empresas, con lo que se atenúa la competencia en el mercado y puede ser el germen de acuerdos sobre precios, reparto de mercados, cantidades a producir, acuerdos todos ellos anticompetitivos y, por

tanto, prohibidos por la legislación de defensa de la competencia. Sin embargo, con carácter general, tampoco puede ser cierto que todo intercambio de información entre competidores sea anticompetitivo.

La información contenida en los registros de morosos es de carácter negativo, o sea que se refiere a incumplimiento o morosidad en el pasado y no contiene información positiva que es propia de los registros de crédito y solvencia. El interés de los registros de morosos se basa en la suposición de que el incumplimiento en el pasado es un indicador sobre el incumplimiento futuro.

Los vendedores, si carecen de registros de morosos a los que consultar, deben emplear recursos para investigar y protegerse frente al riesgo de incumplimiento de sus eventuales clientes futuros. El ahorro de estos recursos puede reflejarse en los precios al consumidor. Por ello puede resultar eficiente desarrollar un sistema colectivo de intercambios de información entre las empresas de un sector. Cuanto mayor sea el número de miembros que intercambien información, mejor será el resultado informativo. El tráfico mercantil de bienes se facilita con la existencia de un mecanismo informativo colectivo de registro de morosos.

La existencia del registro de morosos actúa como un elemento disuasorio de incumplimiento, lo que redunda en el buen funcionamiento de los mercados, pero también hay que considerar que los registros de morosos se prestan a abusos, si se utilizan estratégicamente contra determinados clientes, por lo que es necesario un control público de las inscripciones, cancelaciones y de su veracidad.

Si los registros de morosos, como sistema de intercambio de información , inducen a sus usuarios a una reacción conjunta contra los morosos, dando lugar a un boicot colectivo ilícito, pueden constituir una práctica prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia, si bien el carácter limitado de la información contenida en el registro, que se refiere únicamente a morosidad en las obligaciones de pago de los clientes, sin identificación de las circunstancias, motiva que tales registros sean inocuos desde el punto de vista antitrust. Si, como consecuencia de la existencia de registros de morosos, tiene lugar un boicot, éste constituye una práctica anticompetitiva prohibida por dicha LDC.

Por fin, el Real Decreto 602/2006 de 19 de Mayo, [31] constituye el Reglamento interesado por el Tribunal de la Defensa de la Competencia, que permite la exención de la aplicación del art. 1 de la LDC que prohíbe, implícitamente, aunque no se cite expresamente, los registros de morosos. La exención en virtud de dicho Real Decreto, de la consideración de acto contrario a la libre competencia estaba prevista en el art. 3.1. LDC y se aplica a los registros de morosos sectoriales, cuyos partícipes sean competidores en un mismo mercado.

El registro se ofrece como un instrumento de información entre competidores, sobre la morosidad de sus clientes. Su utilización exige la aportación de la propia experiencia de morosidad por parte de las empresas usuarias. En la información que se facilite, no figurarán los datos identificativos del acreedor, que sólo se facilitarán al deudor para que pueda ejercer los derechos reconocidos en la Ley Orgánica de Protección de Datos. En ningún caso, el registro debe sugerir una política uniforme u homogénea de las empresas usuarias del registro frente a los deudores morosos.

Los deudores incluidos en el registro de morosos tienen libertad de acceso al mismo y pueden solicitar la modificación de las inscripciones. De hecho, el titular del registro, ha de notificar, al deudor moroso, que ha sido inscrito en el plazo de 30 días desde su inscripción. Si el deudor considera que los datos inscritos no son correctos, podrá instar del titular del registro que los cancele o rectifique, para lo que éste tendrá el plazo de diez días. Quienes hayan cancelado sus deudas no deben aparecer en el registro.

Si el titular del registro no responde a la solicitud de cancelación o rectificación de una inscripción, el deudor inscrito podrá reclamar a la Agencia de Protección de Datos.

d) Los seguros de crédito que cubren el riesgo en el caso en que el deudor sea insolvente.

El empresario “A” solicita de una compañía de seguros que le asegure el riesgo de sus operaciones de venta a determinados clientes, hasta determinadas cifras.

La compañía de seguros, si estima que los clientes propuestos son solventes, accede a cubrir los riesgos propuestos o, en su caso, recorta las cifras de

[31] El Real Decreto 602/2006 de 19 de Mayo, define un registro de morosos como un “instrumento habilitado pára el intercambio permanente de información entre operadores económicos competidores sobre el incumplimiento de las obligaciones dinerarias derivadas de su actividad empresarial.”

riesgo cubierto o incluso deniega la cobertura si considera que el riesgo de insolvencia es grande. El empresario "A" paga la prima y la compañía cubre un determinado porcentaje del riesgo asumido, si éste está dentro del límite cubierto para cada uno de los clientes, si se produce la insolvencia de los clientes de "A".

A su vez, independientemente de la relación de "A" con la compañía de seguros los proveedores "B","C","D" etc. del asegurado "A", proponen a la compañía de seguros que ésta cubra los respectivos riesgos de las operaciones que concierten con "A" y la compañía de seguros accede o recorta los riesgos límites que asume a favor de cada uno de los proveedores de "A".

El problema surge cuando la compañía de seguros sospecha que "A" tiene dificultades económicas (ciertas o imaginadas), en cuyo momento, envía circulares a los proveedores "B","C","D", etc… comunicando que, a partir de este momento, la compañía no cubre los riesgos de nuevas operaciones que pudieran concertar con "A".

La consecuencia de esta circular es que "B","C","D" etc… no atienden los nuevos pedidos que pueda hacer "A", con lo que éste se encuentra aislado y si su situación era algo delicada, ahora se convierte en insostenible, con la particularidad de que "A" no sabe la causa por la que sus pedidos no son atendidos, hasta que la descubre.

Estaría por ver si esta forma de actuar de la compañía de seguros de crédito, da origen a un boicot que hubiera incidido en la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, pero dicha Ley es posterior a las fechas en que tenían lugar las comunicaciones circulares a las que nos hemos referido (Años 1967 en adelante).

B) EL DERECHO DE RETENCIÓN

Antes de que se produzca la situación de insolvencia del deudor, el acreedor precavido puede considerar la posibilidad de hacer uso del derecho de retención si posee un bien del deudor (o entregado por éste aunque sea de propiedad de un tercero), en tanto no se le satisfaga el crédito que tiene contra el deudor. La retención es oponible erga omnes y el poseedor de la cosa retenida tiene derecho a ser respetado en su posesión (art. 446 C.c.) aunque no podrá usar, disfrutar o disponer de ella.

En la L.C.no se hace referencia alguna al derecho de retención por lo que su tratamiento deberá hacerse en base a los principios generales de la regulación

del referido derecho (C.c. art.453, 502, 522, 1600 1730, 1747, 1780 y 1866) y los de la legislación concursal (Título III, Capítulo IV; Título IV, Capítulo II) pero existe una inseguridad jurídica.

Quien retiene mercaderías o bienes del deudor, no ostenta un título legítimo que así le autorice, pero la posición de la administración concursal para conseguir que tales bienes vuelvan a la masa resulta bastante precaria. Sin embargo, según Garrido, J.M. en "La graduación de créditos" pag. 1814: "es discutible que el derecho de retención pueda ser opuesto a la masa concursal, una vez declarada la quiebra o concurso del propietario de la cosa retenida." Para este autor, la función esencial del derecho de retención es la coacción psicológica que ejerce sobre el deudor y pierde todo sentido cuando éste se encuentra en una situación concursal. En tal caso el deudor queda desapoderado de la libre gestión de su patrimonio, y resultaría injusto que esa coacción se ejercitara sobre los acreedores concursales.

El tema de la naturaleza jurídica del derecho de retención es debatido por la doctrina, existiendo tres criterios:

1º quienes consideran que es un derecho de carácter eminentemente personal que no puede hacerse valer frente a tercero (criterio de Laurent, Planiol, Beltrán de Heredia, López y López y De Angel).

2º quienes consideran que dicho derecho de retención tiene una naturaleza real (Dumollin,Viñas, Mey y Manresa).

3º quienes mantienen una tesis intermedia por considerar que tal derecho es un "quasi contrato" o un derecho "sui generis" o mixto (López de Haro, Gómez Calero, Díez Picazo, Puig Brutau). Un sector minoritario dentro de ese grupo, considera que se está ante un verdadero supuesto de prenda legal, cuyo criterio es el que ha venido siguiendo la jurisprudencia.[32]

El derecho de retención no confiere un derecho de preferencia del acreedor que posee la cosa, antes que otros acreedores en caso de colisión entre ellos, ni un derecho a la realización del valor de la cosa para aquel fin, como si se tratara de un derecho real de garantía[33]. El derecho de retención no aparece en la relación de los créditos con privilegio especial, enumerados en el. art. 90

[32] Abril Campoy, *"El derecho de retención en e l ordenamiento jurídico catalán"* RCDI,num 624, (1994)pág. 1892

[33] Díez-Picazo, L y Gullón A, *"Sistema de Derecho Civil"*, Vol. II, 7ªedición, pag 175 y 176, Editorial Tecnos,S.A.

L.C., ni tampoco en la relación de los créditos que tienen privilegio general (art. 91 L.C.). Para que se reconozca un privilegio a un crédito, en el ámbito del concurso, debe haberse así previsto en la L.C. según especifica el art. 89.2. L.C. Sin embargo, aunque la L.C. no reconozca explícitamente privilegio crediticio alguno a los créditos con derecho de retención, tales créditos pueden reconducirse, en algún supuesto, a los relacionados en el. art. 90 L.C.., como sucedería con los créditos garantizados con anticresis que sí aparecen en el art. 90.1.2º, o con los créditos refaccionarios (art. 90.1.3º L.C.) o con los créditos garantizados con prenda constituida en documento público (art.90.1.6º L.C.). Sin embargo, según confirma la STS 24.6.41, el derecho de retención no se identifica con el derecho de prenda.

La L.C. no regula específicamente el tratamiento del derecho de retención cuando el deudor ha sido declarado en concurso por lo que el incidente concursal que pudiera producirse al respecto deberá ser resuelto por el juez en virtud de las consideraciones doctrinales expuestas, u otras, pero en cualquier caso parece evidente que no se permita al acreedor retentor que utilice el derecho de retención sobre un bien que sea propiedad del concursado (o entregado por éste), para sustraerlo de la masa activa del concurso con lo que se perjudicaría a los demás acreedores. Los bienes retenidos no son "prenda" constituida en documento público a los que correspondería el privilegio especial que contempla el art. 90 1.6º L.C..

Nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo previsto en otros ordenamientos, no contempla la resistencia del acreedor a la devolución del bien sobre el que alega el derecho de retención. Ante el vacío legislativo nuestra doctrina se ha decantado de forma muy mayoritaria por sostener que el derecho de retención decae en caso de concurso. Sin embargo otro sector doctrinal encabezado por Carrasco Perera entiende que el derecho de retención subsiste en caso de que el deudor esté en concurso, si bien el derecho de retención no implica la facultad de ejecución separada.[34]

La oposición del retentor, en virtud del derecho de retención, a la devolución del bien retenido, a la masa activa del concurso, es más o menos justificada según la solución que se dé al concurso. En una situación de liquidación parece evidente que el derecho de retención debe decaer ya que, el retentor no puede beneficiarse de una ejecución separada, ni el bien retenido puede permanecer fuera de la masa patrimonial sujeta al proceso concursal de ejecución universal. Otra cosa es que la solución concursal consista en un convenio concursal que no impide la subsistencia del derecho de retención,

[34] Carrasco Perera, "*Los derechos reales de garantía en la Ley Concursal*", Thomason Civitas, 2004, pág.76.

con el que el acreedor quede garantizado del cobro en los términos que resulten del convenio.

No existe un procedimiento concursal específico que permita a la administración concursal reaccionar frente al acreedor que se niegue a entregarle bienes pertenecientes a la masa activa del concurso

No cabe acudir a la acción de reintegración por cuanto las acciones rescisorias se refieren a los actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor y éste no ha consentido en que el acreedor retenga lo que le ha entregado.

Salvo en el caso de la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas, en la que la recuperación de los bienes retenidos es inherente a la resolución del contrato, el juez del concurso no tiene competencia para conocer de la acción que el concursado o la administración concursal puedan ejercitar para vencer la resistencia de un tercero, acreedor del concursado, que se niegue a entregarle bienes de la masa concursal pretextando ostentar un derecho de retención.

En Cataluña, la Llei 19/2002 de 5 de Julio sobre “drets reals de garantía” califica el derecho de retención como garantía real (art.1), define el concepto (art 3), explica como se constituye (art. 4) y concede la facultad de realizar la cosa retenida por la vía notarial para cobrar el crédito con absoluta preferencia y separación de cualquier otro. (art.7)

C) LAS MEDIDAS CAUTELARES ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Por cuanto en los concursos necesarios, desde que se instan, hasta que se declaran, transcurre un cierto tiempo, en especial habida cuenta de que el deudor puede oponerse a tal declaración en un contradictorio, la L.C. prevé la adopción de medidas cautelares (art. 17.1.L.C.) para evitar que el deudor realice actuaciones que menoscaben su patrimonio.

Las medidas han de ser instadas por el solicitante del concurso necesario en la propia solicitud. No cabe solicitar medidas cautelares antes de la solicitud de concurso como sería posible si se tratase de una demanda (art. 730.2. LEC).

Sería posible solicitar medidas cautelares tras la presentación de la solicitud de concurso, si se justifican hechos o circunstancias posteriores a la solicitud de concurso, que motiven la adopción de medidas cautelares, o bien si todavía no es firme la resolución que declara o desestima la declaración de concurso

Las medidas cautelares deben ser adecuadas al fin de evitar una reducción del patrimonio del deudor y además deben cumplir los requisitos generales que exige la LEC para poder acordarlas. Los requisitos en cuestión son:

1º que el solicitante de las medidas cautelares fundamente su adopción de modo que el tribunal, aun sin prejuzgar el fondo del asunto, emita un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión (art. 728.2. LEC), es decir, el solicitante debe acreditar el "fumus bonis iuris" o apariencia de buen derecho

2º que exista "periculum in mora" o sea que, de no adoptarse las medidas cautelares, podrían producirse situaciones que impedirían o dificultarían la tutela que se pretende con la declaración de concurso (art. 728.1 LEC).

La LEC, en su artículo 733 .1. establece la regla general de que el tribunal proveerá las medidas cautelares previa audiencia del demandado, pero en el art. 733.2.LEC admite que, si así lo pide el demandante y justifica la razón, podrá acordar dichas medidas sin oir al demandado. En derecho concursal cabe la adopción de medidas cautelares, motivándola, inaudita parte (art. 17.1. L.C.), pero, en aras a una efectiva contradicción, se concederá al deudor, la posibilidad de formular oposición, en el plazo de veinte días desde que ha tenido lugar la notificación de la adopción de medidas.

Las posibles medidas cautelares a acordar son las del art. 727 LEC: embargo preventivo de bienes del deudor que todavía no es concursado, intervención o administración judicial de bienes productivos (propiamente la administración concursal, una vez constituida, se encargará de intervenir al concursado o sustituirle en sus facultades patrimoniales), depósito de cosa mueble, anotaciones registrales, orden de cesar provisionalmente en una actividad, intervención y depósito de ingresos, prohibición de disponer de bienes, etc…

Es de observar que, entre las medidas cautelares a pedir con la solicitud de concurso necesario, no se incluye la de embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores de la concursada. Ni aún posteriormente, el acreedor instante del concurso estará legitimado para solicitar tal embargo pues éste sólo puede tener lugar a instancia de la administración concursal, o de oficio (art. 48.3.L.C.), una vez resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable.

Aunque según el art. 728.3 LEC el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado, el art. 17.2.L.C. establece que el juez podrá pedir al solicitante que preste

fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que pudieran producirse al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada. Debe entenderse, por tanto, que la prestación de garantía para que se decrete la medida cautelar no es preceptiva en el ámbito concursal por ser, el exigir o no exigir la fianza, una facultad discrecional del juez.

Las medidas cautelares que se decreten en el auto de declaración de concurso para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor operan hasta la aceptación del cargo por los administradores concursales

Las medidas cautelares que afecten los derechos fundamentales del concursado, tales como la libertad ambulatoria (art. 17 y 19 C.E.), la intimidad (derecho al secreto de las comunicaciones art. 18.3. CE) o la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2. CE) no pueden decretarse sin la audiencia del Ministerio Fiscal y deberán ponderarse las circunstancias (L.O.8/2003 de 9 de Julio, art. 1.3) que el peticionario de la medida ha de alegar en su escrito.

La decisión motivada debe considerar: a) la idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento, b) el resultado u objetivo perseguido, c) la duración de la medida, con fijación del tiempo máximo de su vigencia.

Las medidas cautelares que afectan los derechos fundamentales del concursado son:
a) la intervención de las comunicaciones del deudor, garantizándole el secreto de los contenidos ajenos al interés del concurso,
b) la imposición al deudor del deber de residencia en la población de su domicilio. Si hubiera razones fundadas para temer que el deudor incumpliera tal medida, podría decretarse su arresto domiciliario.
c) entrada y registro en el domicilio del deudor, si negase su consentimiento y hubiese indicios racionales de la existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal.

La adopción de las medidas puede ser:
a) desde la admisión a trámite de la solicitud de concurso, a instancia del legitimado para solicitarlo, previa audiencia del Ministerio Fiscal.
b) desde la declaración de concurso o en cualquier estado del procedimiento, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Frente a las medidas cautelares, el deudor podrá interponer recurso de apelación, que tendrá tramitación preferente, ante la Audiencia Provincial.

En el caso en que haya acreedores con créditos condicionales o contingentes, las medidas cautelares tienen por objeto asegurar que el acreedor reintegrará a la masa, lo que haya percibido del concurso, si se cumple la condición resolutoria. La reintegración a la masa podría dar lugar a la reapertura del concurso por entrada de nuevos bienes.

Si la condición del crédito fuera suspensiva, la medida cautelar consistiría en la constitución de reservas que garantizasen al acreedor contingente, el cobro de lo que le corresponda.

Los legitimados para solicitar las medidas cautelares en el caso de créditos condicionales son el acreedor con crédito contingente de probable confirmación, los demás acreedores, la administración concursal y el concursado.

El trámite procesal es de audiencia da todas las partes, que finalizará con la resolución judicial. Las medidas cautelares podrán consistir en previsiones con cargo a la masa, en el caso de créditos con condición suspensiva y prestación de fianzas por los acreedores con créditos con condición resolutoria.

La finalidad de las medidas cautelares en el trámite de oposición al convenio concursal, es evitar que la demora propia de la tramitación de un incidente concursal de oposición a la aprobación de un convenio, haga imposible su cumplimiento, si el convenio concursal llega a aprobarse por desestimación de la oposición. La medida cautelar podrá consistir en el cumplimiento del convenio bajo las condiciones provisionales que determine el juez (art.129.4 L.C.). Se trata de medidas en interés de la solución convenida en el concurso.

La iniciativa para adoptar estas medidas cautelares es privativa del juez, a la vista del incidente concursal de oposición a la aprobación del convenio.

El embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de la concursada, de hecho o de derecho, y de quienes hayan tenido tal condición en los dos años anteriores, forma parte de las medidas cautelares sobre terceros relacionados con el concurso y tiene lugar cuando resulta fundada la creencia de que el concurso se califique como culpable y siendo la masa activa insuficiente para satisfacer las deudas (art. 48.3.L.C.). La sentencia de

calificación, cuando se produzca, podrá condenar, en firme, a dichos terceros a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

El embargo de bienes de los administradores puede efectuarse de oficio o más probablemente a solicitud razonada de la administración concursal, que normalmente se contendrá en el informe preceptivo que ésta emite.

Aunque a la vista del art. 192 L.C. podría pensarse que la proposición de embargo formulada por la administración concursal se tramite como incidente concursal, con demanda escrita y contestación y con celebración de vista, la urgencia de decidir sobre el particular parece sugerir que se acuda al proceso cautelar previsto en la LEC, que permite prescindir de la previa audiencia de los administradores cuyos bienes van a ser embargados , sin perjuicio de que éstos se opongan a la cautela otorgada, en el plazo de veinte días desde la notificación de la medida, respetándose así el principio de contradicción. La opción de actuar “inaudita parte” requiere la valoración previa de las irregularidades que los administradores contra quienes se adoptan las medidas cautelares hayan podido cometer en su gestión.

Los acreedores carecen de legitimación para pretender personalmente el embargo de bienes de los administradores.

La medida cautelar de embargo de bienes de los socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales será instada por la administración concursal (art. 48.5. L.C.) por decisión propia, o a requerimiento de los acreedores, pero si el requerimiento de éstos no es atendido en el plazo de dos meses, dichos acreedores quedarán subsidiariamente legitimados para solicitar del juez la acción contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad (art. 54.5. L.C.)

Excederían de la competencia del juez concursal las acciones que el propio concursado, si está intervenido y no suspendido en sus facultades, interpusiera contra tercero en defensa de su patrimonio, salvo los casos previsto en la L.C. que atribuye competencia al juez concursal como las acciones de posible responsabilidad dirigidas contra los administradores (art. 48.3.L.C.), las acciones rescisorias o de impugnación por actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor (art. 71.6.L.C.), las acciones de resolución de contratos en curso de cumplimiento (art. 61 y 62 L.C.)

Las demás acciones contra terceros que quiera promover el concursado en defensa de su patrimonio, aunque puedan dar lugar a la integración de bienes

y derechos en la masa activa del concurso, deberán ser conocidas por el juez de primera instancia (art. 85 LOPJ) que corresponda según las reglas de determinación de la competencia que se establecen en los art. 44 á 62 LEC.

Además, si se tratase de un concurso en el que sólo se hubiese decretado la mera intervención de las facultades de administración y disposición de la concursada, sería ésta, y no la administración concursal, la que dispondría de legitimación para iniciar la demanda, con todas las formalidades procesales y con la efectiva posibilidad de contradicción por parte del demandado

CAPITULO IV
NORMAS PROCESALES GENERALES

1. LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL. ATRIBUCIONES.

Los juzgados de lo mercantil se han creado con el objetivo de dar mayor celeridad al dictado de resoluciones judiciales con la deseable calidad técnica. Dentro del ámbito de lo mercantil que tienen asignado queda incluido el conocimiento de las situaciones de concurso.

A) COMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUEZ DEL CONCURSO

La regla general es la implantación de un juzgado de lo mercantil por provincia, pero su jurisdicción en la práctica, es la que resulte de la asignación que les haya sido otorgada al desarrollar el art. 86 bis de la LOPJ. En cualquier caso, según el art. 187.2. de la L.C. el juez tiene la posibilidad de extender su jurisdicción en España, fuera de su competencia territorial, bastándole para tal ampliación la comunicación, con carácter previo, al juez que fuera competente por razón del territorio.[35] La citada ampliación de la jurisdicción del juez, se limita a la posibilidad de efectuar actuaciones de prueba.

La jurisdicción del juez se extiende al ámbito internacional, en lo que se refiera al conocimiento de las acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden inmediata relación con el concurso según el art. 11 L.C.

La actuación del juez fuera de su circunscripción es una alternativa al recurso de auxilio judicial del juez en cuya circunscripción vaya a tener lugar la actuación y aboga a favor de la conveniencia de que sea el juez que conoce del concurso quien actúe, reforzando con ello la aplicación del principio de inmediación judicial en la obtención de las pruebas.

De hecho, si el juez que conoce del concurso, solicita auxilio judicial de otro juez, fuera de su competencia territorial, no es porque adolezca de falta de competencia, pues la tiene y, como consecuencia de la solicitud y del deber de cooperación jurisdiccional, la transmite al Juez territorialmente competente.

[35] Fernández Ballesteros, M.A. "*Derecho Concursal Práctico*" obra citada en pié depágina nº 3, pág 838 "Estamos ante un precepto completamente inútil, pues no se hace más que reiterar normas comunes que hubieran sido de aplicación en el procedimiento concursal por virtud de la remisión general que realiza a la LEC como norma supletoria (Disposición final quinta) …La norma relativa al lugar de las actuaciones judiciales, y que contempla la posibilidad de que el juez del concurso se desplace para realizar actuaciones de prueba fuera del ámbito de su competencia territorial es también una simple reiteración de lo establecido en el art. 129.3,2º LEC y del art. 275 LOPJ".

Los criterios generales de competencia territorial se tratan en los art. 50 y 51 LEC según los cuales, las personas físicas o jurídicas podrán ser demandadas en el lugar donde se desarrolle su actividad y, si ésta se realizase en varios lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor. Tratándose de personas jurídicas, podrán ser demandadas en su domicilio social o en el lugar donde haya nacido la relación jurídica a que se refiere el litigio, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad. Finalmente los entes sin personalidad jurídica, podrán ser demandados en el domicilio de sus gestores o en cualquier otro lugar en que desarrollen su actividad.

Sin embargo, la L.C. se separa de los criterios generales sentados por la LEC, al establecer en el. art. 10 L.C.que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales", entendiéndose por dicho centro, el lugar en que el deudor ejerza de manera habitual y reconocible por terceros, la administración de tales intereses.

Si quien solicita la declaración de concurso es un acreedor, éste podrá elegir entre el juzgado de lo mercantil del domicilio social del deudor, o el del centro de sus intereses principales. Si es el deudor quien solicita el concurso deberá hacerlo donde se encuentre el centro de intereses principales. Para evitar la maquinación de que el deudor, efectúe el cambio de domicilio social de la sociedad en apuros, a efectos de que corresponda un determinado juez de lo mercantil, el art. 10.1.II L.C. declara ineficaz a efectos de la consideración de un determinado juzgado de lo mercantil, como competente, el cambio de domicilio social efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

Los criterios de preferencia sobre el juzgado de lo mercantil competente, cuando se hayan presentado varias solicitudes de declaración de concurso, consisten en considerar preferente el juzgado ante el que se haya presentado la primera solicitud (art. 10.2.L.C.).

Si quien presentó primero en el tiempo, la solicitud de declaración de concurso, no se ratifica en esta solicitud por haber sido consignado su crédito o por otra causa, resultará que la interpretación rigurosa del art. 19.3 L.C. determina que prevalece dicho juzgado aunque no llegue a prosperar la solicitud de concurso solicitada en él.

El art. 10.4. L.C. contempla la posibilidad de que sea solicitada conjuntamente, la declaración de concurso de varios deudores, estableciendo

que sea competente el juzgado correspondiente al centro de intereses principales del deudor que presente mayor pasivo o si se tratase de un grupo de sociedades, el centro de sus intereses principales de la sociedad dominante.

Se considerará concurso principal en el ámbito internacional, el solicitado en el juzgado de lo mercantil correspondiente al centro de intereses del deudor. Si éste está en España, dicho concurso afectará a todo el patrimonio del deudor, incluidos los bienes situados en el extranjero. Si el deudor no tiene su centro de intereses principales en España, pero tuviese en territorio español un establecimiento, se podrá instar el denominado "concurso territorial" del deudor. A este concurso territorial se encuentran vinculados únicamente los bienes del deudor que se encuentren en España, pero si el deudor es declarado en concurso en el lugar donde tiene su centro de intereses principales en el extranjero, dicho concurso por ser considerado principal, abarcará los bienes que tenga el deudor en cualquier país.

El juez del concurso analizará de oficio su competencia y determinará al amparo de los apartados 1 y 3 del art. 10 L.C. si se trata de un concurso principal o territorial.

El art 187.1.L.C. trata del aspecto temporal, para la práctica de las diligencias, facultando al Juez para habilitar los días y horas necesarias para aquellas cuestiones que considere urgentes y asimismo para realizar actuaciones fuera del ámbito de su competencia, poniéndolo previamente en conocimiento del juez competente.

Tales menciones resultan reiterativas del contenido del art. 184.2 LOPJ que prevé la ampliación del espacio temporal en que realizar las diligencias urgentes y del art. 131.1 LEC que recoge las mismas facultades. La consideración de actuaciones urgentes resulta del art. 131.2 LEC, que considera que son aquéllas cuya demora puede causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de Justicia o puedan provocar la ineficacia de una resolución judicial. No cabe recurso alguno impugnando la ampliación del espacio temporal pues así lo disponer el art. 131.4 LEC.

B). COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL DEL JUEZ DEL CONCURSO

El conocimiento de todas las materias que revisten especial trascendencia para el patrimonio del deudor ha sido conferido por la L.C. al juez del concurso. La jurisdicción exclusiva y excluyente de dichas materias al juez del concurso, está motivada por la voluntad de hacer del concurso un único

procedimiento que permita una práctica y ágil solución a cuantos problemas surjan y afecten al patrimonio del deudor. Así resulta del art. 2.7 de la LORC que incluye en la LOPJ el art. 8ter y su correlativo art. 8 L.C. En virtud de dicho artículo, el juez del concurso será competente en exclusiva para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores), las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo, incluyendo al personal de alta dirección y toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado (art. 17.L.C).[36] Igualmente corresponderá al juez del concurso la acción de responsabilidad frente a los administradores concursales por los trámites del juicio declarativo (art. 36.4 L.C.)

El art. 9 L.C. extiende la jurisdicción del juez del concurso a "todas las cuestiones prejudiciales, administrativas o sociales, directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal".

El juez del concurso conocerá también de toda ejecución que tenga lugar contra los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, con independencia del órgano jurisdiccional que la hubiese ordenado (art. 8.3.L.C.), con las siguientes excepciones:

1ª- "art. 55.1.II.L.C. Los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio, así como las ejecuciones laborales en las que se hubiera embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor."

2ª- "art. 56.2.L.C. in fine. Los procedimientos de ejecución de garantías reales en los que ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto, al tiempo de declaración del concurso, siempre que aquellos no sean necesarios para la continuidad del proceso productivo."

[36] SSTC 14/1992 y 148/1993 "No hay duda de que la tutela cautelar ha cobrado especial significación en los últimos tiempos, sobre todo a raíz de su consideración por el Tribunal Constitucional como parte integrante del derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. En este sentido es sobradamente conocida la doctrina del Tribunal Constitucional que aúna la efectividad predicable de la tutela judicial a la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso"

En cuanto a la declinatoria, su interposición no suspende el procedimiento concursal y todo lo actuado, aunque la declinatoria prospere, resulta válido. (art. 12.3.L.C.) Esta norma corresponde al espíritu del legislador de querer reprimir la utilización de la declinatoria con fines dilatorios.

2.LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER UN PROCESO CONCURSAL

La legitimación para solicitar la declaración de concurso se detalla en el art. 3 L.C. y parte de la vigencia absoluta del principio dispositivo o de rogación, es decir la Ley no admite la declaración de oficio del concurso de acreedores pues el juez no tiene facultades para tal declaración aunque la insolvencia del deudor sea evidente y notoria. La Ley ni siquiera prevé que el juez pueda de oficio adoptar medidas cautelares aunque, por supuesto que puede hacerlo a petición de legitimado para instar el concurso necesario.

Está legitimado para solicitar la declaración de concurso el propio deudor, sea persona natural o jurídica, entendiéndose que en este último caso será el órgano de administración o de liquidación quien podrá formularla. Si la persona jurídica deudora es una asociación, la decisión de presentar solicitud de declaración de concurso corresponde al órgano de representación que gestiona o representa los intereses de la asociación (art. 11.4, en relación con el 7.1.h de la LOA de 22 de Marzo de 2002).

También podrán solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, sus socios o miembros integrantes que sean personalmente resposables de las deudas de la sociedad (socios de una sociedad colectiva) (art. 3.3.L.C.)

Si el deudor insolvente es persona natural, menor de edad, la decisión de presentar la solcitud de concurso corresponde a las personas que tienen la representación legal del menor (los padres, según el art. 162 C.c.) o el tutor (art. 222.2º C.c.). Si se tratara de un mayor de edad incapacitado, la decisión corresponde ría al tutor (art. 222.2º C.c.).

El derecho del deudor a solicitar la declaración del propio concurso viene condicionado a que se encuentre en estado de insolvencia cuanto menos inminente, si no actual. Si la insolvencia fuese actual, el derecho a solicitar la declaración de concurso se convierte en un deber.

El deudor que se hubiere obligado por pacto con uno o más acreedores a no solicitar la declaración de concurso, estaría ante un pacto válido al amparo del art. 6.2.C.c., mientras no incurra en insolvencia actual, o hasta que transcurran dos meses desde su situación de insolvencia actual ya que éste es el plazo que la L.C. le concede para que cumpla su deber de presentar solicitud de declaración de concurso voluntario.

Los acreedores que hayan firmado tal pacto, si no es cumplido por el deudor en el estado de insolvencia inminente de éste, tendrán derecho a ser

indemnizados por la masa del concurso. Si el pacto es violado cuando el deudor está en estado de insolvencia actual, los acreedores firmantes del pacto nada podrán alegar.

Según el art. 212.2º L.C. el representante del procedimiento extranjero podrá solicitar la declaración de un concurso territorial.

Además del deudor y los demás legitimados referidos, los acreedores están legitimados para solicitar la declaración de concurso del deudor (concurso ncecesario), siempre que tengan un interés legítimo, es decir no tendría interés legítimo quien tuviera su crédito completamente garantizado. El acreedor sólo tendrá que expresar las características del crédito del que sea titular y deberá aportar el documento de su crédito (art.7.1.I,L.C.) El acreedor tiene un derecho a instar la declaración de concurso de su deudor pero tal facultad no es un deber, por importante que pueda ser su crédito. Sin embargo la LC., para motivarle ha instituído un privilegio general parcial de su crédito en cuanto al 25 % de su importe, siempre y cuando su crédito no tuviese el carácter de subordinado (art.91.6º L.C.) y que el concurso sea declarado a raíz de la solicitud por él presentada.

Cualquier acreedor podrá solicitar la declaración de concurso necesario, salvo que su crédito hubiese sido adquirido por actos inter vivos dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud (art. 3.2 L.C.) y que en el momento de la adquisición del crédito, éste estuviera vencido, pues si no estuviera vencido en el momento de su adquisición, sí que podría solicitar la declaración de concurso.

Estará legitimada para solicitar la declaración de concurso, la sociedad acreedora que hubiera adquirido el crédito como consecuencia de la transmisión en bloque de bienes y derechos que se produce con la fusión, sea para creación de una nueva sociedad, sea para absorberla (art. 233.1.L.S.A.) o como consecuencia de la escisión total o parcial (art. 252.1.L.S.A.)

La legitimación para instar la declaración judicial de concurso (necesario) comporta también la legitimación para solicitar la adopción de medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor (art. 17.1.L.C.). El derecho a instar la declaración de concurso lo ostenta cualquier acreedor aunque la cuantía de su crédito sea ínfima. El problema que tiene este acreedor es que si finalmente el concurso no es declarado, es condenado en costas y puede ser requerido a indemnizar los daños y perjuicios. No afecta a la legitimidad para solicitar el concurso que el crédito tenga carácter civil, mercantil o laboral. Tampoco es significativo que

el crédito esté vencido y resulte exigible o que no reúna tales requisitos, o que el deudor se encuentre o no en mora respecto del titular del crédito. La solicitud de concurso no exige actuación previa de reclamación judicial o extrajudicial y no requiere disponer de título que tenga reconocida ejecución (art. 517 LEC). Tampoco afecta a la posibilidad de solicitar el concurso del deudor que el crédito del acreedor sea preferente, ordinario o subordinado aunque, en este último caso, el instante no se beneficiará de la preferencia del 25 % de su crédito, que le correspondería por ser el instante del concurso si fuera declarado y si su creédito no fuera subordinado.

La renuncia, por pacto entre el deudor y uno o varios de los acreedores, a que los acreedores ejerzan su derecho de solicitud de declaración de concurso necesario es válida, como en el caso de ser el deudor quien hubiera adquirido tal compromiso, en virtud del art. 6.2.C.c.

No están legitimados para instar la declaración de concurso quienes sólo tengan una expectativa jurídica de crédito, ni quienes hayan sido titulares de un derecho de crédito caducado o a quienes les haya prescrito la acción para hacerlo efectivo.

Aunque los créditos sometidos a condición suspensiva son reconocidos como créditos contingentes sin cuantía propia, con la calificación que les corresponda y aunque estén legitimados en el proceso del concurso con las limitaciones de suspensión de los derechos de voto y de cobro, sus titulares no están legitimados para instar la declaración de concurso puesto que no son titulares de un crédito (art. 1113 I C.c.). Aunque antes del cumplimiento de la condición suspensiva, el acreedor puede ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho de crédito según el art. 1121.I C.c., la solicitud de declaración de concurso no puede ser considerada “acción de conservación” y por tanto tal acreedor, no puede solicitar la declaración de concurso

Carecen igualmente de legitimación para solicitar la declaración de concurso los propietarios de bienes o titulares de derechos que se encuentren en poder del deudor, sin que éste tenga derecho de uso, garantía o retención sobre los mismos, por cuanto no son acreedores. Sí que podrán hacer uso de su derecho de separación de los bienes o derechos de su propiedad en poder del concursado amparándose en el art. 80.1.L.C. Para ello se dirigirán a la administración concursal poniendo su derecho de manifiesto.

Un acreedor puede solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios estre éstas o

en caso de personas jurídicas, si éstas forman perte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones (art.3.5 L.C.).

El acreedor que haya perseguido infructuosamente los bienes de su deudor, está legitimado por subrogación a solicitar la declaración de concurso del deudor del deudor (debitor debitoris), si se dan los presupuestos objetivos del art. 2 L.C en cuanto a dicho debitor debitoris. El instante del concurso no actúa por "iure propio" sino por "iure alieno" en virtud del art. 1111 C.c. (acción pauliana). Precisamente porque el acreedor actúa en vía subrogatoria, los efectos positivos de la solicitud de la declaración judicial de concurso, no benefician al solicitante, sino al acreedor cuyo derecho ejercita el instante. La preferencia en cuanto al 25 % del crédito del primer deudor (art. 91.6º L.C.) beneficia a éste.

Por cuanto esta acción subrogatoria es subsidiaria, para que la solicitud de declaración de concurso pueda ser admitida a trámite, el instante tendrá que acreditar la pevia excusión de bienes del patrimonio que pudiera haber tenido su deudor directo. La persecución infructuosa de bienes y derechos tiene que haberse realizado en procedimiento anterior y deberá acreditarla el instante de la solicitud de declaración judicial de concurso al presentarla.

Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente (art. 3.4.L.C)

El legitimado en todos los casos debe presentar la solicitud por medio de procurador legalmente habilitado para actuar ente el juez que vaya a conocer del concurso de acreedores (art. 184.2.L.C. y 194.6 L.C., en relación con el art. 23.1.LEC)

Vistas las legitimaciones para solicitar la declaración de concurso, es oportuno ver quienes pueden ser parte en el desarrollo del procedimiento

Según el art. 184 L.C.: son reconocidas como partes, el deudor y los administradores concursales y, si del proceso pudiera derivarse la responsabilidad del "Fondo de Garantía Salarial" para el abono de salarios e indemnizaciones, también el Fondo será parte en el proceso. Si procede la apertura de la Sección sexta de calificación del concurso, el ministerio fiscal será igualmente parte, y también lo será, en determinadas ocasiones específicas del proceso concursal en que la L.C. establece su audiencia.

El deudor es parte necesaria de todo proceso concursal pues, si no hay deudor, no hay concurso y es quien habrá instado el concurso voluntario o frente a quien se habrá instado el concurso necesario. Será parte en todas las Secciones o piezas separadas del proceso concursal, sin necesidad de comparecencia en forma.

El "Fondo de Garantía Salarial" y el Ministerio Fiscal son partes contingentes o facultativas ya que no estarán presentes en todos los concursos. La atribución a los administradores concursales de la condición formal de parte, resulta del art.184.5 de la L.C.: "los administradores serán oídos siempre, sin necesidad de comparecencia en forma", pero cuando intervengan en recursos o incidentes deberán hacerlo asistidos de letrado. Como regla general, la dirección técnica de estos recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal. La representación y defensa de los trabajadores se ajustará a la Ley de Procedimiento Laboral y las Administraciones públicas actuarán según su normativa procesal específica. Los acreedores para comunicar sus créditos o para asistir a juntas (art. 184.3. L.C.) no precisan comparecer en forma.

Con carácter general, tanto el deudor, en la solicitud de declaración de concurso voluntario, como los acreedores, en caso de concurso necesario, deberán comparecer representados por procurador y asistidos de letrado (art. 184.2), e igualmente deberán comparecer representados por procurador y asistidos de letrado, quienes tengan interés legítimo en el concurso.(art. 184.3 y 184.5 de la L.C.) para interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración.

En virtud del art.156 LEC el juez está facultado para que, de oficio o a instancia de parte, pueda realizar las averiguaciones necesarias sobre el domicilio del demandado, si éste no fuera conocido y según el art. 184.7 L.C. el juez puede emplear los medios que considere oportunos para averiguar dicho domicilio y agotados éstos, el juez podrá dictar auto de admisión de la solicitud de concurso con base en los documentos y alegaciones aportados por los acreedores, debiendo entenderse que, aunque la L.C. no lo diga aquí, es de aplicación la notificación por edictos que establece la LEC en su art.164.

En caso de fallecimiento del deudor, persona física, se aplicarán las normas de sucesión previstas en el art. 16 de la LEC.

3. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

El procedimiento se divide en seis secciones que se denominan por el ordinal que se les atribuye por la L.C., pero dichos ordinales no se corresponden con una sucesión en el tiempo, ya que el contenido de las secciones viene determinado por la materia que contienen. Así p.e. la Sección Primera abarca desde la declaración del concurso, hasta su reapertura incluida, si tal reapertura tiene lugar, tras haber transcurrido todo el procedimiento concursal.

El art. 183 L.C. es el que divide el procedimiento concursal en dichas seis Secciones, existiendo para tal división el antecedente de la LECA 1.881, que regulaba el proceso de quiebras en cinco secciones, según se exponía en el art. 1321 LECA 1.881 de que el proceso "se dividirá en cinco secciones arreglando las actuaciones de cada una de ellas en su respectiva pieza separada, que se subdividirá en los ramos que sean necesarios para el buen orden y claridad del procedimiento, y para que éste se curse con la rapidez posible, sin entorpecerse por incidentes que no puedan sustanciarse a la vez."

Ahora, la Sección tiene como subdivisión la pieza separada, por lo que el procedimiento, en su conjunto, se divide en seis Secciones y cada una de éstas en piezas separadas, habiéndose suprimido los "ramos" previstos en la legislación anterior.

Frente a la predeterminación legal de las secciones del concurso, la tramitación de actuaciones en piezas separadas no está tasada legalmente aunque, la Ley prevé su formación, en los siguientes casos:

Los procesos declarativos pendientes al tiempo de la declaración de concurso que se continúan tramitando en los juzgados correspondientes, son piezas separadas

Según el art. 57.1. L.C., el juez acordará la tramitación en pieza separada de las ejecuciones de garantías reales.

La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado, persona física, según el art. 21.1.7º L.C. puede tramitarse en pieza separada.

La determinación de las causas del incumplimiento del convenio y correspondiente depuración de las posibles responsabilidades que procedan, según el art. 167.2.2º L.C. dará lugar a la formación de una pieza separada

dentro de la sección de calificación que se halle abierta para su tramitación de forma autónoma.

En cualquier caso, bajo la supervisión del juez del concurso, la ordenación material de las actuaciones, en las correspondientes secciones y piezas separadas corresponde al secretario judicial, según establece la disposición adicional 6ª de la L.C. referente a las funciones de los secretarios judiciales.

Además de la necesidad de crear piezas separadas cuando lo establece la L.C., resulta conveniente su creación para el "buen orden y claridad del procedimiento", que ya reconocía la LECA1881 en su artículo 1.321 y, ahora, la conveniencia se pone en evidencia cuando se promueve un "incidente concursal".

Las Secciones previstas por la Ley Concursal , son las siguientes:

1ª La **Primera** que comprende todo lo relativo a la declaración del concurso, las medidas cautelares y su ejecución, la resolución final de la fase común, la conclusión y en su caso, la reapertura del concurso. Se formará, una vez declarado el concurso voluntario o cuando se admita a trámite la solicitud de declaración de concurso necesario.

2ª La **Segunda** contendrá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y en su caso a la responsabilidad de los administradores concursales.

Esta Sección no es la única que trata de la administración concursal por cuanto, el auto de declaración de concurso debe contener el nombramiento y las facultades de los administradores concursales y del deudor respecto de su patrimonio, quedando el deudor sustituido o sólo intervenido (art. 21.1.2º L.C.).

La Sección segunda parece referirse a las modificaciones e incidencias que se produzcan en la administración concursal a lo largo del procedimiento.

3º La **Tercera**, comprende lo relativo a la determinación de la masa activa, a las acciones de reintegración y de reducción de la misma, a la realización de bienes y derechos que integran la masa activa y al pago a los acreedores y a las deudas de la masa.

Los límites entre el pago a los acreedores y dicho pago en fase de liquidación, no están suficientemente definidos. La liquidación corresponde a la Sección quinta.

La Sección tercera, al igual que la segunda, se inician una vez declarado el concurso, encabezándose con el auto o en su caso, con la sentencia que hubiese ordenado su formación. (art. 21.3.L.C.)

4ª La Sección **Cuarta** contendrá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.

La Sección cuarta se abrirá una vez declarado el concurso, encabezándose con el auto o, en su caso, la sentencia que hubiese ordenado su formación (art. 21.3.L.C.)

5ª La Sección **Quinta** contendrá lo relativo al convenio o, en su caso, a la liquidación que son el fin último del proceso concursal: satisfacer el crédito de los acreedores.

Aunque tanto el convenio como la liquidación son igualmente válidos, la Ley opta a favor del convenio y no de la liquidación, obviamente porque el convenio mantiene la actividad de la empresa y el empleo de los trabajadores.

Esta Sección quinta surge una vez finalizada la fase común del concurso, sea mediante un auto que así lo declarará y que ordenará abrir la fase de convenio (art. 111 L.C.) o la fase de liquidación (art. 142 L.C.

Formarán parte de esta Sección quinta, todos los trámites previstos hasta la aprobación del convenio, incluyendo la oposición a su aprobación (art. 128 y stes. L.C.), así como el cumplimiento del convenio (art. 139 L.C.) o su incumplimiento (art. 140 L.C.)

La distinción de la inclusión de la actividad liquidatoria en la Sección tercera o quinta, no resulta indiscutible, según el texto de la L.C.

6ª. La Sección **Sexta** contiene lo relativo a la calificación del concurso y sus efectos.

Se ordenará la formación de esta Sección cuando el convenio aprobado tenga una quita superior a un tercio de los créditos o una espera superior a los tres años o cuando se opte por la liquidación.

La Sección sexta se encabezará con la resolución judicial correspondiente aprobando la quita o la espera a que se refiere el párrafo anterior.

= = = = =

Además, la L.C. prevé dos trámites: el de la tramitación ordinaria y el de la tramitación abreviada de los concursos

A) TRAMITACIÓN ORDINARIA

Tiene lugar cuando el deudor (persona natural o jurídica) de acuerdo con la legislación mercantil no esté autorizado a presentar balance abreviado por superar los límites establecidos para ello y por tanto deba presentar balance ordinario y cuando la estimación de su pasivo supere el millón de euros. Las empresas que estén en estas condiciones deberán auditar sus cuentas anuales y el informe de gestión.

Como su nombre indica, esta tramitación es la ordinaria para la que la administración concursal estará formada por tres administradores y los plazos para las actuaciones serán los establecidos en la L.C.

B) EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El ámbito de aplicación del procedimiento abreviado se delimita en el art. 190.1.L.C. según el que, se aplica a los deudores que, conforme a la legislación mercantil están autorizados a presentar balance abreviado y cuyo pasivo estimado inicialmente sea inferior a un millón de euros. Tal procedimiento encuentra su razón de ser en el deseo de simplificación y de lograr una celeridad en la tramitación del proceso concursal y de alcanzar una mayor eficacia y economía del procedimiento. Esta variante del proceso concursal ha sido una novedad introducida por la Ley Concursal de 2003.

Es el juez quien decide sobre la adopción del procedimiento abreviado, sea de oficio o a instancia de parte, y sobre la conversión del procedimiento ordinario en abreviado y viceversa (art. 190.2.L.C.) siempre que se den los requisitos del referido art. 190.1.L.C.).

No existe paralelismo entre el procedimiento abreviado concursal y los procedimientos ambién llamados“abreviados” de los ámbitos jurisdiccionales penal y administrativo, que tienen un cauce específico para la tramitación de la causa, mientras que en el procedimiento abreviado concursal se trata sólo de una especialidad procesal de simplificación, o de una modalidad procesal ya que las normas del concurso (actos, trámites y fases) son los mismos en el procedimiento concursal ordinario que en el abreviado.

En cuanto a la estimación del pasivo, en el caso de concurso voluntario se realizará en base a la documentación y los datos que sobre su propia situación económica ofrezca el deudor solicitante del concurso voluntario (Art,. 6 L.C.), concretamente en la relación de acreedores y cuantía de los créditos y garantías (art. 6.2.4º L.C.) y la demás información contable que debe proporcionar quien esté obligado a llevar contabilidad.

La dificultad de estimación inicial del pasivo es mayor cuando se trata de un concurso necesario ya que, quien o quienes lo hayan instado, aportarán sólo información de sus créditos. Será posteriormente cuando la administración concursal haya emitido su informe, cuando se podrá hacer una estimación fiable sobre el pasivo total del deudor pero, obsérvese, que el plazo para emitir el citado informe, es precisamente el que es motivo de reducción en el procedimiento abreviado, en el que también se reduce el número de administradores concursales que en el procedimiento ordinario es de tres y en el abreviado solamente uno. Al iniciarse el procedimiento serán los tres administradores concursales quienes habrán preparado los datos del pasivo y el informe que servirá de base para la reducción del número de administradores y para la tramitación del concurso por el procedimiento abreviado.

El otro presupuesto para la tramitación del concurso como abreviado, que establece el art. 190.1.L.C., es que el deudor esté autorizado por la legislación mercantil a presentar balance abreviado, lo que en principio sólo se aplicaba a determinadas formas societarias (S.A., S.L., Cooperativas, Fundaciones, Asociaciones), no así a las Sociedades de Garantías Recíprocas, para las que se excluye la posibilidad de llevar cuentas abreviadas, al quedarles excluida la aplicación del art. 181,L.S.A., pero la Ley 62/2003 de 30 de Diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, amplió el ámbito de aplicación del sistema simplificado a todos los sujetos contables (Dis.Adc. 14ª). El desarrollo reglamentario de esta Ley se hizo por RD. 296/2004 de 20 de Febrero.

La conversión del procedimiento ordinario en abreviado y viceversa, se regula en el art. 190.2.L.C. y tal conversión es consecuencia de la apreciación a lo largo del procedimiento de que se dan los presupuestos de uno u otro procedimiento y podrá efectuarse tanto de oficio como a instancia de parte, siendo oportuno dar traslado a las partes antes de decretar la conversión. La decisión tendrá forma de auto sometido al régimen general de recursos (art. 197 LC.).

El art. 190.2.L.C. también establece el principio de no retroacción de las actuaciones al procederse a la conversión de procedimiento y de conservación de lo actuado. Sin embargo, si un procedimiento que se ha tramitado como abreviado, se convierte en ordinario, una parte puede considerar que los breves plazos del procedimiento abreviado le impidieron el ejercicio de algún derecho en el proceso, por lo que ahora, en el procedimiento ordinario, parece debería de permitírsele realizar la concreta actuación que vió imposibilitada.

En cuanto al contenido específico del procedimiento abreviado, sus particularidades se desarrollan en el art. 191.L.C. y consisten en una reducción en el tiempo de ciertos plazos y una reducción orgánica en los miembros de la administración concursal. El juez adopta el procedimiento especial abreviado para la tramitación del concurso con carácter facultativo, si se cumplen los presupuestos del art. 190.L.C., pero no está obligado a tal decisión si considera que el buen desarrollo del proceso concursal no aconseja la reducción de plazos como p.e. plazo de comunicación de los créditos a la administración concursal o plazo para que el deudor presente los documentos previstos en el art. 6.L.C.

Los plazos que pueden reducirse en la tramitación del procedimiento abreviado son los del proceso concursal por lo que los plazos de prescripción, de responsabilidad, etc… que se establecen en la LEC no se verán alterados. En cuanto a la composición de la administración concursal, ésta será unipersonal en el procedimiento abreviado y el administrador deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado con cinco años de experiencia. Sin embargo, el juez motivadamente puede mantener la administración colegiada de tres administradores, aunque se trate de un procedimiento abreviado (art. 191.2.).

No cabe la constitución de una administración concursal formada por dos administradores por razón del art. 27.1.LC., que establece que sean tres, determinando sus titulaciones. Posteriormente en el art. 27.2.3º establece que en el procedimiento abreviado la administración concursal puede estar integrada por un solo miembro. La administración concursal no puede estar

formada por dos miembros por cuanto, la alternativa a una norma legal preceptiva, es la aplicación de otra norma preceptiva existente y no una actuación o gradación discrecional por eventualidades no previstas legalmente.

C) RECURSOS CONTRA LA RESOLUCIÓN A LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

Los recursos son distintos si la declaración de concurso fue solicitada por el deudor o si lo fué por otro legitimado. La diferencia se debe a que en el primer caso, no ha habido contradicción, mientras que en el segundo, el deudor habrá sido emplazado (art. 15 y 18 L.C.) para que se allane a la solicitud, o para que se oponga.

El régimen concreto de recursos contra la resolución de la solicitud de declaración de concurso, se separa del régimen de recursos que, con carácter general, aparece en el art. 197.L.C.

Los recursos frente a la resolución de la solicitud de concurso presentada por el deudor, estarán motivados por la inadmisión de su solicitud de declaración de concurso o por su desestimación.

Los artículos 13.2 y 14.3 L.C. establecen que ante el auto desestimatorio de la solicitud de concurso presentada por el deudor sólo cabrá recurso de reposición, lo que concuerda con el contenido del art. 197.2.L.C., según el que las providencias y autos que dicte el juez del concurso, sólo cabrá recurso de reposición. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición no cabrá recurso alguno según el art. 197.3., pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima. Sin embargo, tanto en el caso de inadmisión de la solicitud de concurso, como en el de su desestimación, el procedimiento concursal habrá finalizado y por tanto no habrá ya apelación en la que reproducir el recurso por cuanto la inadmisión o la desestimación serán firmes.

Esta situación contradice lo que establece el art. 455.1.LEC, sobre las resoluciones recurribles en apelación, donde se dice que “las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables en el plazo de cinco días.” La LEC es supletoria de la L.C., salvo cuando ésta determine otra cosa, como sucede en este caso.

La intervención de los demás legitimados distintos del deudor en la tramitación de la solicitud de declaración de concurso presentada por éste, queda excluida en base a que, en la solicitud formulada por el deudor no se prevé la contradicción por considerarse que quien mejor conoce su situación patrimonial es el propio deudor y, para declarar el concurso, sólo es necesaria la acreditación de tal situación de insolvencia.

Esta opción de excluir a los otros legitimados en el trámite de estimación o desestimación de la solicitud de concurso presentada por el deudor, es coherente con la consideración de que éste es quien mejor puede conocer su situación, pero abre la puerta a la posibilidad de que un deudor se declare insolvente, sin serlo, para obtener la paralización de las ejecuciones singulares, la suspensión del devengo de intereses de sus deudas y la eventual ventaja de conseguir, mediante un convenio concursal, importantes quitas y esperas. El legislador ha optado por confiar en el buen criterio del juez quien analizando la documentación presentada por el deudor y a la que se refiere el art. 6.L.C., evitará la admisión de una insolvencia ficticia.

Está excluida la intervención de los demás legitimados, distintos del deudor, en el trámite de la decisión sobre la solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor, porque dichos demás legitimados no son parte en la solicitud de la declaración de concurso solicitado por el deudor, pues éste es la única parte que ha comparecido.

Una vez declarado el concurso cabría considerar si, quien tenga interés legítimo en el concurso, como es el caso de los acreedores, podría impugnar el auto de declaración de concurso amparándose en el art. 184.4.L.C. que establece que “cualesquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso podrán comparecer siempre que lo hagan representados por procurador y asistidos por letrado”, pero la comparecencia a que se refiere este artículo sería para promover un incidente concursal y las partes en un incidente concursal son aquellas contra las que se dirige la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora y aquí la pretensión de quien quiera oponerse a la declaración de concurso va dirigida al juzgado y no a una “parte demandada”

Cuando el deudor ha instado la declaración de concurso y éste es declarado, en el mismo auto se decidirán otras cuestiones, tales como la intervención o suspensión de las facultades del deudor, por lo que el concursado puede querer impugnar en reposición, las medidas concretas que resulten contrarias a sus intereses y tal recurso será admisible al amparo del art. 197.2.L.C. que

permite el recurso de reposición contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso

Los recursos contra el auto que resuelve la solicitud de concurso instada por otros legitimados distintos del deudor, se detallan en el art. 20.2.L.C. que dice así:

"Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario, en tal caso habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento total o parcial, de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado. Si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración de concurso, las partes podrán oponerse a las concretas medidas adoptadas mediante recurso de reposición."

El deudor está legitimado para recurrir el auto de declaración de concurso necesario, a pesar de que ya tuvo oportunidad de oponerse a ésta, al ser emplazado a la vista prevista en el art. 19 L.C. La posibilidad de recurrir del deudor estará tanto más justificada en el caso de que hubiera incomparecido a la vista, aunque su derecho a recurrir es independiente de tal comparecencia y aunque sus argumentos serán probablemente los mismos que pudo exponer en la vista.

Las razones para apelar ante la Audiencia, el concurso declarado por el juzgado de lo mercantil, podrán ser, cuanto menos las siguientes:

En cuanto a los acreedores, para que se levante la paralización de sus ejecuciones, que habrá tenido lugar en virtud del art. 55.2 y 56.L.C., con el fin de conseguir el cobro de sus créditos con la ejecución de los bienes embargados al deudor. También para evitar la suspensión del devengo de intereses de los créditos que hayan podido conceder (art. 59.L.C.), o para levantar la prohibición de compensación de créditos y deudas con el deudor a la que se refieree el art. 58 L.C., o para evitar la resolución de los contratos prevista en el art. 61.L.C., si les interesase su cumplimiento.

Al concursado, le puede interesar apelar la declaración de concurso necesario para mantener sus plenas facultades de administración y por creer que podrá superar la situación. Esto último será bastante difícil, dado que habiendo incurrido en los hechos del presupuesto objetivo del art. 2. L.C. que pusieron en evidencia la insolvencia que ha dado lugar a la declaración de concurso y considerando además que el art. 5.L.C. impone al deudor el deber de solicitar

la declaración de concurso cuando existe una insolvencia actual, la apelación no parece que pueda prosperar. Además el deudor ya tuvo oportunidad de oponerse a la declaración de concurso necesario, en el curso de la vista a la que se refiere el art. 19 L.C., y si ya se opuso, pobre debió de ser su defensa cuando no logró evitarla (art. 18 y 19 L.C.).

Por el contrario, las razones para apelar ante la Audiencia, el concurso desestimado por el juzgado de lo mercantil, entre otras, podrán ser:

a) En cuanto a los acreedores, para provocar la paralización de las ejecuciones de otros acreedores que, de no paralizarse reducirán el patrimonio del deudor (art. 49 L.C) o para evitar nuevos juicios declarativos o procedimientos arbitrales (art. 50 y 52 L. C.).

b) Para el deudor, las razones para la apelación de la desestimación de la solicitud de concurso necesario, serán la paralización de las ejecuciones en curso, de los apremios administrativos, lograr la suspensión del devengo de intereses, enervar el desahucio en arrendamientos urbanos (art. 70 L.C.) y la posibilidad de alcanzar un convenio concursal, con quitas de hasta el 50 % y esperas de hasta cinco años.

La resolución de la Audiencia Provincial del recurso de apelación sobre la declaración o no de concurso es irrecurrible ya que los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal queda restringida por el art. 197.6.L.C. a las “sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta.”

El establecimiento por la L.C. de dos tipos de recursos: el de apelación para la impugnación de la declaración de concurso y el de reposición para impugnar pronunciamientos concretos distintos de la declaración de concurso, da lugar a que nos planteemos cómo deberá actuar el recurrente si pretende la impugnación de la declaración de concurso y además, para el caso en que fuera confirmada, la impugnación de los pronunciamientos concretos que le parezcan perjudiciales.

Aquí caben distintas posibilidades:

A) Recurrir según las estrictas disposiciones legales, es decir, interponiendo recurso de apelación contra la declaración de concurso y el de reposición contra los pronunciamientos considerados perjudiciales. Dicho planteamiento del recurso de reposición parecería admitir que se acepta la declaración de

concurso. Para evitar dicha contradicción, algunos autores, basándose en que el art. 20.2.L.C. dice que "si se trata de recurrir únicamente_alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración de concurso, las partes podrán oponerse a las concretas medidas adoptadas mediante recurso de reposición", interpretan que si no son únicamente los demás pronunciamientos los que se impugnan, sino también la declaración de concurso, deja de ser el recurso de reposición el adecuado para recurrir las concretas medidas adoptadas y que es en el recurso de apelación donde deberán plantearse todas las impugnaciones.

Los inconvenientes graves de esta interpretación son:

1º) que cabe interpretar por el contenido del mismo art. 20.2.L.C., que las audiencias no tienen competencia funcional para resolver sobre los otros pronunciamientos distintos de la ratificación o revocación de la declaración de concurso y además porque corresponde al juez de lo mercantil la concentración de actuaciones, entre las que se encuentran todos los pronunciamientos establecidos en el art. 21.L.C. relativo al auto de declaración de concurso.

2º) la posible coexistencia del recurso de apelación que engloba la impugnación de la declaración de concurso más la impugnción de los pronunciamientos de ciertos aspectos del auto de declaración de concurso ante la Audiencia Provincial, coexistencia con recursos de reposición de otros legitimados que impugnen sólo aspectos del auto de declaración, ante el juzgado de lo mercantil. Podrá haber, por tanto, resoluciones de la Audiencia Provincial incompatibles o discrepantes de lo que resuelva el juez de lo mercantil sobre los mismos puntos.

B) Hay autores que consideran improcedente cualquier recurso de reposición cuando se interponga el de apelación para combatir la declaración de concurso más ciertos aspectos del auto de declaración y que, tales recursos de reposición deben ser inadmitidos. Esto significa que los recursos de reposición posteriores al escrito de preparación del recurso de apelación deberán ser inadmitidos y los anteriores desestimados.

Quienes quieran, no obstante, recurrir los pronunciamientos de ciertos aspectos del auto de declaración, pero no la declaración, al amparo del art. 461.1 LEC, al tener traslado del recurso de apelación, podrán presentar ante el juez que declaró el concurso, escrito de impugnación de la resolución apelada en lo que les resulte desfavorable.

Los inconvenientes de esta interpretación son:

1º) que la L.C. no prevé que los recursos de reposición de los recurrentes contra los pronunciamientos de ciertos aspectos del auto de declaración, distintos de la propia declaración, sean improcedentes tras la presentación del escrito de preparación del recurso de apelación.

2º) si el apelante inicial contra la declaración de concurso desiste de su recurso de apelación, la Audiencia Provincial tendrá que resolver sobre los demás aspectos del auto de declaración, lo que contradice el art. 20.2. LC.

C) Corresponde a la Audiencia Provincial decidir sobre la procedencia de la declaración de concurso, tanto si tal declaración ha sido ya efectuada por el juzgado de lo mercantil, como si éste la desestimó

En el caso de que la Audiencia revoque la declaración hecha por el juzgado de lo mercantil, remitirá los autos a éste, para que ante él se tramiten, en su caso, las solicitudes de indemnización por los daños y perjuicios causados.

Si, por el contrario la Audiencia decide que debe declararse el concurso, que había sido desestimado por el juzgado de lo mercantil, ordenará a este juzgado que dicte el auto de declaración de concurso, según el art. 21 L.C., que seguidamente podrá ser recurrido, en reposición, respecto a sus pronunciamientos según el art. 20.2.L.C.

Cuando la Audiencia decida mantener la declaración de concurso, efectuada por el juzgado de lo mercantil, con tal decisión se reabrirá el plazo para que ante dicho juzgado, los apelantes impugnen en reposición los pronunciamientos contrarios a sus intereses o que no se ajusten a Derecho.

La presentación del escrito de preparación del recurso de apelación contra la declaración de concurso deberá paralizar los recursos de reposición que se hayan presentado o que se presenten, lo cual no será problema si el juez de lo mercantil ha declarado la suspensión de las actuaciones que puedan verse afectadas por la resolución del recurso (art. 197,5.L.C.) ya que la actividad concursal queda paralizada como consecuencia del efecto suspensivo.

Si el juez no ha declarado la suspensión de las actuaciones que puedan verse afectadas por la resolución del recurso, continuará la actividad concursal siguiendo los términos de la resolución impugnada y a medida que los recursos de reposición se resuelvan, se incorporarán al procedimiento los

nuevos aspectos que modifiquen el contenido del auto inicial de declaración de concurso.

D) RECURSOS CONTRA OTRAS RESOLUCIONES

Los demás recursos contra las resoluciones que se dicten en el concurso a lo largo de su desarrollo, distintas a la declaración o no declaración de concurso y a los pronunciamientos del auto de declaración de concurso, se sustanciarán en la forma prevista en la LEC, con las modificaciones que prevé el art. 197.L.C. y sin perjuicio de lo previsto en el art. 64.L.C, referente a los contratos de trabajo. La LEC regula los recursos en los art. 448 al 495, estableciendo la clasificación de recursos ordinarios y extraordinarios.

Como recursos ordinarios están los de reposición (art. 451 al 454 LEC) y los de apelación (art. 455 al 467 LEC). Como recursos extraordinarios: el extraordinario por infracción procesal (art. 468 al 476 LEC), el extraordinario de casación (art. 477 al 489 LEC), el recurso en interés de la ley (art. 490 al 49 LEC) y el de queja (art. 494 y 495 LEC)

A título introductorio la LEC, en los art. 448 al 450, explica en qué consiste el derecho a recurrir en general (Art- 448.LEC) y en casos especiales (art. 449 LEC), y al desistimiento de los recursos (art.450.LEC). El derecho a los recursos nace por disposición legal: sólo caben los recursos cuando la ley lo permite.

El recurso de reposición:

El recurso de reposición, ordinario y no devolutivo, es el típico y único frente a las resoluciones interlocutorias emanadas de un órgano judicial (unipersonal o colegiado) y puede plantearse contra las providencias y autos no definitivos (art. 451.LEC).

El art. 197.2.L.C. establece que dicho recurso cabe frente a providencias y autos de todo tipo, es decir, aunque no sean definitivos, salvo que la ley lo excluya o determine la procedencia de otro tipo de recurso.

La L.C. establece que no cabe recurso alguno frente a las resoluciones en que se autoriza el nombramiento de auxiliares delegados (art. 32.2.L.C.), frente a los autos relativos al cargo de los administradores concursales o de los auxiliares delegados (art. 35.5.L.C) ni tampoco podrá formularse incidente concursal, frente al nombramiento de un experto independiente (art. 83.1.L.C.), frente a la admisión a trámite de una propuesta anticipada de

convenio (art.106.4.L.C.) o al auto dejando sin efecto la previa admisión (art. 107.2.L.C), frente al auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio, y ordenando la convocatoria de junta de acreedores (art.111.3.L.C.).

En los demás casos, en que se permite formular recurso de reposición, éste se interpondrá en el plazo de cinco días, ante el propio órgano jurisdiccional que emitió la resolución, expresando la infracción que cometió éste, con lo que la L.C. sigue a la LEC (art. 452), pudiendo las demás partes personadas impugnar el recurso, también en plazo de cinco días (art. 453 LEC), resolviendo el mismo tribunal en el plazo también de cinco días según el art. 454 LEC.

El recurso de apelación:

Según el art. 454 de la LEC, no cabe interponer recurso de apelación frente a la resolución dada al recurso de reposición, pero el recurrente puede reproducir la cuestión que motivó el recurso de reposición, al recurrir la resolución definitiva en su caso. Pero la L.C. modifica dicho artículo de la LEC, al decir en el art. 197.3.L.C. que: “las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima, siempre que hubieran formulado protesta en el plazo de cinco días”, y que los autos resolutorios de los recursos de reposición hubieran tenido lugar en la fase común o de convenio. La protesta en cuestión, deberá presentarse tras la notificación de la resolución dada al recurso, mediante el oportuno escrito o por comparecencia, siempre en el plazo de cinco días.

Con esta norma, relativa a la apelación más próxima, la L.C. pretende evitar un rosario de apelaciones interlocutorias que podrían distorsionar el normal desarrollo del proceso y, a su vez, al agrupar los recursos, pretende dar rapidez a su consideración.

Por otra parte, las sentencias recurribles en apelación de modo directo son las que están motivadas por la infracción legal en el contenido del convenio o la inviabilidad objetiva de su cumplimiento (art. 129.3.L.C.), las que aprueban el convenio, las que resuelven incidentes concursales planteados con posterioridad a la aprobación o rechazo del convenio o durante la fase de liquidación (art. 197.4. L.C.) y éstas son las apelaciones a las que cabe acumular las apelaciones diferidas a las que se refiere el art. 197.3.L.C.

El sistema de recursos establecido en la LEC se basa en que la resolución recurrida afecte desfavorablemente al recurrente (art. 448.1.LEC). En el

ámbito concursal, la apelación más próxima se refiere a un momento procesal determinado en el que el recurrente puede dar curso a las apelaciones retenidas, correspondientes a las resoluciones que protestó en su momento.

La apelación más próxima, que podríamos denominar de apoyo, no es preciso que afecte desfavorablemente al recurrente sino que simplemente le sirve de cauce para presentar las apelaciones retenidas. No queda el recurrente subordinado a que la resolución que le da oportunidad de presntar sus alegaciones le perjudique, ni es preciso que alguien haya apelado previamente la resolución de apoyo.

El momento procesal para presentar las apelaciones retenidas, nacerá desde la notificación de la resolución de apoyo, por un período de cinco días, no siendo preciso que haya otros recurrentes.

Los pronunciamientos a impugnar, no son los contemplados en la resolución de apoyo sino los de la resolución judicial auto o sentencia protestada en su momento.

Según se ha expuesto al referirnos a los recursos contra la resolución, que estima o desestima la solicitud de declaración de concurso, la ley otorga recurso distinto al de reposición, permitiendo en su lugar el de apelación: frente al auto que declara el concurso o desestima la solicitud del mismo (salvo que se recurra alguno de los pronunciamientos accesorios, para lo que se puede interponer el recurso de reposición según el art. 20.2.L.C), frente a las resoluciones imponiendo sanciones a los administradores concursales por incumplimiento de obligaciones de su cargo (art. 74.3. L.C. y 117.1.L.C.).

El recurso de apelación, según la LEC art. 455, puede formularse contra las sentencias de toda clase de juicio, contra los autos definitivos y los no definitivos que la ley prevea, pero la L.C. se separa de estas normas en su art. 197.4.L.C., al establecer que cabe el recurso de apelación, que se tramitará con carácter preferente, frente a las sentencias que aprueben el convenio y las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación.
La L.C. establece un recurso de apelación, sin efectos suspensivos, pero en el art. 197.5.L.C., admite que el juez del concurso pueda acordar motivadamente tal suspensión, pudiendo ser tal decisión revisada por la Audiencia Provincial a solicitud de parte, formulada en el escrito de interposición de la apelación o de oposición a la misma.

La LEC al referirse a la sustanciación de la apelación, establece que ésta tendrá las fases de preparación (art. 457.LEC), interposición (art. 458.LEC) y la de oposición al recurso de las demás partes o de impugnación de éstas a la resolución apelada (art. 461.LEC), ante el tribunal a quo, y el tribunal ad quem decidirá sobre la admisión de prueba y de nuevos documentos aportados (art. 464.LEC) y señalará día para la vista.

El recurso de apelación se prepara en el plazo de cinco días, desde el siguiente a la notificación de la resolución a impugnar, mediante un escrito citando la resolución que se apela y manifestando la voluntad de recurrir y expresando los pronunciamientos que impugna. El tribunal, mediante providencia, si la resolución es impugnable y si el escrito se presentó dentro de plazo, tendrá por preparado el recurso mediante providencia y emplazará a la parte recurrente por un plazo de veinte días para que lo interponga (art. 457 LEC), pero si el tribunal aprecia que no se cumplen los requisitos, denegará por auto la preparación del recurso, pudiendo recurrir el interesado en recurso de queja (art. 457.4.LEC), pues aunque la L.C. no contempla tal posibilidad, no la prohíbe, y por tanto la LEC es de aplicación supletoria.

El escrito de interposición del recurso de apelación contendrá las alegaciones en que el recurrente basa la impugnación (art. 458.1.LEC) y acompañará los documentos a los que se refiere el art. 460.1.LEC y que no pudieron presentarse en primer instancia, proponiendo, en su caso, la práctica de las pruebas a las que taxativamente se refiere el art. 460.2.LEC.

Se dará traslado del escrito de interposición a las demás partes, emplazándolas por diez días ante el órgano a quo para que presenten escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución apelada, en lo que les sea desfavorable y que se formulará, como el escrito de interposición. También se dará traslado del escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución apelada, al apelante principal para que en el plazo de diez días se manifieste (art. 461.LEC).

Presentados los escritos de oposición o de impugnación, el tribunal a quo remitirá los autos al tribunal ad quem con emplazamiento de las partes por término de treinta días, pero si se hubiera solicitado la ejecución provisional, quedará en el juzgado de primera instancia testimonio de lo necesario para dicha ejecución (art. 463LEC)

Si no se propuso prueba, o la propuesta de prueba hubiese sido inadmitida,. no se celebrará vista, salvo que lo hubiese solicitado alguna de las partes o el tribunal lo considerase necesario.(art. 464.2:LEC).

Si alguna de las partes hubiese estado en rebeldía, y hubiera comparecido, precluído el plazo para la proposición de prueba en primera instancia, podrá pedir en la segunda instancia la prueba que convenga a su derecho, siempre que acredite que fué declarado en rebeldía por causas no imputables a él (art. 460.3.LEC).

Los recu rsos extraordinarios de casación y el extraordinario por infracción procesal:

En el art. 197.6.L.C. se especifica que las sentencias recurribles en casación y las recurribles por infracción procesal, cuya admisión se regula por la LEC son "las sentencias dictadas por las audiencias, relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las Secciones tercera (acciones de reintegración y reducción, a y de, la masa activa) y cuarta (acciones relativas a la existencia, legitimidad y circunstancias de los créditos)."

Los "recursos de casación", admisibles en el proceso concursal al igual que los "recursos extraordinarios por infracción procesal" siguen los mismos criterios de admisión previstos en la LEC según se indica en el art. 197.6.L.C. pero para el recurso de casación hay que ver el art. 477 LEC que con carácter general relaciona las resoluciones recurribles en casación:.

"1.-El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.
2.- Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:
1º.- Cuando se dictaron para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución.
2º.-Cuando la cuantía del asunto excediere de ciento cincuenta mil euros.
3º.-Cuando la resolución del recurso presente interés casacional."

La determinación del ámbito de la casación, según la Exposición de Motivos de la LEC 2000, resulta del propósito de no excluir de ella, ninguna materia civil o mercantil, y crear autorizada doctrina jurisprudencial (Apartado XIV E.M.), enjuiciando por separado las infracciones procesales que dan lugar a otro recurso independiente del de casación: "el recurso extraordinario por infracción procesal". En consecuencia, se deslinda el recurso de casación por infracción de ley sustantiva que da lugar al "recurso de casación" (art. 477 al 489 de la LEC) del recurso frente a las sentencias de la audiencia provincial

por quebrantamiento de forma, que se denomina ”recurso extraordinario por infracción procesal (art. 468 al 476. LEC). Para el conocimiento de dicho “recurso extraordinario por infracción procesal”, será competente la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, que actuará como Sala de lo Civil, y sólo cabe contra determinadas resoluciones judiciales.

Los motivos para recurrir están tasados en el art. 469.1 LEC., que dice así
“1º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia.
2º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.
3º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.
4ª Vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española.

Sin embargo, en el ámbito del concurso, el recurso extraordinario por infracción procesal, sólo se admite contra las sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las Secciones tercera y cuarta” (art.197.6.L.C.). Para que prospere dicho recurso extraordinario por infracción procesal, ésta debe haber sido denunciada previamente en la primera y en la segunda instancia y en el caso de ser un defecto procesal subsanable, se haya pedido su subsanación (art. 469.2.LEC).

Resulta lógica la separación del “recurso de casación” del “recurso extraordinario por infracción procesal”, por cuanto, si se ha producido una grave infracción procesal, lo que procede es la reposición de las actuaciones al estado anterior a esa infracción y no que, a la vez se pretenda la revisión de infracciones de derecho sustantivo. Repuesto el litigio a la situación en que se produjo la infracción procesal, seguirá su tramitación hasta que se dicte nueva sentencia y si ésta adoleciese de infracciones de Derecho material sustantivo, podrá recurrirse en casación.

Para la preparación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, se seguirán los criterios de admisión previstos en el art. 479 LEC, y de cumplirse, el tribunal los dará por preparados por medio de providencia para que, en el plazo de veinte días, el recurrente presente el escrito de interposición de forma equivalente a cuando el recurrente apela ante la Audiencia Provincial, todo ello según se establece en los art. 479 al 489 LEC.

Los recursos en materia laboral:

El art.197.7.L.C. es el complemento del art. 195.L.C. que regula el incidente concursal en materia laboral. Contra estas sentencias específicas "cuyo conocimiento corresponde al juez del concurso, cabrá el recurso de suplicación y los demás previstos en la L:P.L. sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso, ni de ninguna de sus piezas."(art. 197.7.L.C.). Los demás recursos previstos en la L.P.L. a los que se refiere el artículo, son: el recurso de casación, recurso de casación para la unificación de doctrina y recurso de queja, aparte la audiencia al rebelde y el recurso de revisión que, en sentido estricto, son medios de impugnación. Ninguno de estos recursos tiene efectos suspensivos, como dice el apartado comentado de la L.C.

La reforma de la LOPJ, complementaria de la L.C., establece en su art. 75.2º LOPJ que la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia conocerá de los "recursos de suplicación y los demás que prevea la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia."

El recurso de suplicación deberá ajustarse a la regulación contenida en la L.P.L. (art. 188 al 202) teniendo en cuenta que las fases de preparación e interposición tendrán lugar ante el Juez del concurso.

Los recursos de queja

Aunque la L.C. no los cita específicamente en el Cap.IV del Título VIII, dedicado a los recursos, sí que hace referencia a ellos, a lo largo de la L.C. y en virtud del carácter subsidiario de la LEC, se aplican los art. 494 y 495 LEC, y concretamente en el. art. 494 LEC se dice que:

"Contra los autos en que el tribunal que haya dictado la resolución denegare la tramitación de un recuso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, se podrá interponer recurso de queja ante el órgano al que corresponda resolver el recurso no tramitado. Los recursos de queja se tramitarán y resolverán con carácter preferente."
El recurso de queja se preparará pidiendo, dentro del quinto día, reposición del auto recurrido y para el caso de no ser estimada, se pedirá testimonio de las dos resoluciones desestimatorias. Aportando testimonio de las indicadas resoluciones desestimatorias, el recurrente, en el plazo de diez días presentará recurso de queja ante el órgano superior competente que, si estima la queja,

ordenará que el órgano judicial que inadmitió el recurso, lo admita y continúe su tramitación.

Contra el auto que resuelve el recurso de queja, no se dará recurso alguno (salvo la vía de la aclaración prevista en el Art 214 LEC y el recurso de amparo, en este último caso, sólo si la denegación de la tramitación del recurso hubiere supuesto infracción de un derecho fundamental, en los términos previstos en el art. 44 de la LOTC).

4. EL INCIDENTE CONCURSAL.

A) ÁMBITO

Según el art. 192 L.C., todas las cuestiones que se susciten durante el concurso, y no tengan señalada en la L.C. otra tramitación, se ventilarán por el cauce del incidente concursal. Por tanto, los juicios declarativos del orden civil y del social que se interpongan ante el juez del concurso, una vez declarado éste y los juicios que se acumulen seguirán el trámite del incidente concursal.

La utilización del término "incidente" para las cuestiones concursales parece requerir una aclaración ya que no se corresponde a lo que en la LEC se entiende por "incidente". En Derecho procesal "incidentes" son aquellas cuestiones que aparecen en un proceso y que son distintas de la cuestión principal que se debate, aunque estén relacionadas con ésta y que requieren una resolución independiente (art. 387 LEC). Tales incidentes pueden ser de previo pronunciamiento o de especial pronunciamiento. Los incidentes de previo pronunciamiento son una barrera a la prosecución del juicio y, por requerir un pronunciamiento previo, impiden la continuación del juicio, que se suspende, hasta que sean resueltos (art. 390 y 391 LEC). Por el contrario, los incidentes de especial pronunciamiento no suspenden el proceso y se deciden separadamente en la sentencia, antes de resolver sobre el objeto principal del pleito. Para resolver sobre tales incidentes se prevé un cauce procesal concreto (art. 392 y 393 LEC).

La L.C., tras unas vacilaciones en su tramitación parlamentaria, estableció un verdadero proceso declarativo para los incidentes concursales que recuerda al juicio verbal con contestación a la demanda, previsto en la LEC para los procesos especiales (art.753 LEC). .El art.195 L.C. regula la especialidad, dentro de los incidentes concursales, en materia laboral.

En cuanto al ámbito y carácter del incidente concursal, según hemos dicho, viene establecido en art. 192.1.L.C.:"todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal." y además, "también se tramitarán por este cauce las acciones que deban ser ejercitadas ante el Juez del concurso según el art. 50.1.L.C. y los juicios que se acumulen en virtud del art. 51.1.LC.

Se remiten de forma expresa a la tramitación del incidente concursal las siguientes cuestiones:

-.art .33.4.L.C. relativo a la recusación de los administradores.
-.art. 40.7.L.C. relativo a la acción de anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas a su actuación en cuanto a la administración y disposición de sus bienes.
- art 58.L.C., sobre las controversias sobre compensación de créditos y deudas del concursado.
-. art 61.2.II.L.C., las diferencias entre la administración concursal (o el propio deudor si éste mantiene la administración de sus bienes, con la intervención de la administración concursal) con la otra parte del contrato con obligaciones recíprocas cuando se trate de su resolución, con obligaciones pendientes de cumplimiento.
-. art. 62.2 L.C., las diferencias entre el concursado y quienes contrataron con él y se vayan a resolver por incumplimiento de alguna de las partes.
-. art. 64.8 L.C. las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto de suspensión o extinción de los contratos de trabajo, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual.
-.art.72.3. L.C., las acciones rescisorias y demás de impugnación de actos perjudiciales para la masa activa, que se dirijan contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado.
-. art. 79.2.L.C. la decisión de integración en la masa activa de los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto.
-. art. 80.2.L.C. la reintegración a los propietarios de los bienes que se hallasen en poder del concursado, decidida por la administración concursal.
-. art. 86.1.L.C. la inclusión o exclusión por parte de la administración concursal, de la lista de acreedores, de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento.
-.art.96.4.L.C. las impugnaciones del inventario consistentes en la inclusión o exclusión de bienes o a su avalúo y de la inclusión o exclusión de créditos en la lista de acreedores.
-. art. 129.1.L.C. la oposición a la aprobación del convenio entre concursado y acreedores.
-. art.140.2.L.C. la declaración de cumplimiento o incumplimiento del convenio.
-. art. 154.2. la calificación o el pago de los créditos contra la masa.
-. art. 171.1. la oposición a la calificación del concurso.
-. art. 176.5. la oposición a la conclusión del concurso
-. art. 181.3. la oposición a la aprobación de cuentas.

Se remiten de forma expresa a un procedimiento distinto al del incidente concursal, las siguientes cuestiones:

-. art.15 á 20.L.C. la oposición del deudor a la solicitud de concurso necesario que tendrá la forma de recurso de reposición.
-. art. 36.4.L.C. no cabrá recurso alguno, ni incidente concursal, contra las resoluciones judiciales en forma de auto que resuelvan las cuestiones que se refieran al ejercicio del cargo por los administradores concursales.
-. art. 44.4.L.C. el auto del Juez en el que, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores, acuerde el cierre de la totalidad o parte de las oficinas o establecimientos o explotaciones o el cese o la suspensión de la actividad empresarial de que fuera titular el concursado,[37] por ser consecuencia de la solicitud de la administración concursal, no podrá recurrirse por ésta.
-. art. 64.L.C. frente al auto del juez del concurso en que éste acuerde, previos los trámites que se establecen en dicho artículo, la suspensión, extinción o modificación colectiva de los contratos de trabajo, según el art. 64.11 L.C. en todo lo no previsto en dicho art. 64, se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuya la legislación laboral.
-. art. 142.4.L.C. el auto en el que el Juez determina si procede o no abrir la liquidación en virtud de la solicitud de cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso, podrá recurrirse en reposición y contra el auto que resuelva este recurso podrá interponerse el de apelación por aplicación analógica del art. 20.3,.L.C.[38]
-. art. 170 á 172.L.C. la sentencia de calificación del concurso, lo declarará fortuito o culpable, expresando la causa en que se fundamente la calificación. En virtud del art. 172.4.L.C. ”quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación”.
-. art. 188.3.L.C. “contra el auto que conceda o deniegue la autorización (judicial) solicitada no cabrá más recurso que el de reposición, sin perjuicio del derecho de las partes a plantear la cuestión a través del incidente concursal.

[37] Martínez Flórez, A *“Comentario de la Ley Concursal”* Tomo I, pág 922, Thomson Civitas. Directores Rojo, A y Beltrán,E: “La decisión de cierre, cese o suspensión debe adoptarse, en su caso, previa solicitud de la administración concursal. Esto quiere decir, entre otras cosas, que el juez no puede adoptarla de oficio y, por lo tanto, no puede hacerlo en el momento de la declaración del concurso, aún cuando considere que la continuación de la actividad profesional o empresarial puede ser perjudicial para los intereses del concurso, por suponer unos costes superiores a los ingresos, que pudieran obtenerse de la misma. Lo único que puede hacer el juez en ese momento es acordar como medida cautelar la suspensión de la actividad hasta el nombramiento de los administradores concursales. La administración concursal debe actuar guiada por los intereses del concurso y, por lo tanto, debe solicitar al juez la adopción de estas medidas cuando así lo exijan dichos intereses.”

[38] Beltrán,E. *“Comentario de la Ley Concursal”*, Thomson-Civitas, Directores Rojo,A. y Beltrán,E. Tomo II, pag.2314: “El auto de apertura de la fase de liquidación dictado a solicitud de un acreedor será recurrible en reposición, de acuerdo con las norma generales (art. 197.2.L.C.), y contra el auto que resuelva este recurso, podrá interponerse el de apelación (art. 197.3L.C.), pero no el de casación (art. 197.6.LCC.)

-. art. 190.2 L.C.la conversión de juicio ordinario a abreviado y viceversa podrá ser recurrida en reposición en virtud del art. 197.2. L.C..

Cuando la Ley no establece explícitamente el procedimiento para la resolución de las cuestiones que se susciten en el concurso, según el art. 193.L.C. se ventilarán por el cauce del incidente concursal pero, por cuanto la LEC tiene carácter subsidiario respecto a la L.C., hay supuestos en que es la LEC la que determina razonablemente la tramitación a seguir.

Tal es el caso de la resolución de :
-. la declinatoria (art.63 á 65 LEC)
-. la acumulación de acciones y procesos (art.71 á 98 LEC.)
-. la liquidación de la sociedad de gananciales (art.806 á 811 LEC)
-. la adopción de medidas cautelares (Art 721 á 747 LEC)

En los supuestos que se citan a continuación, la aplicación de la LEC es más discutible y es el Juez quien deba decidir:

-. art 34 L.C. sobre la retribución a los administradores concursales según arancel, frente a la regulación de la administración judicial. (Art 631LEC).
-. art. 82.3.L.C.sobre el avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado frente a las normas de los art. 637al 639 LEC
-. art. 37 L.C. sobre la separación de los administradores concursales frente a la regulación de la administración judicial de los art. 630 á 633 LEC.

Carácter no suspensivo del incidente concursal:

El art. 192.2.L.C. especifica claramente que “los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento del concurso”, pero añade seguidamente que ”sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte.”

Estas normas, son una vez más, el reflejo de las intenciones del legislador de agilizar los procesos y dicho deseo se corresponde con la redacción de la LEC 1/2000 que suprimió el efecto suspensivo del recurso de apelación (art. 456.2.LEC) y que permite la ejecución provisional de sentencias no firmes (art. 526.LEC).

B) PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL.

Según el art.193.1.L.C. “se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda (incidental) y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora.”

Cualquier persona comparecida en forma, (art. 193.2L.C.) podrá intervenir en el incidente concursal apoyando la postura de la parte que lo hubiese promovido o la de la parte contraria.

Así se recoge lo que establece la doctrina en el proceso civil, en el que se afirma que son partes aquel (o aquellos) sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquel (o aquellos) frente a los que se solicita aquella tutela y dichas partes se verán afectadas por la resolución judicial. (“art. 10.LEC: Condición de parte procesal legítima: Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.”)

Los presupuestos que la LEC establece para ser parte, son igualmente aplicables a las partes en el incidente concursal: la capacidad para ser parte (art. 6.LEC) y capacidad procesal (art. 7.LEC)

La comparecencia, representación y defensa de las partes a las que se refiere el art. 193.1.L.C., se regulan en los art. 184 y 185 L.C. especificando que el deudor y los administradores concursales serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, aunque el deudor actuará siempre representado por procurador y asistido de letrado, así como los acreedores, excepto éstos, para comunicar créditos, formular alegaciones y asistir e intervenir en la junta. Los administradores concursales, cuando intervengan en recursos o incidentes deberán hacerlo asistidos de letrado, que normalmente será el administrador concursal titulado como abogado.

La representación y defensa de los trabajadores se regirá por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral que atribuye facultades a los graduados sociales y a los sindicatos.

La representación de la Administración Pública viene determinada en la normativa procesal específica

El art.193.3.L.C. concreta que cuando en un incidente concursal se acumulen demandas cuyos pedimentos no coincidan, todas las partes que intervengan

tendrán que contestar a las demandas a las que se opongan expresando con claridad y precisión la tutela concreta que solicitan, en caso contrario el juez rechazará su intervención, sin que quepa recurso alguno.

C) SUSTANCIACIÓN DE LA DEMANDA INCIDENTAL.

Según el art. 194.1.L.C., "la demanda se presentará en la forma prevista en el art. 399 de la LEC", es decir como demanda ordinaria. Las demandas se admiten a trámite con carácter general (art. 404 LEC) salvo si les faltan requisitos internos o si falta la aportación de algún documento (copias para todas las partes demandadas) pero con carácter general el juez no debe inadmitir una demanda por razones de fondo.

Sin embargo, la legislación concursal, en el art. 194.2 L.C. limita la admisión de la demanda incidental en un proceso concursal, inadmitiéndola cuando la cuestión sea impertinente, es decir, cuando no guarde relación con el objeto del procedimiento concursal o carezca de la entidad necesaria, es decir, cuando no sea una cuestión litigiosa que exija una resolución judicial o bien cuando la cuestión tenga señalada en la Ley otra tramitación, o esté excluida su resolución por incidente concursal.

La inadmisión, en su caso, será declarada por el juez mediante auto, dando a la cuestión suscitada la tramitación oportuna, pudiendo el demandante del incidente concursal inadmitido interponer recurso de apelación en la forma prevista en el art. 197.L.C.

La admisión a trámite de la demanda de incidente concursal se produce por providencia y el plazo para contestarla es de sólo diez días (art. 194.5.L.C.), frente a los veinte previstos en el juicio ordinario (art.404 LEC) y en el verbal con contestación a la demanda (art. 753LEC). Aunque la Ley Concursal no lo diga, el juez debe examinar, antes de admitir la demanda, su jurisdicción y competencia objetiva y, si procede, la territorial, antes de pronunciarse sobre la admisión a trámite del incidente concursal.

Para la contestación a la demanda, el art. 194.3.L.C. se remite al art. 405 LEC que regula la contestación a la demanda en el juicio ordinario y se redactará en la forma prevista en el art. 399 LEC (igual que la de la demanda de juicio ordinario).

Seguidamente, el art. 194.4 L.C. establece que, contestada la demanda, el incidente concursal seguirá el procedimiento del juicio verbal de la LEC, pretendiendo con ello dar celeridad al proceso.

Siendo así que, la reconvención, en su caso, se inserta dentro del escrito de contestación a la demanda en el juicio ordinario, y en el juicio verbal se encuentra comprendida en la fase de alegaciones y que, en el caso del incidente concursal, la contestación a la demanda debe efectuarse como una demanda de juicio ordinario, resulta, en definitiva, que la reconvención deberá tramitarse según las normas del juicio ordinario y no del verbal.

La reconvención podrá dirigirse, no sólo contra los demandantes, sino también contra sus litisconsortes voluntarios o necesarios, (art. 407.1 LEC) y será igualmente aplicable el régimen de excepciones del art.406 LEC.

Tras la contestación en plazo de la demanda, el juez, sin audiencia previa, citará a las partes a la celebración de la vista. Ésta no se suspenderá porque el demandado no asista (art. 432 LEC), y los litigantes deberán comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse. En la vista, tiene lugar el control de los presupuestos procesales y de la existencia de óbices procesales, y en su desarrollo tienen lugar, de forma oral y concentrada, en presencia judicial, todas las actuaciones de que consta el proceso, teniendo en cuenta que las alegaciones quedan excluidas pues en el incidente concursal se contienen en la demanda y en la contestación. El juez dictará sentencia sin que se hayan formulado las diligencias finales del juicio verbal de la LEC, ya que no se hace referencia a ellas en el art. 196.1 L.C.

El cauce procedimental para el ejercicio de las acciones de los trabajadores, contra el auto que acuerde la extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, será un incidente concursal para el que se establece en el. art. 195.L:C., que se remite al art. 437.LEC, que la demanda será sucinta, fijando con claridad y precisión lo que se pide, sin que sea necesario que se citen los fundamentos de hecho y de derecho, puesto que no se hace referencia a ello en el citado artículo (contrariamente a lo que establece el art.399 LEC para la demanda de juicio ordinario).y dichos fundamentos de hecho y de derecho se expondrán en el acto oral al comienzo de la vista (art.443.LEC). Esta demanda es más sencilla que la que fija la Ley de Procedimiento Laboral (art.80.1.c L.P.L), según la que se debe hacer una “enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que según la legislación sustantiva resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas.”

Resulta destacable observar que en el art. 195.1.L.C., se dice que “el juez advertirá, en su caso, a la parte de los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días”, con lo que, la L.C. recoge lo que establece la L.P.L. en

su art. 81.1, dando para la subsanación, un plazo de cuatro días, y si aquélla no se produce será ordenado el archivo. El juez no podrá rechazar la demanda en base a que la cuestión planteada sea impertinente, como normalmente haría en el caso de incidente concursal común (art. 194.2.L.C.), según establece el art. 195.1.in fine L.C. Una vez admitida la demanda, el juez, según el art. 195.2.II.L.C. señalará fecha y hora para el acto del juicio por medio de providencia, por así establecerlo el art. 194.3 L.C. para el incidente concursal común que no se excepciona para el incidente laboral

El juicio comenzará con el intento de conciliación o avenencia sobre el objeto del incidente (art. 195.2.L.C). Esta conciliación se desarrollará según el art. 84.L.P.L. por tratarse de un asunto de naturaleza laboral. De no alcanzarse acuerdo de conciliación, el actor se ratificará en la demanda que puede ampliar sin alterar sustancialmente su pretensión y el demandado procede a contestarla oralmente. Seguidamente, las partes proponen los medios de prueba sobre los hechos en los que no hubiese conformidad. Se concederá a las partes un trámite de conclusiones que no está previsto en la LEC.

En la contestación a la demanda, el demandado podrá plantear las excepciones procesales que considere oportunas y que deberán resolverse en la vista, con carácter previo a las cuestiones de fondo.

No se contempla la posibilidad de que el demandado reconvenga al contestar a la demanda, pues según el art. 85.2.de la LPL, el demandado debiera haber anunciado la reconvención en la conciliación previa al proceso, expresando en esencia los hechos en que se funda. Si así se hubiera anunciado, formulada la reconvención, se abrirá trámite para su contestación en la forma prevista para la demanda.

D) RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL.

Según el art. 196.1.L.C.: “Terminado el juicio, el juez dictará sentencia en el plazo de diez días resolviendo el incidente”. Esta norma se corresponde con el contenido del art. 447.1.LEC. Es de recordar que la sentencia es una resolución judicial, con una forma determinada y un contenido necesario. Si se habla de “sentencia”, sin más precisiones, se considera que ésta es definitiva, que pone fin al proceso, en primera o en segunda instancia, tras la tramitación ordinaria prevista en la ley. La sentencia definitiva puede ser absolutoria en la instancia, cuando deja imprejuzgada la cuestión de fondo por estimar una excepción procesal. La sentencia definitiva sobre el fondo estima o desestima la pretensión de tutela jurídica ejercitada. Si frente a dicha sentencia no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la ley, o porque

ninguna de las partes haya recurrido dentro de plazo (art. 207.2.LEC) o bien porque el recurso se haya desestimado, la sentencia deviene firme.

Por cuanto la L.C. en su art. 55, relativo a ejecuciones y apremios, prohíbe ejecuciones tras la declaración del concurso, no cabe la ejecución provisional de la sentencia dictada en el incidente concursal, pero tal consideración debe atemperarse en los supuestos en que la sentencia dictada sea o no susceptible de recurso de apelación ya que según el art. 456.2.LEC, "la apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos, sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto".

Sobre la imposición de costas derivadas del incidente concursal, tratan los apartados 2º y 3º del art.196.L.C., que se remiten a la LEC y a la L.P.L. respectivamente. Cabe recordar que las costas son una partida de los gastos procesales que tienen causa directa e inmediata en el incidente y su pago recae sobre las partes, pudiendo resarcirse una de ellas, si la contraria es condenada en costas.

El art.241.LEC establece que "se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia del proceso, y costas la parte de aquellos que se refieran al pago de los siguientes conceptos:

1º Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas.
2º Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del procedimiento.
3º Depósitos necesarios para la presentación de recursos.
4º Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso.
5º Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley
6º Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso."

La atribución del pago de las costas, se hace según los siguientes criterios (art. 394.1.LEC):

A) Si existe el pronunciamiento expreso, en el fallo de la sentencia, condenando en costas a una de las partes, será la condenada, la que deberá soportarlas:

1.- Según el principio del vencimiento, las costas se imponen al litigante cuyas pretensiones hayan sido totalmente rechazadas, salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.
2.- El principio de temeridad o mala fe, según el cual las costas se impondrán a la parte a la que sea imputable tal temeridad o mala fe, como una especie de resarcimiento por el daño que su conducta ha originado.

B) Cada parte paga las costas originadas por su actividad y las comunes, si existen, por mitad. Este criterio se aplica cuando no existe condena en costas, por ser parcial la estimación o desestimación de la demanda (art. 394.2.LEC) o cuando el demandado se allane a la demanda, antes de contestarla (art. 395 LEC).

Una vez firme la sentencia de condena en costas, se procederá a su exacción por el procedimiento de apremio, previa su tasación, si la parte contraria no las hubiera satisfecho antes de que la contraria solicite dicha tasación (art. 242.LEC).

La tasación se desarrolla según establecen los art. 243 á 246 LEC.

El art. 196.2.in fine de la LC. precisa que las costas “serán inmediatamente exigibles, una vez firme la sentencia, con independencia del estado en que se encuentre el concurso.” Esto indica que el incidente concursal es autónomo dentro del concurso y su exigibilidad inmediata implica que se tratará de un crédito privilegiado contra la masa (art.84.2.2º L.C.) y se pagarán con carácter preferente.

El art. 196.3.L.C. prevé que en materia de costas, la sentencia que recaiga en incidente concursal laboral, se regirá por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral, pero en el orden judicial laboral, en virtud de su disposición adicional primera, se aplica supletoriamente la LEC o sea que será ésta la que se aplicará en materia de costas en incidentes concursales en materia laboral.

El art.196.4º L.C. concede efectos de cosa juzgada a la sentencia firme que ponga fin a los incidentes concursales, con lo que la LC. se separa de la LEC, en cuyo art. 447 referente al juicio verbal contempla supuestos en que la sentencia no produce efectos de cosa juzgada. (Juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, juicios verbales que decidan sobre la pretensión de desahucio de finca dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler y juicios sobre otras pretensiones de tutela que la LEC califica como sumaria)

5. CUESTIONES PROCESALES DIVERSAS

A) DERECHO AL EXAMEN DE LOS AUTOS

Por cuanto los acreedores pueden comunicar sus créditos a la administración concursal, sin comparecer en forma, el art. 185 de la L.C. establece, por simetría, que los acreedores podrán solicitar de la Secretaría del Juzgado que se les exhiban los documentos que consten en autos sobre sus respectivos créditos para su examen, y podrán hacerlo, sea personalmente o por medio de letrado y procurador que les represente, con poder oportuno y según el art.234 y 235 LOPJ, la exhibición de documentos se complementa con la posibilidad de obtener testimonio o certificación de su contenido.[39] Esta facultad de información se extiende a quienes tengan un interés legítimo en relación con el proceso cuyas actuaciones se pretende examinar.

B) EL IMPULSO PROCESAL. EL DESISTIMIENTO Y LA RENUNCIA.

El art. 186 L.C. establece que el impulso procesal, en materia concursal, será de oficio, que los incidentes no tendrán carácter suspensivo para el procedimiento, salvo disposición excepcional del juez, que la renuncia y el desistimiento será resuelta por el juez, previa audiencia de los demás acreedores reconocidos en la lista definitiva y que cuando la Ley no fija plazo para dictar una resolución judicial, ésta deberá dictarse sin dilación.

Se aprecia la intención del legislador de que el proceso concursal se desarrolle con rapidez[40], si bien el impulso procesal de oficio, ya se recogía en el art. 237.de la LOPJ y 179.1 LEC y se encuadra en la dirección formal del proceso, que no afecta al fondo del asunto.

En la creación científica del proceso civil, por su carácter privatista predominó la consideración de que el impulso procesal correspondía a las

[39] Gutiérrez de Cebiedes, P. "*Comentarios a la Ley Concursal*" Editorial Aranzadi, S.A., pág. 1211: "Al proceso y al Derecho procesal interesa el concepto y la realidad de la parte, que no lo es sino la "parte procesal". Hablar de "parte material" suele ser tan innecesario, como inconveniente. Sin embargo, la peculiar conformación del proceso concursal, su carácter plurisubjetivo o colectivo y siempre complejo, hace que pueda resultar oportuno permitir que ciertos sujetos que tienen una relación directa con el objeto del proceso (relación jurídica de crédito con el concursado, la más relevante) puedan llevar a cabo determinadas actuaciones sin exigirles rígidamente su personación como partes mediante una comparecencia en la estricta forma exigida generalmente por la Ley. Ello, y a diferencia de otros procesos, lejos de complicar o perturbar la marcha del proceso, lo simplifica razonablemente y con un motivo justificado."

[40] Gutiérrez de Cebedes, P. "*Comentarios a la Ley Concursal"* Obra citada en nota de pié de pág nº 39, pág. 1215: "Este mismo deseo y designio de celeridad puede apreciarse también en la norma referente a la prejudicialidad penal en el proceso concursal, que resulta claramente opuesta a la regla general de suspensividad, culminando así una línea restrictiva emprendida ya con lo dispuesto más recientemente por la LEC en su art. 40."

partes como manifestación del principio dispositivo que alcanzaba no sólo a la relación jurídica o material, sino también al desarrollo del proceso. Posteriormente se consideró que, dada la consideración del proceso como de naturaleza pública, procedía que el impulso procesal fuera de oficio.

La reforma de la LOPJ por LO 19/2003 de 23 de Diciembre, refuerza que el impulso procesal es de oficio, al involucrar al secretario judicial en el art. 456 LOPJ, según la siguiente redacción: ”el secretario judicial impulsará el proceso en los términos que establecen las leyes procesales”, por lo que “a tal efecto dictará las resoluciones (diligencias) necesarias para la tramitación del proceso, salvo aquellas que las leyes procesales reserven a jueces o tribunales”.

En cuanto al desistimiento, como acto dispositivo procesal y a la renuncia como acto dispositivo material, de quien haya solicitado la declaración del concurso, como modos anormales de terminación del concurso, son derechos que pueden ejercerse, en cualquier momento del proceso, según los art. 19 y 20 de la LEC, excepto cuando la Ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. En el ámbito concursal, dada la pluralidad de sujetos implicados en los actos dispositivos de desistimiento o renuncia y en virtud de la existencia de un interés colectivo por las implicaciones personales, económicas, laborales y sociales que conlleva un concurso, los actos dispositivos de desistimiento o renuncia no son equiparables a los que tienen lugar en un proceso singular, estableciendo el art. 186.2 L.C., que la resolución judicial al desistimiento requerirá audiencia previa de los “demás” acreedores reconocidos en la lista definitiva. El adverbio “demás” tiene sentido si se considera que quien opta por un acto dispositivo de renuncia a su crédito o de abandono de un proceso es un acreedor, pero también pueden renunciar a la prosecución del procedimiento de concurso el propio deudor que ha presentado el concurso voluntariamente, o quienes pueden igualmente haberlo hecho en su condición de socios del deudor persona jurídica, que respondan de las deudas de ésta.

La renuncia o desistimiento que regula el art. 186.2. L.C. tiene que tener lugar “una vez declarado el concurso”, como explícitamente se dice en dicho artículo.

La necesidad que establece el art. 186.2 L.C. consistente en que se dé audiencia a todos los acreedores implica que exista una lista definitiva de todos ellos, de la que no se dispondrá hasta el término de la fase común (art. 98 L.C.) y el art. 176.1.5º L.C., así lo confirma, al decir que procede la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones cuando una vez

terminada la fase común del concurso, quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de todos los acreedores reconocidos. Solo la voluntad concursal explícitamente manifestada por la totalidad de los acreedores que se adhieran a la renuncia puede producir el efecto extintivo de los créditos y la consiguiente conclusión del concurso.

La forma de la audiencia en cuestión, parece que resulte del art. 192.1 L.C. y que deba ventilarse por el cauce del incidente concursal aunque, en virtud del art. 194.2 L.C. queda abierta al juez la posibilidad de dar a la cuestión la tramitación que considere más oportuna.

El desistimiento tiene un tratamiento distinto porque puede ser expreso o tácito, aunque requiera igualmente la aceptación de todos los acreedores, pero la forma del desistimiento puede consistir en el abandono o dejación del proceso, que resulte de actos que denoten tal dejación, como la incomparecencia y falta de formulación de alegaciones sobre la solicitada terminación del proceso.

A los requisitos de tiempo y forma de la renuncia o del desistimiento hay que añadir la necesidad de que la administración concursal emita previo informe. Los efectos de la renuncia, o del desistimiento, se producen con la resolución de aprobación de tales actos previa comprobación de todas las exigencias legales.

El art. 186.2 L.C. establece asimismo el carácter no suspensivo de los incidentes concursales, salvo que el Juez, de forma excepcional, así lo acuerde motivadamente, aclaración necesaria por cuanto el art. 389 LEC establece igualmente el carácter no suspensivo de los incidentes de especial pronunciamiento, pero el art. 390 LEC, dice lo contrario, para aquellos incidentes, de previo pronunciamiento, que supongan un obstáculo a la continuación del juicio. De hecho la L.C. vuelve a tratar el tema de la suspensividad de los incidentes en el art. 192.2 L.C. que deja en manos del juez, aunque sea con carácter excepcional, el que los incidentes den lugar o no a la suspensión del procedimiento, igualmente con lo que sucede con los recursos del art. 197.5. L.C.

El contenido del art. 186.3.L.C. en el sentido de que “cuando la Ley no fije plazo para dictar una resolución judicial, deberá dictarse sin dilación” es prueba de la intención del legislador expresada en la Exposición de Motivos de la L.C. de que la tramitación del concurso resulte ágil y sin estancamientos.

C) AUTORIZACIONES JUDICIALES.

El art. 188 L.C. regula el cauce procesal para solicitar, sustanciar y resolver las autorizaciones judiciales necesarias en el desarrollo del proceso concursal, que la Ley considere necesarias o que los administradores concursales consideren convenientes.

Las autorizaciones judiciales pueden tener un fundamento inmediato o mediato. El fundamento inmediato se da cuando las actuaciones cuya autorización se precisa, afectan derechos en la esfera jurídica patrimonial o personal del deudor o de los acreedores o cuando exista un interés plural y colectivo, social y público que debe controlarse por la jurisdicción como salvaguarda de derechos e intereses. La autorización se produce o se deniega tras un procedimiento contradictorio al que tendrán acceso todas las partes a las que se habrá dado traslado de la solicitud, que deberán ser oídas.

El fundamento mediato resulta de la atribución al Juez y a la administración concursal de amplias e importantes competencias, con la discrecionalidad que la L.C. confiere al juez y de la que resulta la flexibilidad del procedimiento, que no releva al juez del deber de motivar las resoluciones.

En el ámbito de las autorizaciones necesarias que exige la Ley y cuya solicitud resulta preceptiva, se encuentran las siguientes:

a) La delegación de funciones en auxiliares delegados, prevista en el. art. 32.1.L.C .incluso cuando sea necesaria para la continuación de la actividad del deudor. Si la autorización es acordada por el juez (art. 32.2.L.C.), éste nombrará a tales auxiliares, especificando sus funciones delegadas y determinando su retribución a cargo de los administradores concursales.

b).La enajenación o gravamen de bienes o derechos que forman parte de la masa activa, si debe realizarse con anterioridad a la aprobación del convenio o a la apertura de la liquidación (art. 43.2.L.C.). La masa activa del concurso está constituida por “los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento (art. 76 L.C.).”

En el caso en que el concursado tenga intervenidas sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, para ejercerlas estará sometido a la intervención de la administración concursal, mediante su autorización o conformidad (art. 40 L.C.), pero según el art. 44.2.L.C., la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del

giro o tráfico que, por razón de su naturaleza, quedan autorizados con carácter general.

El art. 43.2. L.C. prohíbe enajenar los bienes que integren la masa activa, sin autorización del juez, si bien seguidamente, en el art. 43.3. L.C. establece la excepción de permitir los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad empresarial como sería el caso de vender las "existencias de productos terminados" aunque formen parte de la masa activa, que no sólo no precisan autorización judicial para su venta sino que incluso gozan de una autorización general de la administración concursal por constituir, a la vez, bienes patrimoniales de la masa activa y bienes propios del tráfico de la empresa.

c).En caso de suspensión de las facultades de administración del concursado persona física, corresponde al juez la fijación de la cuantía y periodicidad del derecho a alimentos del concursado (art. 47.1.L.C.) y de las personas que tengan derecho a alimentos frente al concursado (art.47.3.L.C.)

d).Desistimiento, allanamiento (total o parcial) y transacción de la administración concursal en procesos pendientes, cuando el concursado tenga sus facultades suspendidas (art.51.2.L.C.), ya que si las tiene intervenidas, según el art. 51.3 L.C., el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, aunque precisará igualmente autorización, en este caso de la administración concursal, para desistir, allanarse total o parcialmente y transigir litigios, cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

e). Ejercicio de acciones del concursado intervenido (interposición de demandas o recursos) que puedan afectar a su patrimonio, cuando dicho concursado se negara a formularlas y deba hacerlo la administración concursal en su nombre, según el art. 54.2.L.C.)

f). Cuando la quita o la espera supere los límites ordinarios del art.100.1.II.L.C. y104.2.L.C. y la actividad de la empresa tenga especial trascendencia para la economía, según resulte del informe emitido por la Administración económica competente, el juez podrá, a solicitud del deudor, autorizar motivadamente dicha superación.

g). Si antes de la fase de liquidación, fuese necesaria la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, el juez podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, quedando la obligación excluida de la masa

pasiva (art. 155.3. L.C.). Según el art. 155.4.L.C., con autorización judicial, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor, podrá realizarse la venta de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, excepcionando con ello, el régimen general de la subasta.

h). En virtud del art. 157.1.L.C., a solicitud de la administración concursal, el juez puede autorizar el pago de créditos ordinarios, con anterioridad a los de la masa y a los privilegiados, cuando estime suficientemente cubierto el pago de éstos.

i). Según el art. 218.2. de la L.C., "cuando el Estado en que se hallaren los bienes del deudor no reconociera el concurso declarado en España, o cuando las dificultades de localización y realización de estos bienes, así lo justificaren, el juez podrá autorizar a los acreedores a instar en el extranjero la ejecución individual, con aplicación en todo caso de la regla de imputación prevista en el art. 229.L.C.", que establece la regla de pago de que "el acreedor que obtenga de un procedimiento extranjero de insolvencia, pago parcial de su crédito, no podrá pretender en el concurso declarado en España, ningún pago adicional hasta que los restantes acreedores de la misma clase y rango hayan obtenido en éste, una cantidad porcentualmente equivalente".

j). La administración concursal precisará autorización judicial para obtener una prórroga para presentar su informe, que no podrá ser superior a 15 días, en el plazo de un mes a contar desde la aceptación del cargo, del que dispone dicha administración al efecto (art. 191.1.II).

En cuanto a las autorizaciones potestativas, que la administración concursal considere convenientes, cabría mencionar el auxilio que los administradores puedan solicitar del juez en cuanto a la conservación, administración y disposición sobre la masa activa (art. 43.1.L.C.) o bien si la administración concursal, en caso de suspensión de facultades del concursado, o éste mismo con la aprobación de la administración concursal, en caso de estar intervenido, estimen la conveniencia de la resolución de contratos con obligaciones recíprocas, podrán solicitarlo del Juez, tras la comparecencia ante éste del concursado, la administración concursal y la otra parte en el contrato, y si hay conformidad, el Juez dictará auto declarando el contrato resuelto. Si no hay acuerdo, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal (art. 61.2.II.L.C.) y el Juez decidirá acerca de la resolución, acordando en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

La solicitud de estas autorizaciones judiciales debe formularse, por escrito, por quien esté habilitado por la Ley para solicitarlas, quien deberá exponer las razones legales que le motivan para solicitarlas, en caso de autorizaciones necesarias. Las demás partes, a las que se habrá dado traslado de la solicitud, que serán todos los que tengan un interés legitimo, en el objeto sobre el que verse la autorización, a la vista de la solicitud, podrán alegar lo que convenga a su derecho, resolviendo el juez en consecuencia. El art. 188.3.L.C. especifica que "contra el auto que resuelva sobre la autorización solicitada no cabrá más recurso que el de reposición, sin perjuicio del derecho de las partes a plantear un incidente concursal":

D) PREJUDICIALIDAD PENAL.

Existe tal prejudicialidad cuando la resolución del objeto principal de un proceso requiere la previa resolución de una materia a la que corresponde un orden jurisdiccional diferente y existe una conexión entre dichas resoluciones, requiriendo la resolución principal la previa resolución correspondiente a la otra cuestión suscitada.

Aunque según el capítulo X de la Exposición de Motivos de la L.C., la LEC es supletoria de la L.C, esto es así, en tanto la L.C. no contemple normas procesales concretas. En materia de prejudicialidad penal, la L.C. se separa de lo que al respecto establece la LEC para los procesos civiles no concursales. Efectivamente, en los procesos civiles no concursales, es de aplicación el art. 10.2.LOPJ, según el que "la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión, o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla (la cuestión prejudicial penal) no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda" y añade "salvo las excepciones que la Ley establezca".

En el mismo sentido se expresa la LEC que, concretamente en el art. 40.1. dice así;:"cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal" y seguidamente en el art. 40.2 LEC: establece que: "no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso sino cuando concurran las siguientes circunstancias: cuando la causa criminal investigue hechos de apariencia delictiva que tengan influencia decisiva para el fundamento de las pretensiones de las partes en el proceso civil, en cuyo caso, según el art. 40.3 LEC, se acordará mediante auto, la suspensión del proceso, una vez que el proceso civil esté pendiente sólo de

sentencia. Dicha suspensión se mantiene hasta que se termine el proceso penal o se encuentre paralizado por algún impedimento (art. 40.6.LEC). Si la resolución del proceso penal sobre falsedad de un documento, lo declarase auténtico, o no se probase su falsedad, y dicha supuesta falsedad hubiese sido suscitada por denuncia o querella de una de las partes, la parte a quien hubiese perjudicado la suspensión del proceso civil, podrá pedir en éste, una indemnización por daños y perjuicios (art. 712 y stes.LEC y 40.7 LEC).

Por otra parte, el art. 163 C.E., dice que "cuando un órgano judicial considere, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos."

Volviendo a la L.C. el tratamiento que da a la prejudicialidad penal aparece en el art. 189.1. L.C., que dice tajantemente: "La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste". Tan drástica decisión tiene su fundamento en la intención de mantener el principio de celeridad en el desarrollo del procedimiento.

Por cuanto el legislador no quiere que haya injerencias en el proceso concursal, ni aún como consecuencia del planteamiento de una cuestión prejudicial penal, en el art. 189.2.L.C. se establece la competencia del juez para adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculpados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal.

6. CONCLUSIÓN Y REAPERTURA DEL CONCURSO.

Las causas de conclusión del concurso y archivo de las actuaciones se relacionan en el art. 176 L.C. y consisten en:

- la revocación en apelación del auto de declaración del concurso,
- el cumplimiento del convenio, habiendo sido rechazadas las acciones de declaración de incumplimiento,si se hubiesen producido,
- pago de la totalidad de los créditos reconocidos,
- inexistencia de bienes del concursado, ni de terceros responsables,
- el desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos, una vez terminada la fase común en la que se fija la lista de acreedores,

Esta relación de causas no se indica que sea "numerus clausus".

La reapertura del concurso se regula en los art. 179 y 180 L.C. Tiene lugar cuando un deudor persona física es declarado en concurso dentro de los cinco años siguientes a la declaración de otro concurso que finalizó por inexistencia de bienes. El juez competente desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior, ya que las deudas pendientes del concursado no habrán prescrito.

Si el deudor es persona jurídica tendrá lugar la reapertura del concurso, que será declarada por el mismo juzgado que conoció del anterior concurso, si éste terminó por inexistencia de bienes, y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos que hayan aparecido

Si bien el objetivo del procedimiento concursal es el alcance y cumplimiento del convenio concursal o la liquidación del patrimonio del deudor, hay otras causas que motivan la conclusión del concurso que de forma pormenorizada se relacionan en el art. 176.L.C, arriba extractado, debiendo destacar, como causa de conclusión, "cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado, ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores." (art. 176.1.4º L.C.). Sin embargo, el concurso no podrá darse por concluido mientras esté pendiente la tramitación de la sección de calificación del concurso[41], ya que la calificación del concurso como culpable podría condenar a los administradores de la concursada, si es persona jurídica,

[41] Peiteado Mariscal, P. *"La declaración de concurso"* Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2005. pág.126: "…puede tener interés que el concurso se declare y se tramite aunque no se pueda finalmente satisfacer a través de él a los acreedores, puesto que dentro del concurso se tramita la sección de calificación, que puede resolvese con importantes sanciones para el deudor que ha provocado su propia insolvencia o que la ha agravado con una conducta negligente."

a pagar total o parcialmente el importe que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa (art. 172.3 in fine L.C.).

La conclusión se acordará por auto y previo informe favorable a la conclusión del concurso emitido por la administración concursal que, además deberá razonar que no existen acciones viables pendientes de ejercicio para la reintegración de bienes a la masa activa, ni responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas (art. 176.4.L.C.). El juez, tras quince días de audiencia a los acreedores y, en su caso, tras la resolución del incidente concursal que dichos acreedores hubieran promovido oponiéndose a la conclusión del concurso, por medio de auto, acordará la conclusión del concurso.

En cualquier caso, la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor, no exime a éste de su responsabilidad de pago de los créditos que no se hayan cobrado, por cuanto la eficacia novatoria (art. 136 L.C.) del convenio concursal sobre los créditos concursales, desaparece al incumplirse el convenio y proceder a la liquidación (art. 140.4.L.C.), pudiendo por tanto los acreedores iniciar procedimientos de ejecución singular si aparecen bienes del deudor, mientras no se acuerde la reapertura del concurso. La L.C. contempla de forma explícita, novedosa respecto a la legislación anterior, la institución de la reapertura del concurso que sólo podrá tener lugar cuando dicho concurso haya concluido por inexistencia de bienes y derechos. La reapertura del concurso es la continuación del procedimiento concursal que no pudo finalizar adecuadamente debido a la inexistencia de bienes y derechos y que, ante la aparición de nuevos bienes y derechos, se abre nuevamente para alcanzar el objetivo que le es propio al concurso: la satisfacción de los acreedores en la medida de lo posible.

La declaración de nuevo concurso de un deudor que sea persona jurídica que ya hubiese estado en situación de concurso y que concluyó por inexistencia de bienes y derechos, no parece que pueda producirse por cuanto, según el art.145.3. L.C., la resolución judicial que abra la fase de liquidación, en el primer concurso, contendrá la declaración de la disolución de la sociedad por lo que ésta no podrá haber ejercido nuevamente el comercio que le hubiera podido llevar a una nueva declaración de concurso. En tal caso la reapertura del concurso será por aparición de bienes de la sociedad disuelta.

Tras la reapertura, la administración concursal actualizará el inventario, ha de entenderse que el inventario contendrá los bienes y derechos aparecidos, por cuanto, antes de la conclusión del concurso se agotaron los bienes patrimoniales, ya que recordemos que el concurso concluyó por inexistencia

de bienes y derechos y en la reapertura del concurso se actualizará la lista de acreedores que estará formada por los antiguos acreedores con el saldo que tenían pendiente de cobro.

Nada dice la L.C. sobre si la administración concursal será la misma que actuó en el concurso que se reabre y que había cesado al concluir el concurso por inexistencia de bienes y derechos, aunque parece lógico que sea la misma administración concursal la que actúe.

Obsérvese que la L.C. establece que, cuando el concurso concluyó por inexistencia de bienes y derechos, habiendo la administración concursal confirmado, en su informe tal inexistencia de bienes y derechos a los efectos de la conclusión del concurso (art. 176.4 y 176.3. L.C.), posteriormente la misma L.C. en el art. 180.1, al hablar del nuevo inventario con el que se inicia la reapertura del concurso dice: "…La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación de bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes *(aquí parece que la L.C. ha tenido un lapsus al hablar de bienes subsistentes, por cuanto la administración concursal había negado la existencia de bienes o derechos de ningún tipo,)* y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad**."**

Por otra parte, no parece que la L.C. reflexione sobre el fenómeno de la aparición de bienes y derechos que dan lugar a la reapertura del concurso. Entendemos que una contabilidad del concursado, bien llevada, debe poder determinar cuando se han agotado los bienes patrimoniales del concursado y si dicha contabilidad es examinada y controlada por la administración concursal, causa sorpresa que la aparición de dichos bienes no sea motivo de consideración de que la contabilidad examinada y aprobada por la administración concursal estaba amañada y que los bienes que aparecen podrían haber sido ocultados voluntaria y maliciosamente por el concursado, cabiendo la consideración de que intentó un alzamiento parcial de bienes.

Además, la aparición de bienes y derechos tras la declaración del concurso, por inexistencia de tales bienes, merecería una revisión de la calificación del concurso y de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido el concursado y la propia administración concursal por falta de control. Recordemos que en virtud del art. 176.3 L.C. "no podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación…" o sea que la calificación del concurso puede tomar en consideración la razón de esta inesperada aparición de bienes.

Si el concursado es persona física, la aparición de bienes y derechos tras la conclusión del concurso, puede ser debida a que el concursado haya venido a mejor fortuna, pero las personas jurídicas, al quedar extinguidas al concluir el concurso (art. 178.3 L.C.), no pueden venir a mejor fortuna, por lo que los bienes que pudieran aparecer, son los no aparecidos durante el concurso.[42]

Evidentemente, si los bienes que aparecen dan lugar a la reapertura del concurso es porque tienen una entidad que así lo justifica: pues la aparición de un simple tornillo no creemos que justificase la reapertura del concurso.[43] Si el valor de los bienes aparecidos, por su escasa cuantía, no justifica la reapertura del concurso y si el concursado era persona jurídica, ahora extinguida, podríamos preguntarnos si dichos bienes aparecidos son "res nullius".

El art. 181.L.C. establece la obligación de una completa rendición de cuentas de la administración concursal relativa a la utilización que ésta haya hecho de sus facultades en todos sus informes, cuya rendición será previa al auto de conclusión del concurso.

La aprobación de cuentas no implica la exoneración de la responsabilidad en que hubieran podido incurrir los administradores concursales (art. 181.4.L.C.)[44] y según el art. 36.4.L.C. la acción de responsabilidad se

[42] Alonso Espinosa, F. *"Comentarios a la legislación concursal"* Tomo II Dykonson S.L. pág 1494: "Si se trata de persona jurídica, este presupuesto (el ingreso en el patrimonio del deudor de bienes y derechos), estará representado, casi exclusivamente por la detección de bienes y derechos que, por la razón que fuere, quedaron al margen de la masa activa y del proceso de liquidación, pero, en condiciones normales, no por virtud de la adquisición de nuevos bienes o derechos ya que la apertura de la liquidación hubo de producir el cese en el ejercicio de actividades productivas."

[43] Rosende Villar, C. "*Comentarios a la Ley Concursal*" Director Cordón Moreno F. , Thompson Aranzadi, pág. 1171: "En primer lugar, debemos referirnos a que no cualquier aparición de bienes con posterioridad a la clausura determinará la reapertura del concurso, sino sólo cuando el valor sea de envergadura suficiente, de modo que la reapertura sea útil. Aplicando lo dicho al supuesto de conclusión del concurso por carencia absoluta de bienes, se puede decir que no será útil la reapertura cuando el valor de los bienes sea insuficiente para cubrir los gatos del procedimiento de reapertura, puesto que, al no ser posible repartir ningún dividendo entre los acreedores insatisfechos, ninguna utilidad tendría la misma."

[44] Fernández Ballesteros, M.A. "*Derecho Concursal Práctico*" obtra citada en nota de piéde pág. Nº 3, pág 818: "La circunstancia de que se aprueben las cuentas, bien por no existir oposición a las mismas, bien por no prosperar la misma, no impide que, en consecuencia con lo dispuesto en el art. 36 L.C., pueda exigirse por el deudor o por cualquiera de los acreedores, responsabilidad a los administradores, por los daños y perjuicios que hubieran podido causarles tanto personalmente como a la masa del concurso. La aprobación de las cuentas, no supone un acto sanatorio de sus actos u omisiones, contrarios a la ley, o realizados sin la debida diligencia. Baste aquí decir que esta acción habrá de interponerse por los trámites del juicio declarativo que corresponda y que prescribe a los dos años contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama, Sin embargo, la desaprobación de las cuentas determina la imposibilidad de que los administradores puedan ser nombrados para otros concursos durante el tiempo que el juez, en la sentencia que dicte, deberá fijar a su libre albedrío, teniendo desde luego en cuenta las circunstancias concurrentes, pero que en todo caso no podrá ser inferior a seis meses, ni superior a dos años, todo ello sin

sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso, por lo que si la no detección de bienes y derechos que debieran haber estado en la masa activa y que pasaron inadvertidos a la administración concursal, se estima debida a la omisión de la debida diligencia, cabrá la acción de responsabilidad contra la administración concursal.

Cuando la concursada es persona jurídica, la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos implica automáticamente que la resolución judicial que declare tal conclusión acordará la extinción de la persona jurídica y el cierre de su hoja de inscripción en el Registro correspondiente (art.178.3.L.C.). Ello implica que la sociedad extinta no tiene personalidad jurídica, ni capacidad procesal, ni órgano que la administre y, la reapertura del concurso, no implica la recuperación de la personalidad de la concursada.

La reapertura del concurso, según el art.179.2.L.C., se limitará a la fase de liquidación y cabe interpretar que la sociedad extinta se reconoce "ex lege" únicamente a los efectos de permitir la liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad.[45], pero no cabe ignorar la existencia de una antinomia: la persona jurídica queda responsable del pago de los créditos y sujeta a posibles ejecuciones individuales, pero a la vez se extingue y cancela su hoja registral (art. 178 L.C.).

Cuando existen créditos laborales y la conclusión del concurso y consecuente extinción de la sociedad, se produce antes de que la administración concursal pueda certificar la existencia y clasificación de dichos créditos, los trabajadores no podrán cumplir con el requisito de acreditar tales créditos ante el Fondo de Garantía Salarial, ni en consecuencia cobrar sus créditos. Si, los trabajadores, en estas circunstancias quieren acudir al orden jurisdiccional social, se encuentran con que la sociedad disuelta no puede ser conducida a juicio porque carece de capacidad procesal y no puede ocupar la postura de parte demandada. Los juzgados de lo social se ven así obligados a rechazar dichas acciones in "limine litis".

---

perjuicio de las consecuencias que el ejercicio de la precitada y eventual acción de responsabilidad pudiera imponerles."

[45] Herrera, Ch. *"La conclusión del concurso de persona jurídica por inexistencia de bienes y derechos"* Anuario de Derecho Concursal, Tomo 11, pág 602 Editorial Aranzadi. S.A.2007: "Parece razonable interpretar que el ordenamiento jurídico efectúa una ficción y reconoce capacidad procesal a una entidad sin personalidad jurídica, a los solos efectos de permitir, en interés de los acreedores, la distribución de un activo sobrevenido. Se dá, así, una suerte de capacitación procesal extraordinaria por ministerio de la Ley. La revitalización de la persona jurídica extinta se produce estrictamente en el plano procesal y con el cometido específico de liquidar los bienes y derechos aparecidos con posterioridad."

El legislador, al ordenar la extinción de la personalidad jurídica al concluir el concurso por inexistencia de bienes y derechos y a la vez prever la reapertura del concurso, si aparecen nuevos bienes, no establece quién, cómo y cuándo puede promover, perseguir o procurar la aparición de activos con los que reabrir el concurso. Tampoco establece un criterio temporal para limitar la posibilidad de reapertura.

CAPITULO V
LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

1. COMPROBACIONES JUDICIALES PREVIAS

En caso de concurso voluntario, (art. 14 L.C.) el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor. Si la documentación aportada por el deudor fuera estimada insuficiente, el juez señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada.

Sólo cabrá recurso de reposición contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso.

La ley quiere asegurarse de que el deudor presenta la solicitud de concurso voluntario, porque realmente concurren las circunstancias que demuestran que el deudor está incurso en la situación de insolvencia actual (o en la de insolvencia inminente), por cuanto la mera afirmación del deudor de estar en situación de insolvencia, no implica su reconocimiento. Efectivamente, la manifestación del deudor consistente en alegar su situación de insolvencia, no es confesión irrebatible de la misma y los hechos en que la base tienen el carácter de "númerus apertus" en el concurso voluntario.

El deudor que, en la normativa anterior, tenía un derecho a declararse en quiebra, tiene ahora un derecho (y deber, en su caso) de solicitar la declaración de concurso y ésta tendrá lugar tras la comprobación por el juez de la veracidad de la concurrencia de la situación de insolvencia.[46]

Si el juez, a la vista de la documentación presentada por el deudor, aprecia que no existen en la masa activa recursos de ninguna clase, ni pueden reintegrarse bienes o derechos por la vía de la acción rescisoria de actos perjudiciales a la masa, podrá denegar la declaración de concurso, ya que el concurso se da por concluido cuando se compruebe la inexistencia de bienes, en cualquier estado del procedimiento (art. 176.1.4º), no podrá ni siquiera iniciarse si se da la inexistencia inicial total de bienes en la masa activa.

Aunque los acreedores están legitimados para recurrir el auto de declaración de concurso voluntario (art. 20.3. L.C.), cuando es denegada por inexistencia

[46] Montón Redondo, A. y Montón García, M *"El nuevo Proceso Concursal"* Editorial tirant lo blanch, pág 90: " debe señalarse que, una vez firme el auto declarando el concurso, poniéndose así en marcha el procedimiento concursal, no de manera escalonada y progresivamente, sino bajo el principio de unidad de acto (todo a la vez), debe procederse a la apertura de las necesarias Secciones para que las distintas actuaciones que han de irse desarrollando se integren en cada una de ellas, en razón a su naturaleza."

de bienes, los acreedores no habrán tenido posibilidad de ser oídos en el juicio a través de una audiencia previa a la declaración concursal.

La declaración de concurso representa unos beneficios para el deudor (también para los acreedores, dada la situación) y la ley no quiere que dichos beneficios vayan a personas poco escrupulosas que simulen la insolvencia, por lo que, para prevenir tal situación establece los controles a que se somete la declaración de concurso.

Los beneficios de la declaración del concurso son de diversa índole: Prohibición de iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, de seguir apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (art. 55.1 de la L.C.); suspensión del devengo de intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía (art. 59.1 L.C.). Los intereses subordinados contemplados en el art. 92.3 son los preconcursales pendientes de pago.[47]

Pero el beneficio principal que obtiene el deudor es que, si su propuesta anticipada de convenio obtiene las adhesiones suficientes para ser aprobada, sin celebración de la junta de acreedores, o si, en caso contrario, consigue la aprobación por la junta de acreedores, habrá logrado una quita que p.e. puede alcanzar un tercio del importe de los créditos y una espera de tres años para satisfacerlos, sin que proceda la sumisión a la calificación del concurso (art. 163.1.1º L.C.). Es probable que el deudor, en su propuesta anticipada de convenio, no haya querido apurar la quita situándola en el 50% de los créditos, ni la espera en cinco años, que serían posibles según el art. 100.1 de la L.C. precisamente para evitar la formación de la sección de calificación del concurso.(art. 163.1.1º L.C.).

En el supuesto que estamos exponiendo, el deudor, si consigue la aprobación de la indicada propuesta anticipada de convenio, resulta muy beneficiado, a pesar de que sea la masa activa la que deba soportar las costas y gastos judiciales.

[47] Pantaleón Prieto, F *"De la clasificación de los créditos*" en "*Comentarios a la Ley Concursal"* de Luis Fernández de la Gántara:"Como señala Alonso Ledesma, el propio art. 59 L.C. señala que estos intereses no devengados podrán, en su caso, ser objeto de convenio o de liquidación, con ciertos requisitos. Por tanto los no devengados no son subordinados sino que se rigen por el art. 59.2 L.C. Los subordinados son los preconcursales o los intereses de créditos salariales que sí se devengan tras el concurso, al tipo de interés legal.(art. 59.1. L.C.) Los intereses de créditos garantizados con garantía real también se devengan hasta donde alcance la garantía (art. 59.1.L.C.)

Si, el deudor al que nos estamos refiriendo, es persona jurídica, una vez aprobado el convenio, si los socios son solventes, podrán aportar capital para continuar la actividad de la sociedad y habrán logrado que, por la vía de la declaración de concurso, sean los acreedores quienes hayan financiado a la sociedad por una cuantía muy importante, sin tener que devolver el importe de la quita, ni tener que pagar intereses y además tendrá un plazo de tres años para pagar los créditos reducidos con la quita.

De ahí que la solicitud de concurso voluntario sea examinada por el juez para su apreciación de la real insolvencia alegada, antes de proceder a su declaración pero, lo que el juez no puede prever es si los socios, tras la aprobación del convenio, aportarán el capital necesario para la marcha holgada de la sociedad que merecerá automáticamente el crédito de nuevos proveedores o incluso de los mismos que han perdido un tercio de su crédito, cobrando los otros dos tercios en tres años y sin percibir intereses.

En caso de concurso necesario, que pueden solicitarlo los acreedores, cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia y se considera, que éste existe, cuando concurren algunos de los hechos enumerados en el art. 2.4 de la L.C., el juez deberá comprobar la concurrencia de los hechos a los que se refiere el repetido art. 2.4.L.C. y además, deberá constatar la existencia de otros posibles acreedores además del o de los que hayan solicitado la declaración de concurso. La Ley Concursal no establece en su articulado de forma explícita el requisito de la pluralidad de acreedores pero, en la Exposición de Motivos de dicha Ley, se indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor y los acreedores (en plural). La exigencia de la pluralidad de acreedores resulta también de los siguientes artículos:
-art. 2.1.L.C. al hablar del deudor “común” a varios acreedores;
-art. 3 L.C. que habla de los “acreedores”, en plural;
-art. 4 L.C. que cita la “pluralidad de acreedores”;
-art. 6.2.4º L.C. que determina la obligación de presentar junto con la solicitud de concurso voluntario una “relación de acreedores”;
-art. 15.2.L.C.al tratar de las solicitudes de concurso de otros acreedores;
-art. 19.3. L.C. que prevé el llamamiento a otros acreedores interesados, cuando el solicitante inicial del concurso necesario, no comparezca o no se ratifique en su solicitud de declaración de concurso, en la vista a celebrar ante la oposición del deudor;
-art. 21.1.5º L.C. respecto al llamamiento a los “acreedores”;
-art. 49 L.C. y el art. 75.2.2º L.C. disponiendo la integración de los acreedores en la masa pasiva.

En caso de concurso voluntario, la acreditación de la existencia de una pluralidad de acreedores resulta patente por cuanto el deudor acompaña a su solicitud de declaración de concurso una relación de acreedores por orden alfabético (art. 6.2.4º L.C.)

En caso de concurso necesario, al establecer los hechos necesarios para la solicitud de declaración de concurso, en el art. 2.4. L.C., se observa que:
- el sobreseimiento "general", en el pago corriente de las obligaciones implica la existencia de una pluralidad de acreedores (art. 2.4.1º L.C.);
- asimismo la existencia de embargos que afecten de una manera general al patrimonio del deudor (art. 2.4.2º L.C.);
- el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, de Seguridad Social, de pago de salarios (art. 2.4.4º L.C.), también implica la existencia de una pluralidad de acreedores.

En cualquier caso la acreditación de la existencia de pluralidad de acreedores es imprescindible y si el acreedor que insta la declaración de concurso, no puede demostrarla, tiene a su disposición el procedimiento de ejecución singular. Es decir, la existencia de pluralidad de acreedores es "condicio sine qua non" para poder declarar el concurso, según los principio de política jurídica que inspiran la L.C.[48]

Tal existencia de pluralidad de acreedores resulta del espíritu de la L.C. y tiene su justificación en que, mediante el concurso, se pretende la distribución de las pérdidas entre los acreedores, bajo el criterio de la "par condicio creditorum", válida para los acreedores ordinarios, previa la calificación de los créditos en privilegiados especiales o con privilegio general, ordinarios y subordinados, por lo que de existir un solo acreedor, éste no tiene que compartir pérdidas con nadie, ni tiene que celebrarse junta de acreedores o sea que no estaríamos ante un concurso de acreedores.

Sin embargo, cabe un razonamiento opuesto a la necesidad de la existencia de pluralidad de acreedores, consistente en que en el art. 176 L.C., sobre las causas de conclusión del concurso, no aparece que éste concluye cuando los acreedores se hayan reducido a uno solo, por cesión de créditos.

[48] Dykinson S.L. *"Comentarios a la legislación concursal"*pág. 417 "En la línea interpretativa sostenida en conexión con los extremos que debe acreditar el solicitante con su solicitud de concurso necesario, entendemos, sobre la base de los expuestos principios de política jurídica, que la acreditación de dicha pluralidad inicial debe constituir "condicio sine qua non" de la misma admisión a trámite de la solicitud de concurso…"

El concurso es un procedimiento universal en el que se reclaman todos los créditos que constituyen la masa pasiva (art. 49. L.C.) frente a la masa activa con cuyos bienes ha de responder el deudor (art.76.2.L.C.).

No tendría sentido que un acreedor único recurriera a la solicitud de concurso con el fin de ejercitar las acciones de reintegración previstas en los art. 71 á 73 L.C. por cuanto existen análogas posibilidades, fuera del concurso, con la acción rescisoria del art. 1291.3 C.c. o por medio de la acción revocatoria o pauliana (art. 1111 C.c) En su caso, cabría incluso combinar tales acciones con las penales que regulan el alzamiento de bienes (art. 257 C.P.).

Tampoco tendría sentido que un acreedor único acudiera a la solicitud de declaración de concurso con el fin de negociar un convenio concursal, ya que, un pacto con el deudor es igualmente alcanzable en virtud del art. 1255 C.c., incluso en vía ejecutiva, según el art. 640 LEC.

Tampoco la existencia de varios créditos de un único acreedor justificaría la solicitud de declaración de concurso, para ordenar los procedimientos ejecutivos en uno solo, por cuanto el art. 555 LEC admite la posibilidad de acumular ejecuciones entre un mismo acreedor y un mismo deudor.

En el caso de que hubiese un acreedor que tuviese créditos que superasen el 50 % del pasivo, la tramitación del concurso tendría sus peculiaridades ya que, dicho acreedor podría apoyar la propuesta anticipada de convenio que sería por tanto automáticamente aprobada, sin intervención de los demás acreedores y si no existiese propuesta anticipada de convenio y hubiese que convocar la junta de acreedores, el crédito de dicho acreedor que superase el 50 % del pasivo, determinaría que dicho acreedor dominaría totalmente el proceso, pero si dicho acreedor no concurriese a la junta de acreedores, ésta no podría celebrarse ya que su constitución requiere la concurrencia de más del 50 % del pasivo ordinario (art. 116.4 de la L.C.) y por tanto no habría convenio y se procedería de oficio a la apertura de la fase de liquidación, según el art. 143.1.2º.L.C.

Es de recordar que el art. 122.1.2º L.C. niega el derecho de voto en la junta a quienes hubieran adquirido su crédito por actos “inter vivos” después de la declaración del concurso por lo que el acreedor que ostente más del 50 % del pasivo, para tener su dominio de la junta, es preciso que sus créditos sean originarios a su favor y no adquiridos.

La normativa negando el derecho de voto a quien ostente créditos adquiridos tiene como objetivo evitar el dominio de la junta de acreedores por un

acreedor que haya adquirido créditos para alcanzar la mayoría de dicha junta e imponer su voluntad.

Por otra parte, el juez deberá comprobar que quien haya instado el concurso necesario ostenta un crédito originario y no aquirido por actos inter vivos en los seis meses anteriores a la declaración del concurso pues, según el art. 3.2.L.C. quien ostente un crédito adquirido, en el indicado plazo de tiempo, no está legitimado para solicitar la declaración de concurso.

2. LAS ANTIGUAS SOLICITUDES DE DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS, FRENTE A LAS ACTUALES SOLICITUDES DE DECLARACIÓN DE CONCURS O SIENDO EL DEUDOR PERSONA JURÍDICA.

La solicitud de constitución del deudor, sociedad mercantil, en estado de suspensión de pagos en la normativa ahora derogada se regulaba en el Artículo 873, párrafo 3º del C.Co de 1885:

"Para que dichas sociedades no comprendidas en el art. 930 puedan constituirse en estado de suspensión de pagos, será indispensable el acuerdo de los socios, adoptado en Junta General precisamente convocada al efecto, dentro del término señalado en el art. 871. Para la reunión de la Junta se fijarán los plazos más breves que consientan los estatutos o escritura social"

En la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, en el art.2.5 se decía

"Cuando la entidad que formulare la solicitud de suspensión de pagos fuese una Sociedad anónima, (la solicitante) acompañará a su petición certificación del acuerdo del Consejo de Administración autorizando la presentación de dicha solicitud y la justificación de haber convocado junta de accionistas para someter a su ratificación el mencionado acuerdo…"

Existía por tanto una divergencia entre lo establecido en el C.co. y en la Ley de Suspensión de pagos ya que, según se indica en lo arriba transcrito, el C.co. establecía como indispensable el acuerdo de constituirse en estado de suspensión de pagos, adoptado por la Junta General de socios, que había que convocar por medio de la prensa, mientras que, según la Ley de Suspensión de Pagos, la presentación de dicha solicitud debía acompañarse del acuerdo del Consejo de Administración convocando la Junta, por lo que en definitiva, la convocatoria de la Junta en el B.O.E. y en la prensa con un orden del día en el que apareciese la propuesta de acuerdo de ratificación del acuerdo de solicitar el estado de suspensión de pagos, tendría una publicidad posterior a la presentación de dicha solicitud en el Juzgado.

Esta discrepancia entre el C.co. y la Ley de Suspensión de pagos, dado el carácter especial de esta última y a que es de fecha muy posterior a la del C.co., en su redacción de 1885, se resuelve con la prevalencia de lo establecido por la Ley de Suspensión de Pagos.

Es evidente que las fechas anteriores a la de decisión de solicitar la constitución de la sociedad deudora en estado de suspensión de pagos son

críticas, ya que la empresa en crisis trata de evitar las presiones de los acreedores mejor informados que ven la situación que se avecina y que buscan la forma de obtener garantías de cobro antes de que se inste la suspensión de pagos.

Si en estas circunstancias, la sociedad en crisis hubiera tenido que convocar por medio de la prensa y del BOE, una Junta General de accionistas en la que, según aparecería en el orden del día de la Junta, debía someterse a la consideración de los socios la decisión de constituirse en estado de suspensión de pagos, los acreedores, al leer dichos anuncios, viendo confirmadas sus sospechas de insolvencia de la deudora, hubieran tratado desesperadamente de conseguir embargos antes de la inminente solicitud de suspensión de pagos, para afianzar sus créditos y la situación hubiera sido insostenible.

Si la sociedad en apuros era de tamaño pequeño y en ella se conocía la identidad de los socios, hubiera cabido reunir la Junta, sin convocatoria en la prensa, para celebrar todos juntos una Junta Universal en la que ésta tomase el acuerdo de instar la declaración de suspensión de pagos, con lo que se hubieran evitado las presiones de los acreedores en momento tan crítico, y el certificado del acta de la Junta hubiera cubierto la necesidad indispensable requerida en el C.co.

En cualquier caso la Ley de Suspensión de pagos suavizó el requisito al establecer que en la solicitud de la suspensión de pagos se acompañara el acuerdo en tal sentido adoptado por el Consejo de Administración y que a su vez se justificara haber convocado la Junta General de accionistas, a una celebración que iba a tener lugar, presentada ya la suspensión de pagos por lo que los acreedores ya nada podían hacer para presionar a la suspensa.

Si la administración de la sociedad en apuros estaba confiada a un Administrador único, se entiende que a su solicitud de suspensión de pagos debía igualmente acompañar justificación de que la Junta General de socios había sido convocada para ratificar el acuerdo.

LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO VOLUNTARIO EN LA LEY CONCURSAL:

Siendo la finalidad esencial del concurso, en la Ley Concursal, la satisfacción de los acreedores (Exposición de Motivos II), el legislador ha mantenido la institución concursal en los límites del principio dispositivo y ha rechazado la declaración de oficio por el propio juez o a instancia del Ministerio Fiscal, aunque resulte evidente para el juez, por razón de las demandas judiciales que

se estén tramitando, la situación de insolvencia del deudor y su imposibilidad para responder de sus obligaciones exigibles.

La nueva LC (art. 3.1.II. L.C.) atribuye la competencia de decidir sobre la solicitud de concurso voluntario al órgano de administración o liquidación de la sociedad, sustrayéndola aparentemente de la junta general extraordinaria de accionistas..[49]

La reforma de la LSRL producida por la promulgación de la L.C. ha dado la siguiente redacción al artículo que ahora nos interesa:

"art. 105. LSRL: Acuerdo de disolución: 1. En los casos previstos en los párrafos c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la junta general adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o ocurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2.4 de la Ley Concursal"

A todas luces resulta esta redacción es opuesta a la del art.3.1.II LC, debiéndose entender que debe prevalecer la redacción de la L.C. por hallarse la regulación de la solicitud de declaración de concurso voluntario contenida en una ley especial como la L.C. que prevalece sobre una norma general como la LSRL[50]

Además la LSRL no tiene en cuenta que la solicitud de declaración de concurso, si la sociedad está ya en estado de insolvencia actual, constituye un deber del deudor, cuyo incumplimiento puede reportarle serias consecuencias en la calificación del concurso y en la prohibición de presentación de

[49] Pulgar Ezquerra, J*: Derecho Concursal*, obra citada en el pié de pág. Nº 5: El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores, pág 88: "Con la reforma concursal, desafortunadamente, el tratamiento del tema (legitimación para la solicitud del concurso) no se clarifica, estableciendo el art. 3.1 de la L.C. "si el deudor fuere persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación," de lo que podría derivarse, según el tenor literal de la ley, que sería al administrador o al liquidador y no a la junta a quien competería la decisión sobre la solicitud del concurso y, por tanto, podría el administrador proceder a dicha solicitud sin previa convocatoria de la junta."

[50] Rojo Fernández Río,A.*"Comentario de la Ley Concursal"*, Tomo I Civitas, Madrid 2004, pág.203:

Pero la interpretación literal de estas normas modificadas-que milita a favor del a competencia de la junta para decidir la presentación de la solicitud de concurso-debe decaer frente al hecho de que, en el. articulado de la Ley Concursal (que es donde propiamente debe tratarse la materia), la regla de la competencia de los dministradores y liquidadores no tiene excepción alguna; y debe decaer también, y sobre todo, si seanalizan las razones que justificaron la modificación y si se analiza también cuál es el sentido del sistema legal; y ello con independencia deque la insolvencia de la sociedad sea real y efectiva o sólo inminente."

propuesta anticipada de convenio y, por tanto, no tiene sentido que deba convocar una junta general con la anticipación correspondiente para decidir sobre la presentación de la solicitud de concurso, incumpliendo con tal demora su deber de solicitar el concurso.

La legitimación para la solicitud de declaración de concurso, se amplía a los socios de la sociedad que sean personalmente responsables.

Una lectura precipitada del art. 6.2.1º de la L.C., en el que se indica que a la solicitud de declaración de concurso se acompañará poder especial para solicitar el concurso, podría interpretarse como que el órgano de administración precisa un apoderamiento especial para presentar tal solicitud, pero esto no es así, por cuanto, el poder especial al que se está refiriendo el artículo citado, es el del procurador de los tribunales que a su vez puede ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta.

Es de observar que a la solicitud de declaración de concurso voluntario de persona jurídica, el órgano de administración de la misma podrá acompañar propuesta anticipada de convenio (art.104 LC) si la sociedad no está afecta a las prohibiciones de presentación de propuesta anticipadas de convenio que se detallan en al art. 105 LC.

En lugar de la propuesta anticipada de convenio, el deudor puede pedir la liquidación en la misma solicitud de concurso voluntario (art. 142.1.1º LC) o en cualquier otro momento hasta la finalización de la fase común del concurso, es decir hasta que sea definitivo el inventario y la lista de acreedores, si no ha presentado una propuesta de convenio anticipado o no ha sido mantenida o si ha sido denegada su admisión a trámite.

Si son los acreedores quienes presentan una propuesta de convenio, el deudor podrá pedir la liquidación en el plazo de cinco días (art.142.1.4º) desde la presentación de tal propuesta. Además el deudor deberá pedir la liquidación cuando durante la vigencia del convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos (art. 142.3 LC).

La liquidación podrá ser también solicitada durante la vigencia del convenio, por cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso (art. 2.4 L.C.), según lo dispuesto en el art. 142.4 L.C.

La precedente comparación de la normativa antigua sobre la solicitud de constitución del deudor, persona jurídica, en estado de suspensión de pagos,

con la Ley Concursal, en cuanto a la solicitud de declaración del concurso demuestra la intención del legislador en cuanto a flexibilizar y simplificar la tramitación de las situaciones de insolvencia por medio de reglas ágiles.

3. SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

El legislador de 2003 ha sustentado toda la estructura del concurso en un único proceso concursal para deudores comerciantes o no, personas fisicas o jurídicas que parte de la declaración judicial del concurso. Ha regulado un procedimiento para dar solución a una situación económica o financiera como es la insolvencia estableciendo dos caminos:

la liquidación del patrimonio del deudor para hacer frente a sus deudas dentro de unos principios que fundamentalmente van por el camino de la preferencia y del privilegio, o bien,

El convenio del deudor con sus acreedores estableciendo la forma de pago con las correspondientes quitas y/o esperas.

El legislador, en la L.C. ha ideado un procedimiento único y común para todo tipo de deudores, que tiene naturaleza jurisdiccional, y que no es un expediente de jurisdicción voluntaria pues no está destinado a complementar normas jurídicas que es en lo que consiste la jurisdicción voluntaria (ar. 1811 al 2181 LEC) en la que no suele existir controversia o conflicto y, si surge, la jurisdicción voluntaria se convierte en contenciosa (art. 1817 LEC).

La legislación anterior a la L.C., permitía a ciertos sectores de la doctrina defender que la quiebra era un expediente de jurisdicción voluntaria, pero ahora con la nueva L.C. el juez no tiene la función propia de la jurisdicción voluntaria consistene en completar normas jurídicas, sino que reconoce situaciones jurídicas, declara derechos, y tutela la actuación de la administración concursal.

El concurso es ahora un proceso jurisdiccional en el que el juez juzga, en el sentido del art. 117 C.E y para ello dirige el proceso formal y materialmente y ordena ejecutar lo juzgado, para que su enjuiciamiento sea eficaz.

El proceso se inicia con la declaración de concurso que efectúa el juez por medio de auto y que da lugar a que la actividad posterior tenga lugar en los términos concebidos en la L.C. El auto de declaración contiene los pronunciamientos que aparecen en el art. 21 L.C.

Cuando el juez dicta el auto de declaración de concurso o cuando niega tal declaración está juzgando y cuando realiza toda la actividad jurisdiccional posterior, está llevando a cabo lo juzgado según las normas de la L.C. El concurso no es una actividad ejecutiva sino una manifestación del principio

general que recoge el art. 522 LEC sobre acatamiento y cumplimiento de las sentencias constitutivas

Es de observar que los Juzgados de lo Mercantil a los que se atribuye jurisdicción pára el conomicimento y tramitación de los concursos, abarca los órdenes jurisdiccionales civiles, mercantiles y laborales.

En la antigua quiebra, el auto de declaración de quiebra daba igualmente lugar a la aplicación del conjunto normativo, disperso, entonces vigente. La quiebra no era un proceso de ejecución general o universal, ni una actividad de jurisdicción voluntaria.

En la actual L.C. el punto de partida del concurso es el auto de su declaración y éste tiene los efectos que la L.C. determina, que dan lugar a un sinfín de actividades dirigidas a alcanzar el convenio o la liquidación del patrimonio del deudor común.

El auto que declara el concurso no es ni una resolución ejecutiva, ni cautelar. No es ejecutiva por cuanto no cabe encuadrarla en lo que en la LEC se conoce como autos despachando ejecución (art. 553 LEC). Tampoco es cautelar por cuanto la L.C. no contiene norma alguna que permita considerar que el auto de declaración de concurso es una resolución cautelar. Otra cosa es que el art. 17 L.C. regule las medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso

La naturaleza jurídica del auto de declaración de concurso resulta de la lectura del art. 21 L.C. que nos remite a todas y cada una de las normas que regulan el proceso concursal, que no son las que regulan el proceso de declaración de concurso. Efectivamente la L.C. contiene dos bloques de normas:

las normas que regulan el proceso de declaración de concurso,
las normas que regulan los efectos de la declaración de concurso.

Por medio del art.21.L.C. y de las normas a las que éste hace referencia, se crea una nueva situación jurídica que abarca no sólo al deudor común o al acreedor (u otro legitimado) que haya solicitado la declaración de concurso, sino también al órgano judicial y a las personas que están dentro del ámbito del concurso, entiendiendo por tal, no sólo desde el punto de vista financiero o económico sino también patrimonial.

El auto de declaración de concurso crea una situación jurídica en la que el concursado resulta incapaz, en el grado en que la L.C. regula tal limitación de facultades según las circunstancias. En esta situación jurídica se da entrada a

los administradores concursales que actúan “ex novo” dentro del concurso. Asimismo a partir de la declaración de concurso la administración concursal podrá solicitar la declaración por el juez de la ineficacia y la nulidad de todos los negocios jurídicos perjudiciales para la masa, que se hayan realizado en un tiempo determinado (dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, según el art. 71 L.C.).

La situación jurídica creada con la declaración de concurso produce la “vis atractiva procesal”, por la que todos los procesos pendientes que tengan carácter patrimonial y en los que intervenga el deudor deben acomodarse a las normas establecidas para su continuación, tramitación y acumulación que se contienen en los art. 50 y stes. de la L.C.

El auto de declaración de concurso afecta a cuantos están en el ámbito del mismo y es un ejemplo paradigmático de lo que en Derecho Procesal se conoce como una resolución de carácter constitutivo. La situación jurídica constituida es al mismo tiempo material y procesal y aunque tiene su origen en la situación o estado de insolvencia, al que se refieren los art. 2,4,5 y 6 L.C., dicha situación de insolvencia no es jurídica sino económica, financiera o patrimonial.

El proceso concursal puede considerarse un mecanismo procesal que hace posible: a) la liquidación ordenada del patrimonio del deudor común, para la satisfacción, en la medida de lo posible, de los acreedores de acuerdo con un esquema de privilegios y paridades o b) el logro de un convenio de pagos entre el deudor y sus acreedores con quitas y/o esperas, pero estos objetivos sólo pueden lograrse dentro del proceso concursal, tras la necesaria declaración judicial previa del concurso. Evidentemente cabe acometer soluciones paraconcursales por medio de convenios amistosos extrajudiciales al margen del proceso consursal, según hemos visto en el epígrafe dedicado a los convenios amistosos extrajudiciales (Capítulo III.2.B)

Cuando es el deudor quien pide la declaración judicial de concurso voluntario, ejerce un derecho potestativo (o más exactamente cumple un deber impuesto por la L.C. al deudor que se halle en estado de insolvencia actual según el art.5 L.C.) y si la solicitud es aprobada mediante el auto de declaración de concurso se produce el nacimiento de una nueva situación jurídica, la de concurso, que afecta al deudor y a los acreedores sin que éstos puedan hacer nada para evitarla, una vez que la resolución judicial es firme, al igual que sucede si es un acreedor u otro legitimado quien ha promovido la declaración de concurso.

El derecho del deudor común a varios acreedores, a solicitar la declaración de concurso surge cuando aquel no puede asumir su responsabilidad patrimonial universal precisamente porque está en situación de inosolvencia. Dicho derecho tiene el objetivo de evitar que, por el estado de inolvencia del deudor, algunos acreedores obtengan despachos de ejecución singulares en perjuicio de otros acreedores que no disponen de títulos ejecutivos con los que conseguir ejecuciones singulares.

Análogamente, si es un acreedor quien ha solicitado la declaración de concurso, si ésta tiene lugar, nace igualmente la nueva situación jurídica. El acreedor, con su solicitud de declaración de concurso no ha ejercitado su derecho de crédito, sino que éste le ha permitido provocar la declaración de concurso y consecuente nueva situación jurídica del concursado, La “causa petendi” no es necesariamente la existencia de un título por el cual se haya despachado ejecución sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, sino también la situación de insolvencia manifestada por los hechos detallados en el art. 2.4 L.C.

Cuando el acreedor solicita la declaración de concurso ejercita un derecho distinto al de crédito o al de ejecución del crédito reconocido: ejercita el derecho potestativo al cambio de la situación jurídica del concursado.

4. AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

El contenido del auto que declara el concurso aparece en los pronunciamientos a los que se refiere el art. 21.L.C., más la regulación de costas que aparece en el art. 20.1.L.C. y son:

1º-"El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación."

Si el deudor ha solicitado la liquidación (art. 142.1.1º L.C.), junto con la solicitud de concurso voluntario deberá aportar una propuesta de plan de liquidación (art. 6.4.L.C.). La decisión del deudor de liquidar su patrimonio es irreversible y excluye la negociación de un eventual convenio ya que, siendo la liquidación la peor solución para el deudor, si éste opta por ella, es porque no ve otras soluciones posibles. La apertura de la fase de liquidación, sin embargo, no tendrá lugar hasta que el juez ponga fin a la fase común del concurso tras la firmeza de la lista de acreedores y del inventario y entonces la abrirá según el art. 142.2.L.C.

2º-"Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y facultades de los administradores concursales."

Esta materia se regula en el artículo 40 L.C. y para el concurso voluntario, en principio, se mantienen las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad.

Para el caso de concurso necesario (art. 40.2.L.C.) se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.

El juez, motivando el acuerdo, puede disponer el ejercicio de las facultades de administración y disposición, en sentido contrario al expuesto para los casos de concurso voluntario y para el de concurso necesario, sea de oficio, o por solicitud de la administración concursal. Al cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y a la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se dará la misma publicidad que a la declaración de concurso.

Los actos del deudor que infrinjan sus limitaciones de facultades sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. La anulación se tramitará en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará al cumplirse un mes desde la fecha del requerimiento en tal sentido.

El nombramiento y facultades de los administradores concursales se hará atendiendo a las condiciones subjetivas que establece el art. 27 L.C. y a las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones del art. 28 L.C. En el art. 30 L.C. se contempla el nombramiento de administrdor concursal cuando recaiga en una persona jurídica. La aceptación de los administradores concursales se regula en los artículos 29 y 31 L.C. y su recusación en el art. 33 L.C. El estatuto jurídico de los administradores concursales se detalla en los artículos 34 a 38 L.C.

Contra las resoluciones sobre nomnbramiento, recusación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados no se dará recurso alguno (art. 39 L.C.).

3º-“En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6.”

El incumplimiento de lo solicitado en el requerimiento implicaría una infracción del deber de colaboración e información del deudor previsto en el artículo 42 L.C. y en consecuencia la presunción “iuris tantum” de dolo o culpa grave (art. 165.2º L.C.) y por tanto la posible calificación del concurso como culpable que puede implicar las consecuencias que aparecen en el artículo 192 L.C.

4º-“En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.”

Parece evidente que en caso de concurso voluntario, el deudor al presentar su solicitud de concurso no va a solicitar medidas cautelares contra sí mismo, aunque el juez podría adoptarlas de oficio al declarar el concurso, para evitar así el riesgo de desaparición de bienes del patrimonio del deudor, hasta que éste esté intervenido por los administradores concurales o sustituido en sus funciones por la administración concursal.

En caso de concurso necesario, al admitir la solicitud a trámite, el juez podrá adoptar las medidas cautelares que el instante solicite y que él considere oportunas para asegurar la integridad del patrimonio del deudor hasta la constitución de la administración concursal (art. 17.2.L.C.), pudiendo pedir el juez al solicitante de las medidas cautelares que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor, si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada.

Decidida finalmente la declaración de concurso, en su caso, el juez, en el auto de declaración de concurso mantendrá las medidas cautelares ya acordadas al admitir la solicitud de concurso a trámite, o las cambiará por otras.

5º-"El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23."

Es de observar que el plazo para la comunicación de los créditos es de un mes desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración del concurso (art. 23.1 L.C. y art. 133.1.LEC).

El llamamiento efectuado por el juez en el auto de declaración de concurso es independiente de la notificación individualizada a los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, que debe hacer la administración concursal (art. 21.4. L.C.)

Hay que tener en cuenta que la constitución de la administración concursal puede demorarse si los administradores inicialmente previstos no aceptan el cargo o si son recusados, por lo que cuando finalmente, una vez constituida la administración concursal puedan realizar la comunicación individualizada, puede haber precluido el plazo de los acreedores para comunicar su crédito. Sin embargo, en virtud del art. 86.1.L.C. la administración concursal incluirá o excluirá de la lista de acreedores los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto si se han comunicado expresamente como si por cualquier razón constaren en el concurso.

Aunque el pronunciamiento "quinto", que estamos comentando, no lo diga explícitamente, en el propio auto de declaración de concurso, el juez ordenará también la formación de la sección segunda, relativa a la administración concursal (art. 183.2º L.C.), de la sección tercera, relativa a la masa activa (art. 183.3º LC.) y de la sección cuarta, relativa a la masa pasiva (art. 183.4º

L.C.). Dicha formación de las secciones segunda, tercera y cuarta, según el art. 21.3.L.C. se ordenará tras la declaración de concurso, pero por razón de economía procesal sería erróneo entender que se requiera una resolución judicial posterior al auto de declaración de concurso para la formación de las secciones indicadas.

Si es el deudor quien ha solicitado el concurso, el juez ordenará, igualmente en el auto de declaración, la formación de la sección primera, relativa a la apertura del procedimiento concursal. Si no es el deudor, sino otro legitimado, el solicitante de la declaración de concurso, la formación de la sección primera habrá tenido lugar con la admisión a trámite de la solicitud del instante.

6º-"La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso."

La L.C.establece los siguientes requisitos mínimos:

a) en cuanto a los medios utilizados, el auto se anunciará en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde radique el centro de los principales intereses del deudor o donde se encuentre su domicilio (art. 23.1. L.C.)

b) en cuanto al contenido del edicto, éste deberá contener los datos identificativos del concursado y del juzgado en el que se tramita el procedimiento concursal, el régimen de intervención o de suspensión del deudor, el nombramiento de los administradores concursales (art. 21.1.2º L.C.) y el llamamiento a los acreedores para que den a conocer su crédito en el plazo de un mes, o de quince días, si procede el procedimiento abreviado (art.21.1.5º. y 21.1.8. L.C.)

Además el juez puede acordar, cuando lo considere oportuno (art. 23.2.L.C.), una publicidad adicional, aumentando el número de diarios en que se inserte el edicto, o en los diarios oficiales autonómicos, mediante la inserción de edictos en la sede del juzgado, especialmente si hay un número elevado de acreedores.

7º-"En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales."

Este apartado es de aplicación al deudor, persona física casada, en régimen de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes.

Evidentemente, y así lo dice el art. 77.1 L.C., en caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado, pero además, según el art. 77.2.LC, se incluirán en la masa activa del deudor los bienes gananciales o comunes del matrimonio, pudiendo el cónyuge del concursado pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso. La concreta titularidad de los bienes gananciales o comunes sólo se determina con la liquidación del régimen y la adjudicación de los bienes a uno y otro cónyuge.

En Derecho Común, el artículo 1316 C.c. dice que "a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen (económico del matrimonio) será el de la sociedad de gananciales."

También en Derecho Común, el artículo 1435 C.c. establece cuando existe separación de bienes entre cónyuges (cuando así lo hubiesen convenido, cuando los cónyuges hubiesen pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, cuando se extingue la sociedad de ganaciales o el régimen de participación salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto).

En el Código de familia del Derecho Civil Foral de Cataluña, promulgado por Ley 9/1998 de 15 de Julio, en su artículo 10, se dice que el régimen económico del matrimonio, de no existir pacto, o en caso de que los capítulos matrimoniales sean ineficaces, el régimen económico es el de separación de bienes.

En el Derecho Civil Foral del País Vasco, en su artículo 93, se dice que "el régimen económico del matrimonio será el que libremente pacten los cónyuges en escritura pública, antes o después de su celebración", y en el artículo 94 "a falta de pacto se entenderán sujetos a comunicación foral los matrimonios en que ambos contrayentes sean vizcaínos aforados…" y en el artículo 95: "en virtud de la comunicación foral, se harán comunes, por mitad entre marido y mujer, todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que sean, pertenecientes a una u otra, por cualquier título, tanto los aportados como los adquridos en constante matrimonioy sea cual fuere el lugar en que radiquen."

En el Derecho Civil de Galicia, en su artículo 112: “El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será el de la sociedad de gananciales.”

El caráctrer privativo de los bienes, en el régimen de gananciales, se determina por los criterios generales de los artículos 1346, 1348, 1349, 1352, 1356, 1357,1359, 1360 y 1361 del C.c.

Para que los bienes gananciales o comunes integren la masa activa, es preciso, según dice el art. 77.2.L.C. que “deban responder de obligaciones del concursado”, sea porque así se haya pactado o bien porque así lo prevea el propio régimen de gananciales o de comunidad de bienes.

La determinación de si los bienes gananciales deben responder de las deudas del concursado depende de que éste sea comerciante o no comerciante:

Si es comerciante se aplican los artículos 6 y stes. del C.Co.: deben integrar la masa activa los bienes gananciales, o de la comunidad matrimonial, obtenidos de las resultas del comercio. Los demás bienes comunes se integrarán en la masa sólo con el consentimiento de ambos cónyuges pero se presume que dicho consentimiento existe si el comercio se ejerce con el consentimiento y sin oposición expresa del cónyuge del concursado. En cualquer caso, los actos de consentimiento, oposición y revocación habrán de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrán en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad.

Si el concursado no es comerciante, los bienes gananciales responderán frente al acreedor de las deudas contraidas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica o de gestión o disposición de gananciales que por ley, o por capítulos, le corresponda y también de las deudas contraidas en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes (art. 1365 C.c.)

Los bienes comunes pueden tener que responder de deudas privativas de un cónyuge, si se acredita que éste no tiene bienes propios suficientes para responder de sus deudas (art. 1373 C.c.). Este spuesto está previsto para ejecuciones individuales (art. 541 LEC) pero es extensivo a un proceso concursal. Los acreedores, en el proceso concursal, solicitarán a la administración concursal que los bienes gananciales se integren a la masa activa del concurso y el juez lo comunicará al cónyuge no deudor y si éste

pide la disolución de la sociedad de gananciales, el juez resolverá lo procedente sobre división de patrimonios.

El cónyuge no deudor, en lugar de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales, al ser notificado de que los bienes gananciales van a incorporarse a la masa del concurso, puede admitirlo, y si el concurso va a liquidación, ostentar un crédito a ejercitar ontra la sociedad de gananciales si ésta llega a liquidarse posteriormente.

En cuanto a los bienes privativos del cónyuge del concursado no responden de las deudas de éste, por lo que no se incorporan a la masa activa del concurso pero, si el concursado es comerciante, en virtud del art. 9 C.Co., dichos bienes responden también de las deudas, si el cónyuge dió expresamente su consentimiento a tal responsabilización

El cauce procesal habitual de la liquidación del régimen de gananciales, o del de la comunidad de bienes, motivada por la inclusión de dichos bienes en la masa activa del concurso es el de la formación de pieza separada, lo que permite combinar el control judicial del concurso con la independencia del proceso liquidatorio. El juez competente para la liquidación será, por tanto, el juez del concurso. Por otra parte, si el concurso se declara estando en trámite la liquidación de la sociedad de gananciales, o la de la comunidad de bienes, el juez del concurso, en el mismo acto de su declaración podrá reclamar su competencia y control sobre el proceso liquidatorio (art. 21.1.7º L.C.).Ver [51]y[52]

[51] Rojo Fernández-Río,A;.Beltrán,E. *"Comentario de la Ley Concursal"* Civitas Ediciones S.L. Madrid 2004 tomo 1, pág 412: "…y ello a pesar de que el Código Civil establecía literalmente como causa de disolución que "el otro cónyuge fuese declarado en quiebra o concursso", lo que aparentemente excluía la legitimación del propio concursado. Sin embargo, no existió inconveniente en admitir la legitimidad del concursado para solicitar la disolución del régimen de gananciales, con base en que la apertura de un proceso concursal dificulta indudablemente el normal funcionamiento de la sociedad de gananciales. Por ello, al no haberse derogado expresamente el régimen previsto en el. Código Civil por la Ley Concursal, subsiste tal posibilidad a favor del concursado: la de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales con la immple declaración de concurso."

[52] Peiteado Mariscal, P. *"La declaración de concurso"*obra citada en pié de pág.nº41, pág 217: "Tanto en el artículo 77.2 como en el 1393.1º C.c. se percibe con claridad que la legitimación para solicitar la disolución de la sociedad de gananciales se atribuye al cónyuge no concursado, que es quien puede tener interés en que, en ciertos casos, la cuota que le corresponde, en los bienes comunes no se vea alcanzada por el juicio universal (esta misma iniciativa es la prevista en el artículo 541 LEC). No parece, por tanto, que el cónyuge deudor pueda instar la disolución de la sociedad conyugal, ni siquera cuando es el que solicita su propia declaración de concurso, y provocar así que el juez se pronuncie sobre la formación de la pieza separada a que se refiere el artículo 21.1.7ºL.C. en el auto que declara el concurso."

La misma autora en la misma obra, pág 219: "Entiendo que el pronunciamiento establecido en el artículo 21.1.7º L.C. relativo a la apertura de pieza separada para la disolución de la sociedad de gananciales es producto de una falta de coordinación con el contenido final del actual artículo 77.2 L.C. En efecto, el-entonces- artículo 76.2. del Proyecto de Ley Concursal establecía que la declaración de concurso

8º-"En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado a que se refiere el capítulo II del título VIII de esta ley."

El ámbito de aplicación del procedimiento simplificado, es decir del denominado procedimiento abreviado, se especifica en el art. 190.1.L.C.y requiere, como presupuesto subjetivo, que el deudor, persona física o jurídica, conforme a la legislación mercantil esté autorizado a presentar balance abreviado y como presupuesto objetivo que la estimación inicial de su pasivo no supere el millón de euros.

La presentación de balance abreviado está permitida a los comerciantes personas físicas y a las sociedades mercantiles que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, dos de las tres circunstancias siguientes:

a) que el total de las partidas del activo no supere los 2,37 millones de euros,
b) que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere 4,75 millones de euros.
c) que el número medio de trabajadores empleados no sea superior a 50.

Quedan excluidas del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, las sociedades mercantiles personalistas (colectiva y comanditaria simple (art. 22 C.Co.) y las de garantía recíproca (art. 54 LSGR), así como las sociedades civiles (art. 1665 y stes. C.c.)

La presentación de balance abreviado es una facultad de los empresarios que reúnan las cicrcunstancias mencionadas pero, la falta de ejercicio de esa

---

determinaba la disolución del régimen de gananciales o de cualquier otro régimen matrimonial de comunidad de bienes. Desde esta perspectriva, es lógico que el juez, al declarar el concurso, ordene la apertura de la pieza conducente a la disolución, puesto que ésta se produciría *ope* legis y no por voluntad del cónyuge no deudor, como ocurre en el régimen general del artículo 1393 C.c. Las críticas doctrinales, que estiman más ventajoso y correcto el régimen del C.c. frente al establecido en elartículo 76.2. del Proyecto y una enmienda en este sentido del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria determinan que finalmentese se adopte también para el concurso la necesaria instancia del cónyuge no deudor. Ocurre, sin embargo, que mientras se modifica finalmente el art´ciulo 76.2. del Proyecto se aprueba también la inclusión en el artículo 21.L.C. de un pronunciamiento que el Proyecto no contenía, el relativo a la apertura de la pieza de disolución del régimen económico matrimonial de gananciales o cualquiera otra comunidadde bienes.
Como consecuencia, entiendo que sólo en los casos en que se admita durante la trmitación de la solicitud de declaración de concurso la intervención del cónyuge no deudor, y se acepte una petición eventual en el sentido de que si se declara el concurso de su cónyuge se proceda a la disolución del régimen económico matrimonial-teniendo en cuenta que, como se ha dicho, los bienes gananciales van a ser siempre incluidos en la masa activa del concurso-, podrá el juez ordenar la apertura de la pieza separada en el auto que declara el concurso. En los supuestos restantes, el juez debe esperar a que el cónyuge no deudor promueva la disolución del régimen económico matrimonial en los términos de lartículo 77.2.L.C.

facultad, no implica renuncia al derecho que les corresponde en orden a la tramitación del concurso abreviado.

La razón de ser del procedimiento abreviado es el ahorro del coste temporal (plazos procesales más cortos) y económico (reducción del número de miembros de la administración concursal que pasan de tres a uno) que implíca el procedimiento concursal.

El juez tiene amplia discrecionalidad para decidir sobre la aplicación del procedimiento abreviado y para la conversión de los procedimiento ordinario a abreviado y viceversa (art. 190.2.L.C.).

Sin embargo, la aplicación del procedimiento abreviado parece inadecuada cuando sea muy elevado el número de acreedores o cuando los bienes y derechos del deudor estén dispersos.

La aplicación del procedimento abreviado requiere una resolución expresa que el juez podrá adoptar de oficio o a instancia de parte. En el concurso voluntario, si el deudor así lo solicita, la adopción del procedimiento abreviado podrá ser acordada por el juez en el mismo auto de declaración de concurso, ya que el deudor sabe si el importe de su pasivo exigible supera o no el millón de euros (art. 190.1.L.C.), cosa que el instante del concurso, si es otro legitimado distinto del deudor, no puede saber.

Para la aplicación del procedimiento abreviado la L.C. no hace referencia ni a la configuración del patrimonio del deudor, ni al número de acreedores.

9º- (ex art.106.2.L.C.)“Cuando la propuesta anticipada de convenio se presentara con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste, el juez resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración de concurso…”

El auto de declaración de concurso, en que se resuelva sobre la admisión a trámite de la propuesta anticipada de concurso, deberá ser motivado. Para que la propuesta pueda admitirse a trámite deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados (ya que los créditos subordinados no tienen derecho a voto según el art. 122.1.1º) que superen en su conjunto, la quinta parte del pasivo presentado por el deudor. Si el juez aprecia algún defecto, lo notificará al concursado para que lo subsane en los tres días siguientes a la notificación.

La admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio será rechazada (art. 106.3.L.C.), cuando las adhesiones, en este caso efectuadas mediante instrumento público ya que la comparecencia alternativa ante el secretario judicial, se refiere a las adhesiones posteriores cuando la propuesta anticipada ha sido ya admitida a trámite, no alcancen la quinta parte del pasivo, cuando el deudor estuviese incurso en prohibición de presentar tal propuesta anticipada por haber incurrido en alguno de los motivos que aparecen en el art. 105 L.C., o cuando la propuesta consista en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos (art. 100.3.L.C.), ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de los créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento.

La L.C. no exige que las adhesiones a la propuesta anticipada de convenio deban provenir de varios acreedores, por lo que bastaría, la adhesión de uno solo que alcanzase o superase la quinta parte del pasivo

Contra el pronunciamiento judicial que resolviere sobre la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio no se dará recurso alguno (art. 106.4.L.C.). Pero, es de observar que si el concursado incurriere posteriormente en el curso del procedimiento, en causa de prohibición de presentar porpuesta anticipada de convenio, o se comprobase que el deudor había incurrido anteriormente en alguna causa de prohibición que hubiera pasado desapercibida, el juez, de oficio o a instancia de la administración concursal o de parte interesada y, en todo caso, oído el deudor, declarará sin efecto la propuesta y dará fin a su tramitación (art. 105.2.L.C.).

COSTAS

El auto de declaración de concurso deberá contener, aunque no lo especifique el art- 21 L.C. un pronunciamiento sobre las costas que son créditos contra la masa, incluso las ocasionadas por la oposición del deudor a la declaración de concurso, en su caso si el concurso es efectivamente declarado. Si es el deudor quien ha presentado su solicitud de concurso voluntario, las costas serán igualmente crédito contra la masa. Si la solicitud de declaración de concurso es desestimada, a petición del deudor, se procederá a la determinación de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado (art. 712 y stes. LEC) y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante del concurso y si no los pagase, se procederá a la exacción forzosa.

Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, según el art. 154.2.L.C., habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso, deduciendo la administración concursal, de la masa activa, los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa, ya que los créditos contra la masa no integran la masa pasiva del concurso según el art. 84.1.L.C.

El vencimiento del crédito por costas tiene lugar con el auto de declaración de concurso y será ejecutivo aunque no sea firme.

EL PAGO DE LAS COSTAS Y GASTOS JUDICIALES DEL CONCURSO VOLUNTARIO

Dichas costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y declaración del concurso y por el trámite del procedimiento, tienen la consideración de créditos contra la masa activa del concurso (art. 84.2.2º y 84.2.3º L.C.) y ésta, está constituida por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera el deudor hasta la conclusión del procedimiento (art.76.1. L.C). Por cuanto en el momento en que el deudor solicita la declaración de concurso, todavía no existe la masa activa del concurso, por cuanto éste todavía no ha sido declarado, las costas y gastos judiciales serán atendidos después de la declaración del concurso, con cargo a la masa, cuando el deudor concursado está ya bajo la intervención de la administración concursal, o cuando ha sido sustituido por ésta, en su caso.

El Real Decreto 1860/2004 de 6 de Septiembre, establece el arancel, en virtud del cual el juez fijará la retribución de los administradores concursales, en función del activo, del pasivo, de la complejidad del concurso y con los recargos previstos al efecto.

Es comprensible que todas las costas y gastos judiciales que procedan, se atiendan con cargo a la masa tras la solicitud del concurso ya que la tesorería del deudor en el momento de presentar la solicitud, podría no permitirle hacer una provisión de fondos. Así, a lo largo del proceso del concurso se irán produciendo los cargos que correspondan, siempre con cargo a la masa.

Lo que no prevé la L.C. es que la masa puede no tener liquidez suficiente para el pago inmediato de dichas costas y gastos judiciales, con lo que dichos pagos se efectuarán cuando la venta de existencias de productos terminados y el desarrollo habitual del negocio, como por ejemplo el cobro de clientes al

llegar el vencimiento de sus obligaciones, generen tesorería para atender los conceptos indicados y todos los que se produzcan con cargo a la masa.

Una empresa que careciera totalmente de tesorería, al presentar la solicitud de concurso, no tuviera existencias de productos terminados, ni deudores de quienes cobrar y cuyo activo estuviese constituido sólo por inmovilizado, sólo podría atender el pago de las costas y gastos judiciales con el producto de la venta de elementos del inmovilizado para lo que, el juez podría autorizar la enajenación de elementos de la masa activa al amparo del art. 43.2 L.C, que dice así:

"Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez."

Si no hay elementos individualizados del inmovilizado, cuya enajenación permita obtener recursos para mantener la marcha de la actividad del deudor, habrá que ir a la liquidación total. Esta liquidación, podrá ser instada por el deudor, o por los acreedores, pero el proceso concursal deberá seguir su curso para la formalización de la lista de acreedores, para la determinación del inventario y para la emisión del correspondiente informe de la administración concursal.

Recordemos que una de las formas de conclusión del concurso es cuando se comprueba la inexistencia de bienes y derechos del concursado, ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4º L.C.)

PUBLICIDAD DEL AUTO QUE DECLARA EL CONCURSO

Los acreedores tendrán conocimiento del auto de declaración de concurso a través de los siguientes medios:

a) por notificación del órgano jurisdiccional a las partes que hubieran comparecido (instantes de concurso necesario y el propio deudor) (art. 21.3.L.C.). Si el deudor no hubiera comparecido, la publicación de los edictos a que se refiere el art. 23.3. L.C. producirá, respecto de él, los efectos de la notificación del auto ya que, por cuanto las notificaciones se hacen a los procuradores de las partes, si el deudor no ha comparecido, no tiene por tanto procucrador designado, ni la L.C. prevé su declaración en rebeldía, por lo que se ha dado a la publicación de los edictos del auto de declaración de concurso, la consideración de su notificación al deudor,

b) por la comunicación individualizada, por parte de la administración concursal a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, informándoles de la declaración de éste y del deber de comunicar sus créditos en la forma establecida en el artículo 85 (art. 21.4.L.C.)

c) por la publicidad en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses o en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Estos anuncios contendrán los datos suficientes para identificar el proceso y las formas de personarse en él (art. 23.1.II L.C.

d) por la publicidad registral:

- tratándose de persona natural, la declaración de concurso se inscribirá en el Registro Civil (art. 24.1 L.C.), así como si sus facultades de administración han quedado intervenidas o suspendidas. También se inscribirá el nombramiento de los administradores concursales.
- si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, se inscribirán en éste, las mismas circunstancias que en el caso anterior (art. 24.2.L.C.). Si el deudor debiera estar inscrito en el Registro Mercantil pero no lo está, deberá practicarse primero su inscripción y después las inscripciones derivadas del auto que declara el concurso
- si se tratase de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que constan en otro registro público, el juez mandará inscribir en éste las mismas circunstancias (art. 24.3.L.C.).
- si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos, la intervención, o en su caso la suspensión de sus facultades de admnisitración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.

Sorprendentemente, el auto de declaración de concurso no se notifica a los órganos jurisdiccionales ante los que se siguen ejecuciones relacionadas con el patrimonio del concursado y ello aunque el artículo 568 LEC disponga que el tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, cuando le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso.”

La inserción de la publicidad del auto de declaración de concurso (art. 23.3.L.C.) quedará encargada al procurador del solicitante de la declaración de concurso, que recibirá del juez los oficios con los edictos. Sólo si la solicitud de declaración de concurso proviene de una administración pública representada por sus servicos jurídicos, se encargará el propio juzgado de lo mercantil de que se publiquen los edictos.

POSIBLE EFICACIA DE COSA JUZGADA MATERIAL DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

El art. 206 LEC establece las distintas clases existentes de resoluciones judiciales y según dicho artículo la resolución sobre la solicitud de declaración de concurso parecería que debiera adoptar la forma de sentencia (art. 206.1.3º LEC) y ello porque el juez ha efectuado un examen pleno de la situación de insolvencia o solvencia del deudor y consecuente necesidad o imposibilidad de declarar el concurso, en especial si el solicitante del concurso en un legitimado distinto del deudor, por lo que se da traslado a éste, de la solicitud de declaración de concurso, quien puede oponerse en procedimiento cotradictorio. Existe, en definitiva, una gran similitud entre la tramitación de la solicitud de declaración de concurso y un proceso declarativo plenario que finaliza con sentencia, aunque la resolución estimando la declaración de concurso no pone fin al procedimiento concursal, como sería lo propio de una sentencia de un proceso declarativo, sino que, por el contrario, lo inicia.

Por otra parte la LEC en su artículo 206.2.permite que la forma de la resolución sea, no la prevista en dicho artículo, cuando la Ley exprese la clase de resolución que haya de emplearse y la L.C., efectivamente en su artículo 21, establece que la declaración de concurso será por “auto”.

Por cuanto las sentencias firmes según el art. 207.3 LEC “pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas,” cabe preguntarse si el auto de declaración de concurso adquiere la eficacia de cosa juzgada.

La LEC atribuye eficacia de cosa juzgada material a ciertos autos, al señalar que tendrán los mismos efectos que una sentencia firme. No existe en la L.C. una manifestación de que el auto de declaración de concurso, aún siendo un auto, tenga los efectos de una sentencia firme

La resolución a la que se reconoce que tiene eficacia de cosa juzgada material tiene dos funciones:

a) la negativa o excluyente, según la cual se da por finalizado un segundo proceso con idéntico objeto al decidido por la primera resolución, es decir, no cabe volver a juzgar sobre lo mismo

b) la función positiva o prejudicial, según la cual, lo decidido en la primera resolución se aplica a la segunda.

La cuestión planteada en este epígrafe sobre "posible eficacia de cosa juzgada material del auto de declaración de concurso" queda resuelta si se analiza el art. 222.1.LEC: "La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo". Se trata ahora de analizar si se produce la eficacia de cosa juzgada, cuando la resolución judicial declare o desestime una solicitud de concurso.[53]

Así, si ha sido desestimada una solicitud de declaración de concurso instada por un acreedor que además de alegar su crédito vencido, alega la existencia de otros créditos también vencidos de otros acreedores, siendo desestimada la declaración de concurso porque el juez entiende que no existe insolvencia por ser sobrado el patrimonio del deudor y si, tras dicha desestimación, uno de los otros acreedores de cuyo crédito el primer instante había dejado constancia, presenta una segunda solicitud de declaración de concurso, se considerará que la nueva solicitud es una reiteración de la primera puesto que el crédito alegado por el segundo instante, aparecía ya en la solicitud inicial y existe una identidad de objeto, entre ambas solicitudes por lo que la segunda solicitud queda excluida y el desistimiento de la primera solicitud de declaración de concurso tendrá eficacia de cosa juzgada.

Si otro acreedor instare una segunda solicitud de concurso, en virtud de un crédito no declarado por el primer instante, no existiría identidad entre los dos procesos y por tanto la segunda solicitud no queda incluida en el art. 222.1.LEC y por tanto la tramitación de dicha segunda solicitud debería admitirse porque queda fuera del ámbito en el que existe la eficacia de cosa juzgada.

Si, por el contrario, la primera solicitud de declaración de concurso hubiese sido estimada y el concurso declarado, y posteriormente el deudor por haber venido a mejor fortuna, puede demostrar que es solvente y pretende que se desestime el concurso, entra en juego el art. 176 L.C. que establece las causas de conclusión del concurso, entre las que no aparece el hecho de que el

[53] Peiteado Mariscal, P. *"La declaración de concurso"*,obra citada en la nota de pié de pág.nº 41,aunque sea aunque sea pág.231: "…entiendo que la cosa juzgada material no puede predicarse únicamente del fallo de la resolución a la que se atribuye esta eficacia, sino también de los fundamentos de la resolución, puesto que sin ellos no es posible en muchas ocasiones apreciar el alcance del fallo. Si, en lo que nos ocupa, la resolución dispone que no se declara el concurso es porque se entiende que la situación patrimonial del deudor *tal y como ha quedado fijada en la tramitación de la solicitud* no es de insolvencia y, para que pueda entenderse que el deudor es solvente, ha tenido que quedar creditada la existencia en su patrimonio de ciertos bienes y derechos suficients para hacer frente a ciertas cargas que también habrán quedado acreditadas."

deudor haya devenido solvente, no permitiéndose la revocación de declaración de concurso, pudiendo el juez solamente instar al deudor a satisfacer sus créditos para poner fin al concurso (art. 176.1.3º), o seguir con la tramitación del concurso.

En definitiva, también en este caso, la declaración de concurso tiene fuerza de cosa juzgada, incorporándose la solvencia sobrevenida a la inicialmente considerada.

LOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y DOGMÁTICOS PLANTEADOS POR LA FALTA DE CONTRADICCIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CONCURSO VOLUNTARIO

Tras la solicitud del deudor de ser declarado en concurso voluntario, el juez de lo mercantil competente puede así acordarlo, sin que los acreedores hayan estado presentes en el proceso (art. 14.1.L.C.). Estamos en tal caso en presencia de un proceso en el que no ha estado vigente el principio de contradicción y dicho principio, desde el punto de vista procesal (art. 289 y 295 LEC) y constitucional,[54] es imprescindible, por ser inherente al proceso jurisdiccional, que termina con el auto que tiene naturaleza constitutiva. El repetido artículo 14 L.C. parece contradecir el concepto de proceso jurisdiccional.

Análogamente en el art. 14.3.L.C. se prevé la posibilidad de denegar el concurso solicitado por el deudor, igualmente en ausencia de contradictorio.

En definitiva el juez acuerda la declaración de concurso si se dan algunas de las circunstancias que, conforme a la Ley, determinan tal declaración, pero los acreedores no se habrán podido manifestar respecto a si las circunstancias alegadas por el deudor y apreciadas por el juez, son efectivamente reales por haber sido probadas por el deudor. Si el juez no ha apreciado la realidad de las circunstancias alegadas por el deudor, es decir su estado de insolvencia, no declarará el concurso, igualmente sin que los acreedores hayan podido manifestarse alegando contrapruebas. Según la Ley, en ningún caso (tratándose de la declaración de concurso voluntario) es necesaria la presencia de los acreedores en el proceso.

El principio contradictorio parecería requerir la presencia de los acreedores en el proceso porque no parece lícito que se declaren derechos, sin que quienes

[54] Art. 24.1. Constitución Española:
"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e INTERESES legítimos, sin que EN NINGÚN CASO PUEDA PRODUCIRSE INDEFENSIÓN."

sean sus titulares hayan podido mantener la posición jurídica que les pueda interesar. La decisión del juez declarando el concurso afecta no sólo a los acreedores sino también a cuantas personas tengan alguna conexión personal con el deudor (trabajadores, clientes cuyos pedidos pendientes posiblemente no puedan ser atendidos como consecuencia de las vicisitudes del concurso y a quienes estén en el mercado en el que se desarrollaba la actividad del deudor). La declaración de concurso voluntario crea una situación irreversible que debe aceptarse como inevitable por los afectados.

Es de observar que la declaración de concurso se basa en la existencia de deudas del concursado y en su insolvencia para atenderlas a sus vencimientos pero no supone la declaración judicial de los derechos de crédito de los acreedores y es por éstos que el legislador ha considerado que no es necesaria la vigencia del contradictorio en la fase de declaración de concurso voluntario ya que dicha declaración no implica declaración alguna del derecho de las personas ausentes en el proceso que podrán aportar sus pruebas del derecho que les asiste en virtud del art. 21.5º L.C.

El legislador considera importante que efectivamente se den las circunstancias subjetivas y objetivas previstas en la Ley para poder declarar el concurso y para asegurarse sobre la existencia de tales circunstancias, el juez tiene facultad para suspender la decisión de declarar el concurso hasta tanto no se aporten más documentos acreditativos de la insolvencia del deudor y tiene igualmente poderes para no declarar el concurso si estima que la insolvencia del deudor no está suficientemente acreditada.

Tratándose de solicitud de concurso necesario presentada por un acreedor u otro legitimado, la demostración o prueba de insolvencia y demás requisitos subjetivos y objetivos para la declaración de concurso provienen del acreedor, por lo que el art. 15.1.L.C. establece que el deudor será emplazado con traslado de la solicitud de declaración de concurso para que comparezca en el plazo de cinco días, y al comparecer se le podrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.

Al deudor, no se le emplaza para que pueda defenderse, sino para que aporte, si no está de acuerdo con la afirmación de su insolvencia, los datos que demuestren lo contrario.

El art. 20.3. L.C. permite el recurso de apelación, contra el auto declarando el concurso voluntario, a cualquier persona que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad en el proceso, lo que constituye una

señal o indicio de aplicación del contradictorio. La legitimación para interponer tal recurso es mucho más amplia que la de quienes pueden pedir la declaración de concurso (art. 3.L.C.)

Pare recurrir mediante un recurso de reposición el auto desestimatorio de la solicitud de concurso formulada por un acreedor u otro legitimado, sólo está legitimada la parte solicitante del concurso.

La L.C. ha trasladado el contradictorio a la segunda instancia, al permitir a los acreedores que se sientan agraviados o perjudicados la interposición del recurso de apelación que, en ningún caso tiene efectos suspensivos.

5. EFECTOS DEL CONCURSO

Si el deudor es persona jurídica, tras la declaración de concurso, las futuras convocatorias de juntas generales de accionistas se ajustarán a lo que sigue:

La declaración de concurso tiene el efecto de que las facultades de administración y disposición del deudor o de los administradores de la sociedad concursada quedan intervenidas o suspendidas y, en este último caso transferidas a la administración concursal.

Aunque lo habitual es que, en caso de concurso voluntario sea decretada la intervención y, en caso de concurso necesario la suspensión de facultades del deudor o de los administradores si se trata de personas jurídicas, es perfectamente posible que, en los dos tipos de concurso, las facultades queden suspendidas o, por el contrario intervenidas por haberlo así decidido el juez.

Por cuanto, actualmente, la facultad de solicitar la declaración de concurso corresponde entre otros, al deudor o a los órganos de administración (art.3.1.II L.C.), la junta general de accionistas, no ha intervenido en la decisión de solicitar la declaración de concurso voluntario.

En el caso de sociedad limitada, el art. 104.2 LSRL (nueva redacción a raíz de la promulgación de la L.C.) y el art. 105.1.LSRL, su disolución requerirá el acuerdo de la junta general de accionistas y tal disolución será consecuencia necesaria de la apertura de la fase de liquidación, si tiene lugar.

Tratándose de sociedades anónimas, el art. 260.2.LSA (nueva redacción a raíz de la promulgación de la L.C.) “si en el procedimiento (concursal) se produjera la apertura de la fase de liquidación, la sociedad quedará automáticamente disuelta”, pero es evidente que habrá que convocar a los accionistas a junta general para que deliberen sobre la aprobación de la gestión social de los administradores sociales y de las correspondientes cuentas anuales.

Desde la declaración de concurso hasta la apertura de la fase de liquidación pueden transcurrir años, sobre todo si la liquidación es consecuencia del incumplimiento del convenio concursal aprobado en un principio. En este espacio de tiempo deberán haberse tenido que celebrar juntas generales de accionistas a las que se les dé cuenta de la solicitud de declaración de concurso, en primer lugar y para aprobar la gestión y las cuentas, cuanto menos hasta el momento en que la administración concursal ha sustituido al

órgano de administración, e incluso después cuando ha sido la administración concursal la que ha administrado la sociedad.

Si los administradores de la sociedad han sido sustituidos en sus funciones de administración, no podrán ser ellos, sino la administración concursal, la que convoque la junta o bien el propio juez. Abona esta afirmación el hecho de que la convocatoria de la junta general de accionistas genera gastos, que el órgano de administración sustituido no tiene capacidad para asumir.

Las facultades de administración incluyen en el concepto de "administrar", la facultad de convocar junta de accionistas para rendir cuentas ante ésta, es una consecuencia necesaria de la gestión de administración y por cuanto la facultad de administración le ha sido retirada al órgano de administración, éste no está facultado para convocarla.

Además resulta lógico que si es la administración concursal la que ha gestionado la marcha de la sociedad, sea también la administración concursal la que convoque la junta de accionistas, cuanto menos para informar, pues la aprobación de su gestión corresponde al juez del concurso, quien, por supuesto, puede proceder a convocar la junta de accionistas ordenando la convocatoria judicial.

Si el órgano de administración de la sociedad tuviese las facultades intervenidas, y no sustituidas por la administración concursal, habría una convivencia subordinada entre el órgano de administración que requeriría la aprobación de la administración concursal para decidir, entre otras cosas, si convoca la junta general de accionistas.[55]

[55] El auto 106/2007 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 29.3.2007 que es comentado por Sánchez Calero,J en su artículo titulado "*La convocatoia de la junta general ante la suspensión de los administradores sociales*" pág 341-361, Anuario de Derecho Concursal, Editorial AranzadiS.A. Cizur Menor /Navarra) 2007

A) SOBRE EL DEUDOR (art. 40 y stes. L.C.)

En cuanto a sus facultades patrimoniales, en principio, si el concurso ha sido voluntario, mantendrá sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido en su ejercicio a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o aprobación.

Si el concurso ha sido declarado en virtud de solicitud de los acreedores u otros legitimados para formularla, distintos del deudor, éste será sustituído en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio por la administración concursal.

Sin embargo, el juez podrá acordar lo contrario, es decir que en caso de concurso necesario el deudor mantenga sus facultades de administración y disposición bajo la intervención de la administración concursal o bien, la sustitución de dichas facultades que serán asumidas por la administración concursal, en casode concurso voluntario. En ambos casos, el juez deberá motivar su decisión señalando los riesgos que se pretende evitar con tales medidas y las ventajas que se pretende obtener.

Un concurso se considerará necesario, aunque lo haya solicitado el deudor, cuando en los tres meses anteriores a su solicitud se hubiera presentado y admitido a trämite otra solicitud formulada por cualquier legitimado y que por cualquier causa no hubiera dado lugar a la declaración de concurso (desistimiento del solicitante, incomparecencia de éste o falta de su ratificación en el acto de la vista convocada para resolver sobre la oposición del deudor a la declaración de concurso, según el art. 22.2.L.C.)

Aunque la situación del concursado sustituido en las funciones de administración y disposición de su patrimonio se haya equiparado, principalmente en épocas pasadas a la del incapacitado, es de observar que la finalidad de la incapacitación es la protección del propio incapacitado (art.209 C.c. redacción del 24.10.83, actualmente derogado), mientras que en la sustitución de sus facultades, ésta va encaminada a la preservación de la masa activa en beneficio de los acreedores (art. 43.1.L.C.) que establece que “en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo mas conveniente para los intereses del concurso.”

Además la situación del concursado no queda encuadrada en la enumeración legal de las causas de incapacitación del art. 200 C.c.(“son causas de

incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma"), mientras que la intervención o suspensión de facultades del concursado, no están basadas en un estado natural de la persona (enfermedad o deficiencia) sino en un estado de su patrimonio que le impide atender sus obligaciones.

Tampoco sería acertado considerar que la intervención o sustitución de las facultades de administración y de disposición del concursado tiene el carácter de incapacitación-sanción, pues su razón de ser tiene fines ejecutivos y de seguridad para preservar la masa activa. Abunda en la consideración de que la privación de facultades no tiene carácter sancionador el hecho de que el art. 182 L.C. establece que la muerte o declaración de fallecimiento del concursado dará lugar a que la administración concursal continúe en sus funciones en el concuso de la herencia y, evidentemente, no tendría sentido querer continuar sancionando al difunto.

Es más, la L.C. establece el deber de colaboración del concursado con la administración concursal, independientemente de que sus facultades de admninistración y disposición estén intervenidas o suspendidas. Si se hubiese considerado que el concursado estaba incapacitado no se le habría impuesto el deber de colaboración del art. 42 L.C.

La afirmación de que las limitaciones a la actuación del quebrado suponían una sanción a su mala administración y una medida de seguridad frente a la posible disipación de su patrimonio, equiparándola al interdicto, es porque se entendía que las restricciones que se imponían al quebrado y al interdicto, eran manifestaciones del mismo principio, olvidando que la quiebra es una institución compleja que, desde sus orígenes persiguió diversas finalidades y tales objetivos dieron lugar, a lo largo de los siglos, a medidas que no pueden considerarse de forma unitaria. Es más, en los códigos del siglo XIX, el régimen jurídico del quebrado, privado del ejercicio de las facultades de administración y de disposición, una vez satisfechos los acreedores o liquidados los bienes en su totalidad y repartido su producto entre ellos o celebrado un convenio, el procedimiento concluia y la inhabilitación terminaba, lo que demuestra que la limitación de facultades quería exclusivamente asegurar el resultado de un procedimiento y no sancionar al quebrado.

La tesis de la incapacitación como sanción que se apoyaba en el art.922 C.Co. de 1885, que hacía referencia a las interdicciones legales que produce la quiebra y en el art. 13 C.Co. de 1885, no se sostiene, pues entre las "interdicciones legales" del art. 43 C.P. de 1944, no aparecía la interdicción

por razón de la quiebra como causa que produjera la inhabilitación del quebrado para la administración y disposición del patrimonio concursal.

La doctrina española, bajo la vigencia del C.Co. de 1829, diferenciaba ya claramente la inhabilitación del quebrado frente a la interdicción civil, porque la inhabilitación sólo se refería a los bienes destinados al pago de las deudas, mientras que la intrerdicción civil suponía una incapacitación absoluta.

Tampoco cabe encuadrar la situación del concursado en la categoría de estado civil, dada la imposibilidad de otorgar un tratamiento unitario a todas las limitaciones de los concursados pues, desde sus orígenes, han perseguido fines distintos y han estado sometidas a regímenes jurídicos diferentes.

Aunque el Derecho positivo establezca que el concurso debe hacerse constar en el Registro Civil, esto no es prueba de que la situación del concursado tenga la consideración de estado civil ya que en dicho Registro se inscriben no sólo los hechos concernientes a su estado civil, sino también aquellos otros que determina la Ley (art. 1. LRC). La condición de concursado implica determinadas prohibiciones en cuanto a su patrimonio, pero no es causa modificativa de su capacidad de obrar.

La situación del concursado carece de de las notas de orden público y de indisponibilidad características del estado civil como demuestra el hecho de que su subsistencia depende de la voluntad del deudor y de los acreedores, ya que, estos últimos pueden provocar la conclusión del procedimento y de todos sus efectos, mediante el desistimiento o la renuncia de todos ellos (art. 176.1.5º L.C.), o celebrando un convenio concursal, cuya aprobación lleva aparejada la cesación de casi todos los efectos del concurso (art. 133.2.L.C.), en tanto que el convenio se va cumpliendo, pudiendo la conclusión del procedimiento incluso depender de un tercero que pague a todos los acreedores, determinando así la conclusión del concurso

Por cuanto la intervención o suspensión de facultades del concursado no son medidas de protección de su persona, ni constituyen una sanción, sino que se establecen para la protección de los acreedores, la situación del concursado se asemeja a la del pródigo a quien se le limita la capacidad de obrar, no sólo en su propio beneficio, sino también en el de su familia. Así sucedía cuando hasta 1983 la prodigalidad era una causa de incapacitación y el pródigo estaba sometido a tutela. Con la reforma del C.c. en 1983 se quiso delimitar la causa de la incapacitación exclusivamente a la falta de capacidad natural de la persona y por eso se excluyó a la prodigalidad como causa de incapacitación del Título IX del C.c., dedicado a la incapacitación, y se incluyó al pródigo en

el Título X dedicado a “la tutela, la curatela y guarda de los menores e incapacitados.” El legislador pretendió sacar a la prodigalidad del ámbito de la incapacitación pero sigue tratándola, junto con los afectados por otras circunstacias que inciden en su capacidad de obrar, quedando los pródigos imposibilitados para realizar por sí solos los actos que determina la sentencia de declaración de prodigalidad, para los cuales el pródigo necesitará el concsentimiento del curador (art. 298 C.c.). Por ello, la mayoría de la doctrina considera que la prodigalidad constituye un supuesto de limitación de la capacidad de obrar, que se ve refrendado por la LEC al tratar de los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad conjuntamente.

La extensión de la incapacidad viene definida en la sentencia que la declara (art. 760.1.LEC), al igual que sucede con la sentencia que declara la prodigalidad que debe fijar los actos para los que el pródigo necesita el consentimiento del curador (art. 760.3.LEC).

Las limitaciones del concursado como medidas de protección de terceros (los acreedores), podría considerarse que afectan a la capacidad de obrar de la persona, como sucede con la prodigalidad, porque aunque tanto la prodigalidad como las limitaciones del concursado son medidas de protección de terceros, el fundamento de unas y otras es radicalmente diferente: la prodigalidad se basa en una conducta o modo de ser del sujeto que resulta de su cualidad personal mientras que el concurso y la intervención o suspension de facultades del concursado se deben a la situación de su patrimonio que es insuficiente para satisfacer a los acreedores lo que exige adoptar las medidas necesarias para preservarlo a tal fin.

Sin embargo, el derogado art. 1914 C.c. decía que “la declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes…” y el actual art 7.8 LEC habla de “las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la L.C.”

Estas dicciones de los textos legales que aluden a la incapacidad del concursado, no se refieren a la incapacidad de obrar en sentido técnico jurídico, sino en el sentido vulgar de imposibilidd de actuar con eficacia jurídica.

Si nos preguntamos si la incapacidad de obrar es una figura general de la cual la incapacitación, la minoría de edad, la prodigalidad son o no son las únicas causas de limitación de la capacidad de obrar, debemos explorar la noción de capacidad y, según la ciencia jurídica hay dos categorías absolutamente

diferenciadas: la capacidad jurídica como aptitud general y abstracta de la persona para ser titular de derechos y obligaciones o relaciones jurídicas (Rechtsfähigkeit) y la capacidad de obrar (Handlungsfähigkeit) como aptitud de la persona para el ejercicio de sus derechos y para la asunción de obligaciones o más exactamente la aptitud para realizar actos y negocios jurídicos provocando el surgimiento de los efectos jurídicos establecidos para la tutela de tales actos y negocios.

Aunque toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica, que corresponde al aspecto estático o pasivo del sujeto y es un atributo esencial de la persona, la capacidad de obrar se refiere al aspecto dinámico que no lo ostentan todas las personas, pudiendo limitarse.

El concursado, al no poder realizar actos de administración, ni de disposición de su patrimonio, o no poder realizarlos por si sólo, podría considerarse que carece de capacidad de obrar, pero no todos los casos en los que un sujeto está privado de realizar actos jurídicos con eficacia, pueden considerarse supuestos de incapacidad de obrar, según ha destacado la ciencia jurídica. Así sucedía con la interdicción civil en la que, la persona quedaba sometida a una limitación como consecuencia de su conducta pero no en consideración a sus condiciones subjetivas ni a que fuera o no titular de un patrimonio.

En el Derecho vigente, la incapacidad es una cualidad personal o intrínseca basada en las condiciones subjetivas del sujeto (enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma) (art. 200 C.c.), por lo que, el juez establecerá la incapacidad de una persona para todos los actos, con independencia de cual sea su naturaleza, que requieran idéntica capacidad de discernimiento. La incapacidad puede estar limitada a categorías de actos pero el presupuesto de incapacitación impide por su propia naturaleza, la posibilidad de una “incapacitación limitada objetivamente a ciertos bienes o derechos”.

Para que los actos jurídicos puedan desplegar sus efectos es preciso que, además de la capacidad de obrar se tenga la legitimación que, con la declaración de concurso se pierde o limita respecto a la masa activa concursal. El patrimonio del concursado, desde la declaración de concurso, está destinado a la satisfacción de los acreedores y por ello, el concursado no puede disponer del mismo, ni administrarlo libremente.

Es prueba de que la situación del concursado respecto a su patrimonio, no es una incapacidad de obrar, el hecho de que, si fallece, con su fallecimiento desaparecería la incapacidad, si hubiera existido, y los herederos, si aceptaban

la herencia, hubieran podido disponer de ella, pero esto no es así, porque, el patrimonio del concursado fallecido, sigue destinado al fin de satisfacer a los acreedores y se considera que tal satisfacción tiene mayores garantías si la administración concursal sustituye a los herederos del concursado. Razonamiento equivalente al emitido más atrás respecto a que la intervención o suspensión de facultades tampoco era una sanción

Por el contrario, la limitación derivada de la incapacidad es intrínseca al incapacitado y como tal no se transmite a los herederos. De forma similar la interdicción civil que se imponía al sujeto que la merecía por su conducta, no se transmitía tampoco a sus herederos.

Si el concursado es persona jurídica, ésta no puede tras la declaración de concurso disponer libremente de su patrimonio y ello se debe a la limitación que establece la L.C. sobre la disposición y administración de la masa activa y no cabría una declaración de incapacidad de obrar de una persona jurídica.

La situación del concursado será la de suspensión del ejercicio de facultades patrimoniales (art. 145.1.L.C.) en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

Las infracciones del deudor a las limitaciones de sus facultades podrán dar lugar a la anulación de los actos efectuados en transgresión de dichas limitaciones, salvo que la administración concursal los hubiera convalidado. La anulación tendrá lugar por el juez, a instancia de la administración concursal, por iniciativa propia de ésta o por haber sido requerida, por quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción, o por cualquier acreedor. La acción de anulación se tramitará por los cauces del incidente concursal.

La inhabilitación del concursado sólo tendrá lugar, con carácter excepcional, en el caso de que abierta la pieza de calificación del concurso (sección sexta), se califique el concurso como culpable por alguna de las causas previstas en los art. 164 y 165 L.C. y consistirá en la inhabilitación para representar o administrar a cualquier persona natural o jurídica durante un período de dos a quince años (art. 172.2.L.C.), según se determine en la sentencia de calificación.

La sentencia de calificación se pronunciará igualmente sobre las personas afectadas por la calificación, negando a los inculpados cualquier derecho que pudiesen tener como acreedores concursales o como acreedores contra la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido

indebidamente del patrimonio de la concursada, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades fundamentales del deudor dieron lugar a una Reforma de la LOPJ en cuyo artículo primero se establece la intervención de las comunicaciones del deudor con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso, el deber de residencia del deudor en la población de su domicilio y en caso de incumplimiento o de razones fundadas de que lo vaya a incumplir, el juez podrá adoptar las medidas oportunas incluyendo el arresto domiciliario. Asimismo el juez podrá autorizar la entrada en el domicilio del deudor y su registro y, siendo el deudor persona jurídica, el juez podrá acordar las medidas indicadas ante quienes sean o hayan sido administradores de hecho o de derecho, o liquidadores en el momento de la declaración de concurso o dentro de los dos años anteriores. Deberá haber proporcionalidad entre el alcance de las medidas y el resultado u objetivo pretendido La duración de las medida no podrá exceder del tiempo estrictamente necesario para asegurar el resultado perseguido La intervención de las comunicaciones telefónicas deberá realizarse conforme a lo previsto en la LECr.

En cuanto al deber de colaboración del deudor, el art. 42 de la L.C. establece claramente el deber del concursado de colaborar con la administración concursal, incluso cuando ha sido suspendido de sus funciones y sustituido por dicha administración concursal.

El art. 165.2 contempla el incumplimiento del deber de colaboración del deudor con el juez o con la administración judicial como presunción de dolo o culpa grave, a los efectos de la calificación del concurso como culpable (art. 164.1. L.C.).

En el mismo sentido se manifestaba el art. 1092 del C.Co. de 1829 que decía así:

“El quebrado suministrará a los síndicos cuantas noticias y conocimientos le reclamen, y él tuviere, concernientes a las operaciones de la quiebra y, estando en libertad, le podrán emplear los mismos síndicos en los trabajos de administración y liquidación bajo su dependencia y responsabilidad.”

La exposición de motivos (III) de la Ley Concursal converge con dichos criterios al decir textualmente:

"Se establece, con un sentido positivo, el deber del deudor de colaborar con los órganos del concurso, informarles de cuanto sea de interés de éste, auxiliarles en la conservación y administración de la masa activa y poner a disposición de la administración concursal los libros y documentos relativos al ejercicio de su actividad profesional o empresarial."

El cumplimiento del deber en cuestión da mayor eficacia al procedimiento concursal y establece un paralelismo con los artículos 589 y 591 de la LEC que prevén, dentro del proceso de ejecución singular, el deber del deudor de manifestar sus bienes y el deber de su colaboración. El deber se impone al deudor persona física y, en el caso de las personas jurídicas, a sus administradores, liquidadores y apoderados de derecho y de hecho (art. 172.3. L.C.) que lo fueran en el momento de la declaración del concurso o que lo hubieran sido en los dos años anteriores. Según la C.E., art. 118, es obligado prestar la colaboración requerida a los jueces y tribunales, en el curso de un proceso y en la ejecución de lo resuelto por lo que, el deber de colaboración alcanza a terceros.

La administración tributaria deberá colaborar comunicando los datos de que disponga, siempre que conste la solicitud judicial de información, en resolución expresa, según decía el art. 113.1.h. de la derogada Ley General Tributaria 230/1963 de 28 de Diciembre.

Resulta justificadísimo el establecimiento de este deber de colaboración del deudor pues, en general, es el deudor quien tras muchos años al frente de su empresa, conoce el mercado en el que se desarrolla su actividad, a los clientes, al personal de la empresa, a los proveedores, los problemas de fabricación, en su caso, y la tecnología.

Es indudable que la nueva legislación es más comprensiva que la anteriormente vigente y suprime los efectos de carácter represivo. La inhabilitación se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone la inhabilitación como sanción de carácter temporal de 2 á 15 años, a las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable (art. 172.2.2º L.C.).

Sin embargo, debe reconocerse la frecuente reacción de los acreedores que quieren y pretenden inhabilitar de hecho al concursado, apartándole de toda intervención en las decisiones a adoptar en el concurso, máxime en caso de liquidación, siendo esta postura de alguno de los acreedores debida a un deseo de venganza contra el concursado y a un deseo de humillarle. Esta postura de los acreedores por supuesto que no tiene apoyo en la Ley Concursal.

Durante la vigencia de la Ley de Suspensión de Pagos y en virtud de su art. 14, que nos remitía al art. 928 del C.Co., era posible un convenio por el que el deudor hiciese cesión total de sus bienes y derechos a sus acreedores, en pago de los créditos de éstos. Si ese convenio era logrado, el suspenso se liberaba de intervenir en la administración de la empresa, si ésta se mantenía operativa, o de intervenir en su liquidación, aunque, con toda probabilidad, ésta hubiera podido efectuarla el propio deudor en condiciones menos malas, que las aceptadas por quienes la llevaban a efecto, pero esta marginación del deudor parecía dar cierta satisfacción a algunos acreedores. Es decir, en tal caso, el deber de colaboración del deudor se había transformado en su exclusión en el desarrollo futuro de la empresa o en su liquidación.

Según el art. 47 L.C., durante la tramitación del concurso, el deudor persona natural tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa pero la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa.

Si el deudor es persona jurídica, durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración. Si se produce la apertura de la fase de liquidación se declarará su cese. Los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados

B) SOBRE LOS ACREEDORES (art. 49 L.C.)

Según el art. 49 L.C., declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedarán de hecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las estblecidas en las leyes. Por ello la declaración de concurso implica la paralización de las acciones individuales en su fase de ejecución o la suspensión de las que hayan sido iniciadas, salvo los supuestos de ejecución separada legalmente previstos (Créditos sobre buques o aeronaves).

Las futuras acciones individuales quedan reguladas de la siguiente forma:

a) Nuevos juicios declarativos promovidos contra el concursado

En cuanto a nuevos juicios declarativos, pueden iniciarse tras la declaración de concurso, ante el juez del mismo, si la demanda está en el ámbito de su competencia, es decir tratándose de acciones civiles o laborales con trascendencia patrimonial, que se dirijan contra el patrimonio del concursado y medidas cautelares para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, con excepción de las acciones que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.(art. 8.1º L.C.).

Dichos juicios declarativos se tramitarán por el cauce del incidente concursal (art. 50.1.L.C. en relación con el 192.1.II L.C.). La sentencia no será ejecutable por prohibirlo el art. 55 L.C., pero servirá para el reconocimiento de los créditos que hayan motivado el juicio declarativo del demandante

Si por inadvertencia de un Juzgado ante el que se presenten demandas contra el concursado, éstas son admitidas, al apercibirse de que el deudor ha sido declarado en concurso, dichas demandas serán archivadas, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado según establece el art. 50.1. de la L.C., concordante con el art. 238.1.1º de la LOPJ y con el art. 225.1º de la LEC referentes a la nulidad de actuaciones por manifiesta falta de competencia.

La determinación de que procederá imperativamente el procedimiento del incidente concursal (art. 192.1 L.C.) para la tramitación de las demandas, excluye acudir a los procesos monitorio y cambiario, lo cual es un inconveniente por ser estos procedimientos especiales de declaración, simplificados, de solución ágil y resultan más económicos.

Del art. 192.1 L.C. se deriva el que no pueda efectuarse acumulación subjetiva de acciones cuando uno de los demandados sea el concursado, puesto que, para demandar a éste, deberá hacerse por la vía del incidente concursal, y a los demás demandados, a los que se pretende acumular las acciones contra el concursado, no les será aplicable la vía de este procedimiento.

Esta imposibilidad de acumulación subjetiva será una dificultad cuando la tutela jurisdiccional solicitada, deba dirigirse a un litisconsorcio pasivo necesario, si uno de los litisconsortes es el concursado.

Sólo está prevista la acumulación subjetiva de acciones cuando la demanda tenga por objeto exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores, o a los liquidadores por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento (art. 8.6º L.C.).

Tampoco podrá el demandante acudir a la acumulación objetiva (art. 71.2. LEC) de acciones, cuando una de éstas no sea de la competencia del juez del concurso, ni el concursado podría reconvenir, si la acción de la reconvención saliera de la competencia del juez del concurso, aunque tal posibilidad parece remota por cuanto según el art.406.1 de la LEC entre demanda y reconvención debe haber una conexión entre las pretensiones, cuya conexión hace improbable que la reconvención pueda quedar fuera del ámbito de competencia del juez del concurso.

La jurisdicción del juez del concurso no abarca la jurisdicción penal o contencioso administrativa por lo que, las demandas de este tipo al juzgado competente no estarán sometidas a la vía del incidente concursal.

Si en el momento de la declaración del concurso hay juicios declarativos en tramitación, ante jueces diferentes del juez del concurso, continuarán los procedimientos hasta la firmeza de las sentencias, aunque no se permitirá la ejecución provisional prevista en el art. 524 LEC en virtud de la prohibición del art. 55.1 LEC.

b) Nuevos juicios promovidos por el concursado.

Recordemos que los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor, podían ser, de conservación de sus facultades de administración bajo la intervención de la administración concursal, o bien de suspensión de dichas funciones de administración que son ajudicadas a la administración concursal (art. 40 de la L.C.)

i) En caso de suspensión de facultades del deudor.

Para las acciones de índole no personal, o sea las de contenido patrimonial, la legitimación se atribuye a la administración concursal, que asume la representación procesal de la masa de bienes del concurso, aunque para desistir, allanarse total o parcialmente y para transigir litigios requerirá la autorización judicial. Se produce por tanto una subrogación en el derecho u obligación ejercitados.

Para las acciones personales, la legitimación permanece en manos del deudor, que tendrá la cualidad de parte, aunque precisará la conformidad de los administradores concursales para la interposición de la demanda y de los recursos debido a que pueden producirse sentencias que afecten a la masa activa.

ii) En caso de intervención de facultades del deudor.

El deudor conserva la capacidad para actuar en juicio pero si las demandas o recursos a interponer pueden afectar a su patrimonio, necesitará la conformidad de la administración concursal o sea que su situación será análoga a la que tiene el concursado suspendido de sus funciones, para las acciones personales. En el caso de que la administración concursal niegue la autorización, el deudor podrá acudir al incidente concursal para solicitar el amparo judicial solicitando que se le autorice

c) Procedimientos arbitrales

Durante la tramitación del concurso, no podrán iniciarse los procedimientos arbitrales en los que el deudor sea parte (salvo lo dispuesto por los Tratados Internacionales) pero los procedimientos arbitrales pendientes, seguirán su curso hasta la firmeza del laudo. Es lógica esta prohibición de iniciar procedimientos arbitrales, dado el carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción y competencia del juez del concurso una vez declarado éste (art. 8 L.C.). La ineficacia del convenio arbitral para someterse a arbitraje, una vez declarado el concurso, alcanza igualmente al concursado cuando éste sea demandante ya que el art. 52.1 L.C. habla de los convenios arbitrales en que sea parte el deudor, sin distinguir si su posición es como demandado o como demandante. Durante la tramitación del concurso no puede iniciarse ningún procedimiento arbitral por haber quedado los convenios arbitrales “sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso” (art. 52.1 L.C.). Es decir, los

convenios arbitrales son temporalmente ineficaces, lo que implica que no podrá invocarse el convenio como fundamento de la excepción de arbitraje.[56]

La continuación de los procedimientos arbitrales en tramitación en el momento de la declaración del concurso, nos lleva a determinar cuando se considera iniciada tal tramitación. En la anterior Ley de Arbitraje de 1988, art. 22.1, este momento se situaba en el de la notificación de los árbitros a las partes relativa a su aceptación del arbitraje. En la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de Diciembre, se establece en su art. 27 que dice así:

"Inicio del arbitraje: Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, se considerará la de inicio del arbitraje."

Con este requerimiento se activa el convenio arbitral obligando a las partes a estar y pasar por lo estipulado. El juez del concurso queda vinculado a las sentencias y a los laudos firmes, que también producen eficacia de cosa juzgada. El laudo adquiere firmeza cuando no se ha ejercitado la acción de nulidad dentro de los dos meses desde que fué dictado o cuando la acción fué desestimada. La no presentación de la acción de nulidad o su desestimación, se equipara a la denegación de revisión de sentencias firmes establecida en la LEC art. 509 y stes. El art. 43 de la Ley Arbitral confirma los efectos de cosa juzgada del laudo firme. El juez del concurso queda vinculado a los laudos firmes anteriores a la fecha de declaración del concurso y a los posteriores a ésta, siempre que fuesen iniciados antes de dicha declaración (art. 53.1 L.C.), dando a las resoluciones contenidas en el laudo, el tratamiento concursal correspondiente, es decir, integrando el aspecto patrimonial de los laudos en la masa activa o pasiva del concurso.

La L.C. prevé que la administración concursal pueda impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude (art. 53.2 L.C.). La acción en solicitud de revisión de laudo deberá ejercitarse dentro del plazo de que dispone la administración concursal para emitir su informe en juicio ordinario (art. 86.2 L.C.). La ley no determina si estas acciones están dentro de la competencia del juez del concurso pero éste, al recibir la demanda comprobará su competencia y resolverá en consecuencia. El objeto de la revisión puede ser el laudo firme, no el convenio arbitral, ni el procedimiento

[56] Montón Redondo, A y Montón García, M *"El nuevo proceso concursal"* obra citada en nota de pié de pág. nº 46 pág.107 "Como condicionante a la libertad de disposición del concursado, cabe mencionar que se le veta la posibilidad, tanto de seguimiento de procesos al margen del concurso que pudieran tener consecuencias en él, como para someter cuestiones litigiosas a decisión arbitral. Así el art. 52.1 de la Ley Concursal establece que si el deudor hubiera concertado convenios arbitrales, quedarán sin efecto durante la tramitación del concurso, excepto lo que pudiera establecerse en convenios internacionales."

arbitral, pudiendo fundarse, en su caso, en haberse ganado injustamente en virtud de maquinaciones fraudulentas (art. 510 LEC). La resolución de la acción de revisión, favorable a la administración concursal implica la exclusión de la lista de acreedores de los créditos reconocidos por el laudo anulado.

Según el art. 53 L.C., las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso pero iniciados siempre antes de la declaración de concurso, vinculan al juez de éste, quien dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda.

C) SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES (ART 50-57 L.C.)

Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares judiciales ni extrajudiciales (laudos), ni seguirse apremios administrativos o tributarios sobre el patrimonio del deudor (art. 55.1.L.C.), lo cual es consecuencia de la vis atractiva del procedimiento concursal. Ningún acreedor, sea cual sea la fecha de la resolución o título judicial, administrativo o tributario puede instar la iniciación de una ejecución paralela o independiente del procedimiento de ejecución general previsto para el caso de liquidación, porque ello estaría en contradicción con el principio de la "par condicio creditorum" y a los intereses generales de la masa. Se exceptúan de esta regla los créditos con privilegio especial relacionados en el art.90 L.C. (ver letra D)

En cuanto a las ejecuciones que se encuentren en tramitación en el momento del concurso hay que distinguir entre:

a) Procedimientos administrativos de ejecución con providencia de apremio ya dictada y ejecuciones laborales con bienes del concursado ya embargados.

La L.C. permite en estos casos que la ejecución continúe sobre los bienes afectados de forma separada e independiente a la ejecución general, siempre y cuando los bienes afectados no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Se entiende que si el deudor ha presentado la solicitud de liquidación, o si ésta ha sido acordada por otro motivo, no habrá ya impedimento para la continuación de las ejecuciones, por cuanto la continuidad de la actividad del concursado ha quedado descartada.

Si el concurso se desarrolla previendo mantener la actividad del concursado, aquellos bienes afectados por los procedimentos de ejecución indicados, si son necesarios para la prosecución de la actividad del concursado, los bienes en cuestión quedan sometidos a los intereses de la masa, aunque la norma no lo prevea explícitamente, en tanto no se vaya a la liquidación.

Si las ejecuciones singuen adelante, por no ser los bienes afectados necesarios para la continuidad de la empresa, y existe remanente tras su subasta, dicho remanente quedará a disposición de la administración concursal.

Evidentemente la consideración de que un bien es necesario o innecesario dará lugar, en la práctica a discrepancias a resolver a través del incidente concursal pero la jurisprudencia irá sentando criterios sobre el carácter necesario de los bienes afectados por los procdimientos administrativos de

ejecución con providencia de apremio ya dictada y ejecuciones laborales con bienes del concursado ya embargados.

Si los bienes afectos son necesarios para la continuación de la actividad del concursado podrán ser atraídos al concurso y desafectados de esta ejecución separada. La administración concursal es quien estará en las mejores condiciones para valorar esta "necesidad", que tendrá que implicar una imprescindibilidad. Para dejar constancia de tal necesidad, la administración concursal se dirigirá al juzgado o a la Administración que conozca de la ejecución solicitando su desafectación. Si tales pretensiones no son atendidas, la administración concursal recurrirá la resolución y podrá suscitar un conflicto de competencia o de jurisdicción a través del juzgado que tramita el concurso.

En cualquier caso, el sentido común nos dice que difícilmente habrá en el patrimonio del deudor bienes de valor considerable que no sean necesarios para el desarrollo de la actividad del concursado pues, si en algún momento los hubo, es más que probable que el deudor los haya vendido para tratar de evitar la declaración de concurso.

b) En cuanto a los restantes procedimientos de ejecución que se hallen en tramitación al declararse el concurso, según el art. 55.2.L.C. quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso y los créditos que pretendían ser satisfechos con cargo a los bienes afectados, serán tratados como créditos concursales de acuerdo con la clasificación que merezcan por su naturaleza, según los art.91 y 92 L.C. La administración concursal al calificar los créditos de acuerdo con su naturaleza, no concederá ninguna preferencia a los créditos que hayan motivado embargos y cuya ejecución ha sido paralizada. Los embargos anteriores a la declaración de concurso si recaen sobre bienes que son enajenados, el auto de adjudicación implicará el levantamiento del embargo.

La "par condicio creditorum" exige dirigir el concurso contra todo el patrimonio del deudor y atraer al concurso a todos los acreedores. Por ello es imprescindible evitar ejecuciones al margen del concurso, que llevarían al traste un posible convenio o distorsionarían una realización ordenada de los bienes y entorpecerían el pago de los créditos según la graduación legal que les corresponda. La universalidad, como esencia del concurso implica la absorción por el concurso de todas las reclamaciones crediticias para que sean conocidas por el juez del concurso, evitando resoluciones contradictorias de distintos jueces, a través de una acumulación de procesos, si ya se han iniciado antes de la declaración de concurso.

La suspensión de las ejecuciones iniciadas y la prohibición de que se inicien otras nuevas es necesaria para la eficacia del concurso. El objetivo que se persigue es la integridad del patrimonio del deudor y conseguir que los acreedores se sometan a las soluciones concursales (convenio o liquidación).

Desde la declaración de concurso, el deudor tiene prohibido el cumplimiento de las obligaciones anteriores, es decir, el pago de los créditos concursales que deberá satisfacerse a través de la solución concursal por la que se opte. Si no se admite el cumplimiento voluntario del concursado, resulta consecuente que tampoco se permita el cumplimiento forzoso, al margen del concurso, salvo que la L.C. lo permita excepcionalmente, como cuando el acreedor tiene su crédito con garantía real y el bien sobre el que recae la garantía no sea necesario para la continuidad de la actividad del deudor.

Incluso los apremios administrativos, consecuencia del derecho de autotutela administrativa, quedan paralizados, como hemos visto, salvo que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la fecha de declaración de concurso (art. 55.1.II L,.C.) y que los bienes embargados no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Obsérvese que en la L.C. actual, la fecha de referencia, no es la del embargo, sino la fecha de la providencia de apremio que es el acto por el que se despacha ejecución contra el deudor (art. 167 LGT y art.106.1.RGR) y requiere un título acreditativo del crédito que será la certificación de descubierto expedida por los órganos de intervención a propuesta de los órganos de recaudación (art. 104.1.RGR). La providencia de apremio se notificará, junto con el título ejecutivo al deudor (art.103 y 106,4 RGR) y desde entonces comenzarán a computarse los plazos de ingreso del art. 108.RGR y art. 62.5 LGT. Transcurridos estos plazos sin haberse hecho el ingreso requerido, se dictará providencia ordenando el embargo de bienes y derechos del deudor, en la cantidad suficiente para cubrir, el crédito, el recargo, los intereses y las costas (art. 110.1.RGR). Por cuanto esta providencia de embargo es genérica, al no ir dirigida contra bienes concretos, para que produzca los efectos de la diligencia de embargo precisa la práctica de éste y sólo tras dicha práctica produce efectos (art. 115 RGR y 170 LGT), en especial para establecer la prioridad de trabas (art. 117.1. RGRy 164 a a) y b) LGT). La fecha del embargo administrativo será la de la diligencia de embargo.

Tanto en caso de conficto de jurisdicción por deudas tributarias, como en caso de conflicto de competencia por deudas a la Seguridad Social, lo que se

discutirá es la competencia del órgano administrativo, o del juzgado de lo social, para seguir conociendo de la ejecución de un bien del concursado, frente al juez del concurso.

En última instancia, el tribunal de conflictos o la sala de conflictos deberán valorar si el embargo trabado sobre el bien es efectivamente anterior a la declaración de concurso y si el bien en cuestión no es necesario para la continuidad de la actividad del deudor, pues sólo dándose las dos circunstancias estará justificado distraer este bien de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso.

La ejecución separada de sentencias que hayan dado lugar a que se produzca la providencia de apremio en fecha anterior a la de declaración de concurso será posible y permitirá al acreedor instante de la ejecución satisfacer su crédito con el importe de lo obtenido con la realización del bien sobre el que recaía la ejecución, salvo que se trate de bienes necesarios para la continuación de la actividad del concursado o salvo que se interponga una tercería de mejor derecho.

D) SOBRE LAS EJECUCIONES DE GARANTÍAS REALES[57]

Resulta un problema central, en cualquier legislación concursal, afrontar el conflicto de intereses que se produce, en caso de concurso del deudor común, entre la posición del acreedor que goza de una garantía real que afecta determinados bienes al cumplimiento de una obligación del deudor y el legítimo interés de los restantes acreedores por evitar la disgregación de la masa activa del concurso como consecuencia de ejecuciones individuales, muy especialmente cuando el concursado pretende continuar su actividad empresarial o profesional.

En la legislación concursal anterior, estas acciones de ejecución no se suspendían como consecuencia de la declaración de concurso, sino que se les reconocía un derecho de ejecución separada (art.1922.2º y 3º y art 1923.3ºC.c. y el derogado art 914.1º C.Co.). Además, dado que las declaraciones de concurso o quiebra (derogado art. 1915 C.c. y derogado art. 883 C.Co.) determinaban el vencimiento anticipado de las obligaciones del concursado cabía proceder a la realización inmediata de la garantía tanto si el bien afectado por la garantía real estaba o no afecto a las actividades del quebrado.

En atención al conflicto de intereses entre los acreedores que dispongan de títulos ejecutivos de una parte y los demás acreedores de otra parte, el art. 55.1.L.C. establece que, declarado el concurso, no pueden iniciarse ejecuciones singulares judiciales sobre el patrimonio del deudor, pero se exceptúa de esta regla lo establecido para los acreedores con garantía real (art. 55.4.L.C.), en virtud de la naturaleza de la afección que se produce con la constitución de una garantía real sobre determinados bienes.

Son acreedores con garantía real todos los reseñados en el art. 90 L.C. y tienen dentro del concurso la consideración de acreedores con privilegio especial (créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, prenda, anticresis, créditos refaccionarios, créditos por cuotas de arrendamiento financiero, créditos con garantía de valores, créditos garantizados con prenda constituida en documento público etc…). También gozan de garantías reales las hipotecas legales tácitas (las reconocidas a la Hacienda Pública en el art. 78 LGT, las aseguradoras en el art. 168,7º LH y en el art. 196 LH y los créditos de las comunidades de propietarios, en régimen de propiedad horizontal (art. 9,1º "e" LPH), aunque en este último caso, la facultad de

[57] Pleiteado Mariscal, P. *"La competrencia para la ejecución de garantías reales vinculadas a bienes no afectos a la actividad económica del concursado"*ANUARIO DE DERECHO CONCURSAL" tomo 15, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2008, pag 159-186.

instar la ejecución requiere la previa reclamación judicial del crédito por vía declarativa ordinaria o a travésde un juicio monitorio.También constituye una garantía real, susceptible de realización, el derecho de retención de bienes muebles.

La L.C. reconoce, a los acreedores con garantía real sobre bienes no afectos a la actividad del concursado, la posibilidad de realización de su derecho de garantía ya que la declaración de concurso no se halla incluída en la enumeración taxativa de los supuestos en los que cabe formular oposición a la ejecución de los bienes gravados con derecho real (art. 695 LEC, que no ha sido modificado por la L.C.)[58]

En cuanto a la determinación del órgano jurisdiccional competente para decidir sobre dicha ejecución y tramitarla, tanto la doctrina, como la jurisprudencia difieren en su apreciación, ya que según el art.8.3ºL.C. "la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente" "frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado." La dicción en cuestión es clara, pero los art.56 y 57 L.C., se refieren a ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad del concursado por lo que cabe la interpretación de que dichos artículos no regulan el tratamiento de las ejecuciones de garantías reales cuando se trate de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, que podrían por tanto tramitarse en los órganos jurisdiccionales naturales y no en el juzgado del concurso que, en este caso no habría ejercido su vis attractiva

Sin embargo, esta interpretración de que las ejecuciones de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad del deudor pueda tramitarse ante juzgados distintos al del juez del concurso, deja en manos de dichos otros juzgados la consideración de que los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad del concursado y esto quien puede mejor enjuiciarlo es la administración concursal, sometiendo su consideración al juez del concurso.

[58] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 29 de Diciembre 2004, ante la solicitud de suspensión de una ejecución hipotecaria a causa de la declaración de concurso instada por el concursado, declara que "dicha medida es procesal y materialmente inviable en el supuesto de autos, dado que el redactado del artículo 56 permite la paralización de las ejecuciones hipotecrias cuando los bienes esté afectos a la actividad profesinal o empresrial del concursado o a una unidad productiva, circunstancias que no concurren en el caso de autos ya que la hipoteca recae sobre la vivienda habitual. Por otro lado, el planteamiento de la suspensión debe efectuarse ante el Juzgado que sigue la ejecución singular."

Otras resoluciones judiciales se pronuncian en el mismo sentido (Auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 13 de Marxo 2006, y Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Barcelona de 26 de Septiembre de 2006).

Los juzgados en que se haya iniciado la ejecución de garantías reales antes de la declaración de concurso, o aquellos ante los que se presenten demandas de ejecución tras la declaración de concurso, deben comprobar su competencia para seguir o iniciar su actuación (art. 48 LEC), según que los bienes sobre los que recaigan las garantías reales estén o no afectos a la actividad del concursado.

En cualquier caso, el ejecutado o el ejecutante que estimasen la improcedencia de la apreciación del juzgado de considerarse competente o incompetente podrán cudir al cauce previsto para las cuestiones incidentales (art. 387 y stes. LEC) o a la declinatoria si el procedimiento acaba de iniciarse (art. 63 á 65 LEC)

Tratándose de procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, su tramitación podrá continuar (art. 55.1.I L.C.) y así lo hacen a pesar de la la tajante atribución legal de competencia de todas las ejecuciones contra bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado al juez del concurso (art. 8.3º L.C.)

Es de observar que, en el régimen general de las garantías reales, el carácter accesorio de los derechos de garantía implica que sólo pueden hacerse efectivos en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor (art. 1858 C.c.). Para evitar el incumplimiento de la obligación principal, la administración concursal puede ir atendiendo, con cargo a la masa, los vencimientos previstos en la obligación principal (plazos de amortización de un préstamo) que, al no haberse incumplido, no procede la ejecución de la garantía real.

Además, la administración concursal, en atención al interés del concurso puede acordar que sea la masa la que atienda el pago de la totalidad del crédito con garantía real (art 155.2.L.C.), con lo que éste desaparece.

Con la eficacia del convenio concursal cesan todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2.L.C.) y entre éstos se encuentra la paralización de las ejecuciones de garantías reales que ahora pueden estar contempladas y resueltas en el propio convenio si éste ha sido aprobado con el voto favorable del acreedor con garantía real en cuanto a las condiciones de exigibilidad de su crédito (art. 136 L.C.)

El juez del concurso puede autorizar la venta del bien gravado con la asunción de la deuda por parte del comprador, quien se subrogará en la posición del concursado y, en consecuencia el crédito concursal se excluirá de la lista de acreedores (art. 155.3. L.C). En tal caso, subsistirá la garantía real que seguirá gravando el bien o derecho transmitido. El trámite para la concesión de esta autorización aparece en el art. 188 L.C.

E) SOBRE LOS CREDITOS EN PARTICULAR (art. 58-60 L.C.)

a) Prohibición de compensación de créditos y deudas del concursado.

No habiendo incurrido en causa de declaración de concurso ninguna de las partes que mantienen entre sí dos deudores con deudas y créditos recíprocos, es decir, no estando ninguna de las dos partes en situación concursal, la compensación es una facultad que legitima a los titulares de créditos recíprocos a extinguir sus obligaciones por la cantidad concurrente y vencida de sus créditos. La consideración, según la que, la compensación opera como un instrumento que extingue las obligaciones de forma automática ha quedado superada, en la compensación convencional, pues en ésta se requiere la voluntad de ambas partes y en la compensación facultativa, se requiere una declaración de voluntad unilateral de quien es titular de una deuda que no permite la compensación por no estar vencida (p.e. cuando el deudor declara su voluntad unilateral de renunciar al plazo para el cumplimiento de su obligación y permite con ello la compensación al quedar ambos créditos vencidos). En la compensación judicial es el juez quien, en el curso de un procedimiento, remueve el obstáculo que impide que se produzca la compensación.

La compensación tiene dos funciones: la de pago y la de garantía. En la función solutoria (de pago), la obligación se extingue por la compensación según el art. 1156 C.c. En la función de garantía, el derecho de cobro de quien concede un crédito queda un tanto garantizado, si quien lo concede es deudor de la parte a la que concede el crédito, dada la posibilidad que tendrá de poder compensar.

Una vez declarado el concurso, según el art. 58 L.C., la compensación de los créditos y deudas del concursado queda prohibida pero producirá sus efectos la compensación cuando los vencimientos de los créditos y deudas tuvieron lugar con anterioridad a la declaración de concurso.

A continuación se expone un interesante ejemplo de compensación de créditos y deudas que tiene lugar inmediatamente antes de la declaración de concurso y, por tanto, es una compensación válida por no incurrir en la prohibición del art. 58 L.C.:

Crédito que el banco concede al comerciante cuando le descuenta letras, frente a la deuda de reembolso del valor de dichas letras, cuando el banco las haya cobrado.

Con carácter general, antes de que se produzca la solicitud de declaración de concurso, el banco considera que las letras que descuenta a su cliente, las ha descontado en virtud del crédito que le merece dicho cliente y, en principio, en condiciones normales, el banco no tiene intención de reclamar judicialmente contra el librado, si éste no paga, sino que, en tal caso, se dirigirá al cliente endosante reclamándole el importe de las letras impagadas y los gastos.

Si declarado el concurso se considerase que el banco tiene un crédito contra el concursado por el importe de las letras que le ha descontado, la administración concursal incluiría al banco en la lista de acreedores concursales ordinarios por haber sido concedido el crédito antes de la declaración del concurso. Consecuencia de este reconocimiento sería que el importe de las letras descontadas, una vez fueran pagadas al banco, en cuyo poder se encuentran (o en el de otras agencias o corresponsales), pasaría a la masa activa del concurso, puesto que entrarían en el patrimonio del deudor tras la declaración del concurso.

Pero la consideración de que el banco es acreedor concursal es improcedente pues el crédito que concedió al concursado antes de la declaración del concurso quedó compensado con las letras entregadas al banco, también antes de la declaración de concurso, siendo esta compensación anterior a la declaración del concurso y estando por tanto amparada en el art. 58 L.C.

En otras palabras, el banco considera que el cliente le ha “vendido” las letras antes de la solicitud de concurso, criterio confirmado por la definición que da el “Diccionario de Economía Política” de Editorial Labor, 2ª edición, página 102: según la que

“Las operaciones de descuento consisten en la COMPRA de letras, deduciendo los intereses (descuento) calculados a partir del día de su entrega al banco hasta la fecha de su vencimiento, reservándose el banco el beneficio del descuento.”

Si el banco, en consecuencia por razón de la compensación producida antes del concurso, no aparece como acreedor del concursado y todas las letras descontadas fueran atendidas, el banco quedaría fuera del concurso, pero puesto que probablemente no todas las letras serán pagadas, el banco podrá

solicitar aparecer en la lista de acreedores del concursado, por el importe de los impagados una vez que éstos se hayan producido, si en tal momento, está todavía dentro del plazo para comunicar tal crédito a la administración concursal.

.

Pero el banco, en lugar de pretender que se le reconozca la condición de acreedor por las letras impagadas, puede dirigirse contra los correspondientes librados, al margen del concurso, por medio de procesos cambiarios. Esta solución es probablemente la más ventajosa para el banco ya que le permite actuar según su criterio sin verse involucrado en un concurso en el que tendría que someterse al contenido del convenio que, en el mejor de los casos, le permitirá cobrar una parte de lo que acredite, resultante de aplicar la quita que se acuerde y en el plazo determinado en el repetido convenio.[59]

La solución de resarcirse reclamando a los librados, es ventajosa para el banco si éste considera cobrables los importes de las letras devueltas por razón de la solvencia de los librados.

Cabría la posibilidad de que el banco considerase que el crédito que se produce por razón de los impagados, es un crédito contra el concursado que ha nacido después del concurso y que por tanto es un crédito contra la masa. Así podría el banco alegarlo ante la administración concursal y, de no ser atendido, podría promover un incidente concursal.

b) Suspensión del devengo de intereses (art. 59 L.C.)

Esta suspensión se refiere a los intereses legales o convencionales de los créditos sin privilegio especial, desde el momento en que se produce la declaración de concurso. La suspensión del devengo de intereses de los créditos que no gocen de privilegio especial, se produce sin necesaidad de que el juez lo ordene expresamente en la declaración de concurso, independientemente de las voluntades del deudor y de los acreedores y sin intervención de la administración concursal. La suspensión se produce "ope legis". La L.C. da el mismo tratamiento a los intereses remuneratorios que a los intereses moratorios, estos últimos nacidos a modo de compensación por

[59] García-Alamán de la Calle,B. "*Efectos de la declaración del concurso sobre las relaciones jurídicas privadas del deudor*" (Comentarios a la Ley Concursal de Garrigues, Editorial Marcial Pons, pag. 260): "En la suspensión de pagos sólo se aceptaba la compensación de deudas y créditos que hubiesen surgido en el seno de un contrato de cuenta corriente mercantil y en las que existiese el más claro automatismo (en palabras de Torres de Cruells), es decir, la ausencia de voluntad del deudor, a fin de evitar que pueda favorecerse a unos acreedores en perjuicio del resto. El legislador ha decidido extender tal posibilidad a los supuestos en los que concurriesen los referidos requisitos ante de la declaración del concurso, resolviéndose cualquier controversia al respecto a través del incidente concursal, lo que sin duda alguna dará lugar a numerosos incidentes en todo concurso".

los daños y perjuicios producidos por la mora, no habiendo pacto en otro sentido para la satisfacción del acreedor atendido con retraso.

Cuando un concursado tenga su obligación garantizada por un fiador, el acreedor podrá exigir a dicho fiador el pago de los intereses posteriores al auto de declaración de concurso, según el art. 1827 II C.c.

Por otra parte, los intereses devengados antes de la declaración de concurso, que no correspondan a créditos con privilegio especial, tendrán la consideración de créditos subordinados, en virtud del art. 92.3º L.C.

Cuando en las cuotas o plazos para la amortización de un crédito, cada cuota englobe la amortización parcial del crédito y los intereses devengados, éstos deben separarse, tras la declaración de concurso, en cuanto a los plazos pendientes para suprimirlos del pasivo a considerar.

No tienen el carácter de intereses las rentas o pensiones que deba pagar el concursado, porque son prestaciones autónomas y no deudas accesorias a una deuda de capital.

La L.C. establece una excepción a la suspensión de devengo de intereses tras la declaración de concurso, es decir, a la reactivación de su devengo, al establecer que cuando el concurso llegue a un convenio, tanto si ha sido como consecuencia de una propuesta anticipada de convenio (art.104 y stes. L.C.), o por haberse alcanzado el convenio en junta de acreedores (art. 111 y stes. L.C.), con espera pero sin quita, en el contenido del convenio podrá pactarse el devengo total o parcial de los intereses cuya generación había resultado suspendida, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En tal caso el deudor quedará obligado a pagar los créditos por intereses reactivados en la proporción y en los plazos que se fijen en el convenio. El incumplimiento de esta obligación, si ha sido establecida, determina la posibilidad de que cualquier acreedor insatisfecho inste la declaración de incumplimineto del convenio (art. 140 L.C.) y de que el juez tras la resolución judicial de incumplimiento del convenio, declare la apertura de la fase de liquidación (art. 143,1,5º L.C.)

La reactivación automática del devengo de intereses de los créditos, que había sido suspendida desde la declaración de concurso, se produce si queda numerario, tras la liquidación del concurso habiendo pagado a todos los acreedores. Esta reactivación es “ipso iure”.(art.159.2. “in fine” L.C.)

Los créditos que gozan de privilegio especial continúan devengando intereses y serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Asimismo los créditos salariales devengarán intereses conforme al interés legal del dinero. Los créditos refaccionarios deberán seguir el mismo régimen de producción de intereses que los créditos salariales y los créditos por tales intereses tienen la misma calificación que los créditos que los generan.

c) Interrupción de la prescripción (art. 60 L.C.)

La declaración de concurso interrumpe la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración de concurso, siendo indiferente la naturaleza civil, mercantil o laboral de tales créditos. Tampoco importa que sean créditos contractuales, extracontractuales o que hayan surgido por ministerio de la ley, ni que desde el punto de vista de la L.C. sean créditos privilegiados, ordinarios o subordinados. Asimismo queda interrumpida la prescripción de las acciones contra socios, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora, así como contra los administradores de derecho y de hecho de la persona jurídica deudora.

La interrupción de la prescripción tiene lugar con independencia de que se trate de un concurso voluntario o necesario y es un efecto automático de la declaración de concurso "ope legis·", por lo que no requiere el pronunciamiento del juez del concurso, ni manifestación de voluntad del deudor o de los acreedores, ni intervención de la administración concursal.

La declaración de concurso es causa de interrupción general del plazo de prescripción de las eventuales acciones a ejercer, es decir, afecta a la prescripción del plazo de todas las acciones por los créditos anteriores a la declaración de concurso.

El cómputo de los plazos de prescripción de las acciones se reiniciará en el momento de la conclusión del concurso (art. 60.3. L.C.), siendo indiferente la naturaleza de la causa de conclusión que la haya motivado. Las causas de conclusión del concurso aparecen en el art. 176 L.C. Tal reinicio de los plazos de prescripción es también "ope legis" por lo que no requiere ninguna actuación de nadie.

El reinicio de la prescripción interrumpida implica que el plazo de prescripción debe computarse de nuevo y por entero desde la conclusión del concurso, ya que la L.C. ordena la interrupción y no la mera suspensión de la prescripción. El nuevo plazo de prescripción es el mismo que antes de la

interrupción salvo que en el convenio concursal se hubiera pactado la reducción o ampliación del plazo.

F) SOBRE LOS CONTRATOS

Veamos un supuesto práctico que nos revela la grave incidencia que puede tener la declaración de concurso efectuada en el momento del cumplimiento de un contrato de compraventa y la posible forma de evitar las consecuencias de tal declaración para el acreedor en el supuesto que se contempla:

Supongamos que un comprador hace un pedido de una mercancía, que es aceptado por el vendedor con pago aplazado a 90 días, y con plazo de entrega de un mes, a un vendedor en plaza lejana, cuyas condiciones de entrega son fob puerto del vendedor y, el conocimiento de embarque a extender es "BL to the bearer" (Conocimiento de embarque al portador) por lo que el portador de dicho título es el propietario de la mercancía.[60]

Antes del término del plazo de entrega, la mercancía es embarcada y el conocimiento de embarque es entregado al vendedor que lo tiene todavía en sus manos, para su envío por correo certificado al comprador, para que éste pueda retirar la mercancía a su llegada al puerto de destino y para que posteriormente cuando llegue el vencimiento a los 90 días la pague.

Al día siguiente del embarque, el comprador presenta solicitud de declaración de concurso, con lo que el vendedor ve que habiendo sido el embarque anterior a la fecha de solicitud del concurso, y siendo la entrega fob, el concursado, si recibe el conocimiento de embarque habrá recibido la mercancía, entregada en puerto de origen, en fecha anterior a la solicitud de declaración de concurso con lo que, el crédito del proveedor, será un crédito concursal sometido al acuerdo de quita y espera que, en su día, acuerde la junta de acreedores y la mercancía formará parte de la masa activa del concurso.

Si acudimos al C.c. Vemos en su artículo 1467 lo siguiente:

"Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el término convenido."

---

[60] .Recalde Castells,, A. "*Enciclopedia Jurídica básica*" Editorial Civitas, tomo IV Título de tradición. Pág 6.563
"La naturaleza del derecho real que viene incorporado al titulo (conocimiento de embarque) no resulta fácil de explicar. En la medida en que ello se corresponde con lo que ocurre normalmente en la práctica, se ha señalado de forma un tanto simplista que el propietario del titulo lo sería también de las mercancías y que, por tanto, el derecho que circula con el documento es el del dominio pleno sobre las mercancías."

En vista de la situación, el vendedor propone a otro comerciante del puerto de destino que compre la mercancía en camino y, concertada esta compraventa, le envía el conocimiento de embarque para que el nuevo destinatario retire la mercancía a la llegada al puerto de destino y posteriormente le pague en las condiciones que hayan convenido.

Sin embargo, el art. 61.2 L.C. dice así:

"La declaración de concurso por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa."

Ante la subsistencia de la vigencia del contrato de compraventa, según resulta del artículo transcrito, el proveedor trata ahora con el concursado intervenido, o en caso de la sustitución de sus facultades por la administración concursal, con ésta, para aclarar si se mantiene el pedido, o si el concursado va a solicitar del juez la resolución del contrato. En caso de que la compraventa se mantenga, el proveedor embarcará una segunda partida de la mercancía originariamente pedida, pero ahora, siendo la entrega posterior a la declaración de concurso, el cobro será íntegro contra la masa al vencimiento convenido inicialmente.

Si el concursado opta por la solicitud de resolución del contrato, el juez citará a comparecencia a las partes y de existir acuerdo dictará auto declarando resuelto el contrato. En caso contrario, las diferencias se tramitarán como incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, la indemnización que el concursado haya de satisfacer con cargo a la masa (art. 61.2.II.L.C.)

¿Cuál será la actitud del concursado o de la administración concursal en cuanto a la decisión de resolver el contrato? La postura vendrá determinada porque:

1.-La mercancía sea de difícil venta, en cuyo caso no interesará aumentar la masa activa, pagando la mercancía, como crédito (postconcursal) contra la masa.

Por tanto, en este supuesto de mercancía de difícil venta, la administración concursal intentará avenirse con el vendedor para que el contrato de compraventa se considere resuelto.

2.- La mercancía sea de fácil venta, incluso con un buen margen de beneficio, o necesaria como materia prima para la industria del concursado, en cuyo caso, la administración concursal instará al vendedor para que cumplimente el pedido, cuyo pago se realizará contra la masa, por tratarse de un crédito postconcursal, y si el vendedor no se aviene a cumplir el pedido, el concursado, o la administración concursal, solicitará del juez, por medio de incidente concursal, que condene al vendedor al cumplimiento del contrato, o a que le indemnice, pudiendo dicho vendedor oponerse alegando lo que convenga a su derecho.

a) SOBRE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL CONCURSADO QUE NO ESTÉN CUMPLIDOS ÍNTEGRAMENTE AL TIEMPO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO (ART. 61.L.C.)

Los contratos cumplidos íntegramente por las dos partes antes de la declaración de concurso, quedan fuera del concurso, salvo que fueran impugnados por fraude o por resultar perjudiciales para la masa activa.

El art. 61.LC. se refiere sólo a los contratos con obligaciones recíprocas, es decir a los contratos bilaterales de los que resultan obligaciones para las partes. Ni el C.c., ni el C.Co. definen lo que se entiende por obligaciones recíprocas pero se evidencian sus efectos: la facultad de resolver el vínculo en los caso de incumplimiento (art. 1124 C.c.).

En cualquier caso, con carácter general, se considera que existe reciprocidad cuando las obligaciones que surgen del contrato son interdependientes la una de la otra, existiendo un nexo causal entre los dos deberes de prestación. Entran por tanto en el ámbito del precepto, la compraventa, la permuta, el arrendamiento de cosas y de servicios, el contrato de obra, el depósito retribuido (la reciprocidad existe entre la obligación de custodia y la de pagar el precio), el mandato retribuido.

Quedan excluidos del ámbito del art. 61.1.L.C., los contratos plurilaterales o asociativos en los que las partes no asumen obligaciones recíprocas y los contratos unilaterales que generan obligaciones para una de las partes, p.e. el prestatario que debe devolver el principal y los intereses. También quedan excluidos los contratos bilaterales imperfectos como p.e. el contrato de depósito gratuito en el que el depositario tiene la obligación de custodiar y restituir el depósito, aunque el depositante tenga que pagar los gastos en que ha incurrido el depositario para conservar la cosa. Análogamente sucede con el comodato o con el mandato gratuito.

No cabe olvidar que la L.C. establece un régimen específico para los contratos con obligaciones recíprocas, como los contratos de trabajo a los que la declaración de concurso no afecta en cuanto a su vigencia, si bien las prestaciones a que está obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa y establece reglas de resolución por un sistema especial de modificación, extinción y suspensión colectivas. Tambien los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con las Administraciones Públicas quedan sometidos a su Ley reguladora.

b) CONTRATOS CUMPLIDOS ÍNTEGRAMENTE POR UNA DE LAS PARTES EN EL MOMENTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.

En tal caso, el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la masa pasiva del concurso.

c) NO OBSTANTE LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, una vez declarado éste, la administración concursal, en caso de facultades suspendidas del concursado, o éste mismo amparado por la intervención de la administración concursal, podrá solicitar la resolución del contrato si lo estimara conveniente. Al efecto, el juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa (art. 61.2. L.C.).

Es de observar que la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes, se contempla como posible a iniciativa del concursado o de la administración concursal, pero no así a iniciativa de la otra parte contratante, salvo en caso de incumplimiento del concursado, según veremos en el apartado “G”, hasta el punto de que en el art. 61.3.L.C. se dice que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan (en el contenido del contrato) la facultad de resolución o de extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

G) SOBRE LA RESOLUCÍON POR INCUMPLIMIENTO (art. 62 L.C.)

La declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos, a la que se refiere el art. 61.2. L.C., salvo que se hayan resuelto al amparo del último párrafo del repetido artículo. La vigencia en cuestión es la que mantiene la causa de resolución frente al incumplimiento de la otra parte (art. 1124).

Por tanto, en caso de incumplimiento (total o parcial) en momento anterior a la declaración de concurso, se mantiene la facultad de resolución por tal causa de incumplimiento, en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

Sin embargo, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa, las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (art. 62.3. L.C.). Incluso habiendo acuerdo entre el concursado, la administración concursal y la otra parte sobre la resolución del contrato, si el juez estima que el mantenimiento del contrato es beneficioso para el concurso, podrá así imponerlo de oficio o a instancia de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso.

En caso de que sea la otra parte contratante la que inste la resolución del contrato por incumplimiento, y el concursado y/o la admiistración concursal entiendan que conviene mantenerlo, deberán oponerse a la resolución, alegando bien que no existió incumplimiento o que, aún existiendo, el interés del concurso exige el mantenimiento y cumplimiento del contrato.

La resolución, si tiene lugar, tiene eficacia liberatoria: los contratantes quedan liberados de las obligacione todavía no vencidas al tiempo de la resolución (art. 62.4. L.C.). En cuanto a las obligaciones vencidas e incumplidas por el concursado, anteriores a la declaración de concurso deben considerarse créditos concursales. Si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, aunque anterior a la fecha de resolución del contrato deben atenderse con cargo a la masa

Si el incumplimiento hubiera sido de la parte no concursada, aunque la L.C. no se manifieste, el derecho que corresponde al concursado, tras la resolución, se integrará en la masa activa del concurso y el concursado o la administración concursal deberán adoptar las medidas necesarias para la satisfacción del derecho en cuestión. Tampoco la L.C. hace referencia al caso en que existan obligaciones vencidas, recíprocas y anteriores a la resolución del contrato, que no fueron cumplidas por ninguna de las partes. Ante el

silencio legal, parece deba entenderse que no se puede pretender su cumplimiento, por cuanto el contrato ha sido resuelto, pero debe equilibrarse la relación de incumplimientos y, el saldo que resulte deberá incluirse en la masa pasiva o en la activa según sea faviorable al acreedor o al concursado.

La resolución dará lugar a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, cuando así lo exija la parte perjudicada y la cantidad resultante será crédito concursal o contra la masa según que el incumplimiento del concursado fuera anterior o posterior a la declaración de concurso. Si el incumplimiento fué de la parte no concursada, habiendo cumplido la concursada, el crédito del concursado será de la masa activa del concurso y el concursado o la administración concursal deberá reclamarlo.

H) SOBRE SUPUESTOS ESPECIALES (art.63. L.C.)

Este artículo quiere recordar que, no obstante los art.61 L.C. (vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes, en caso de concurso) y 62 L.C. (resoluciones por incumplimiento de contrato, posterior a la declaración de concurso, por cualquiera de las partes), a pesar del procedimiento concursal, los contratos pueden terminar por denuncia unilateral que proceda conforme a la Ley.

Así en el contrato de obra, según el art. 1594 C.c. "el dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque es haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella", por lo que si el contratista es declarado en concurso, el dueño de la obra conserva la posibilidad de cancelar el contrato cumpliendo los anteriores requisitos.

Análogamente, en el contrato de comisión que puede ser revocado por el comitente, en cualquier estado del negocio, por basarse éste en una cuestión de confianza, poniéndolo en conocimiento del comisionista (art. 279 C.co.), por lo que la declaración de concurso del comisionista no afectará a la capacidad de revocación del comitente.

En cuanto a los contratos de duración indefinida, que pueden ser denunciados en cualquier momento por las partes, cumpliendo con el preaviso necesario pues la revocabilidad responde a la exigencia de tutelar la libertad del individuo que es incompatible con vínculos perpetuos, esta capacidad no se ve afectada por la declaración de concurso. Así si el concursado tiene un contrato de arrendamiento de un local, que ya no necesita, la vigencia del contrato tras la declaración de concurso, no impide al concursado que resuelva tal contrato de arrendamiento.

En algunos casos, como p.e. en el contrato de agencia, se establece que la declaración de concurso, de cualquiera de las partes, es justo motivo (art.26.b L.C.A., modificado por la disposición adicional 29 L.C.) para que la parte no concursada dé por terminado el contrato de agencia.

La declaración de concurso tampoco afectará a la posibilidad de extinción pactada de contratos con cláusula en tal sentido para el caso de la declaración de concurso, si la Ley permite tal cláusula (art. 63.2.L.C.) que en caso contrario no es válida en virtud del art.61.3 L.C.

I) SOBRE LOS CONTRATOS DE TRABAJO (art. 64. L.C.)

A) MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO, SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN COLECTIVA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO.

Las facultades patrimoniales del deudor, tras la declaración del concurso, se regulan en el art. 40 L.C. pudiendo darse dos situaciones:

a) conservación de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, sometidas a la intervención de la administración concursal, mediante su autorización o conformidad, que es la situación que corresponderá en caso de concurso voluntario, si el juez no dispone que.

b) tales facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio queden suspendidas, siendo sustituido por los administradores concursales, en caso de concurso necesario y salvo que el juez disponga en otro sentido.

Pero la regulación de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo, en el art. 64 L.C. se separa un tanto de tales situaciones alternativas de intervención o sustitución de las facultades del deudor por cuanto en el art. 64.2 L.C.dice que:

"La administración concursal, el DEUDOR[61] o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado."

Podría entenderse claramente que el DEUDOR puede actuar independientemente de la administración concursal, ya que se omite su intervención autorizativa. Es más, según la dicción empleada, se entiende que alternativamente puede ser la administración concursal, o el deudor, o los trabajadores (por medio de sus representantes legales), quienes pueden dirigirse al juez del concurso solicitando lo oportuno.

[61] Mercader-María Teresa Alameda, J."*Comentario de la Ley Concursal* " Obra dirigida por Rojo.A.-Beltrán, E.. Editorial Thomson Civitas. Pag 1205 :"El art. 64.2 de la Ley Concursal atribuye también capacidad al empresario deudor para solicitar al juez mercantil la adopción de medidas colectivas, sin diferenciar en función del carácter necesario o voluntario del concurso.".

Pero en el art. 64.5 L.C.se dice que:

"Recibida la solicitud *(que podría ser del deudor),* el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales…"

Obsérvese que ahora queda excluida la presencia del deudor *(que puede ser quien haya presentado la solicitud)* para evacuar dicho período de consultas. Supuestamente este deudor no tenía sus facultades suspendidas, puesto que presentó la solicitud, sin que se diga siquiera, que con la autorización de la administración concursal, aunque pueda sobreentenderse, que actuó con tal autorización.

El art. 64.6 L.C. continúa prescindiendo del deudor al establecer que:

"Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución del acuerdo".[62]

Con lo que la L.C. reitera que para las negociaciones encaminadas a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo, el deudor no interviene en la consecución del acuerdo, aunque haya sido él quien haya presentado tal solicitud al juez.[63] [64]

---

[62]Albiol Montesino,I. *"Aspectos laborales de la ley concursal"*Editorial Tirant lo Blanc, pag 70 "El interlocutor de los representantes de los trabajadores no es el empresario sino la administración concursal- aunque haya sido el deudor empresario el solicitante de la adopción de las medidas laborales colectivas- y el dato es importante porque dicha administración concursal deberá velar más por la salvaguarda de los intereses de los acreedores que por el mantenimiento a ultranza de la continuidad en el ejercicio de la actividad empresarial, que sólo será relevante en cuanto que pueda favorecer los propios intereses del concurso."

[63] García Perrote Escarpín, I. *"La reforma concursal: Aspectos laborales y de Seguridad Social"* Editorial Lex Nova, 1ª Edición. Pag 234 "… en caso de concurso, es el juez de lo mercantil el que, tras recibir la solicitud de la adopción de las medidas laborales colectivas por los legitimados ex art. 64.2 de la L.C., convoca a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas. A destacar que en dicho período no interviene el empresario deudor (ni siquiera cuando ha sido él quien solicita la adopción de las medidas laborales colectivas) sino la administración concursal,…

[64] Valpuesta Gastaminza, E "*Comentarios a la Ley Concursal" (*Director Cordón Moreno.F*)* Editorial Thomson Aranzadi, pag 505 :"Es importante constatar que el concursado no es parte en la negociación, lo cual no deja de ser criticable, máxime cuando según el precepto él puede haber sido quien solicitara el expediente (aunque en nuestra interpretación, sólo en los casos de intervención de sus facultades, y con la autorización de la administración concursal). Además, es claro que si finalmente el concurso llega a finalizar por convenio de continuación de la actividad del empresario lo acertado es que éste intervenga en el expediente de regulación de empleo. Pero no es así. Aunque suponga forzar el texto legal, podríamos llegar a interpretar que el precepto se refiere sólo a la administración porque ésta siempre será parte (autorizando al

B) LOS CRÉDITOS DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN CUYOS CONTRATOS DE TRABAJO SE HAYAN SUSPENDIDO O EXTINGUIDO

En los contratos del personal de alta dirección que se regulan en el art.65 L.C., es de destacar que, durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por iniciativa propia, o a instancia del deudor, puede suspender o extinguir los contratos del deudor con el personal de alta dirección. [65] [66] En el caso de suspensión de los contratos, los altos directivos podrán darlos por extinguidos (con preaviso de un mes), conservando el derecho a la indemnización por extinción de sus contratos.

En caso de extinción de los contratos de trabajo de los altos directivos, el juez del concurso podrá moderar la indemnización pactada en éstos, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo.

Dicho límite resulta del art. 51.8 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que, en caso de despido colectivo, los trabajadores cuyos contratos

---

concursado el acuerdo, en los casos de intervención, y tomándolo ella en los casos de suspensión) pero que implícitamente debe entenderse que por pura lógica aplastante que el concursado también tendrá voz en esa discusión."

[65] Valpuesta Gastaminza, E. *"Comentarios a la Ley Concursal" obra citada en nota de pié de pág. nº 54,,* pag 511: "…el juez del concurso sólo tiene competencias en materia de modificaciones sustanciales del trabajo, y suspensiones y extinciones del contrato de trabajo colectivas, no alcanza su conocimiento a dichas modificaciones, suspensiones o extinciones cuando sean individuales, que se siguen rigiendo por la normativa laboral general, correspondiendo su conocimiento a los órganos jurisdiccionales del orden social. **En cambio, en cuanto a altos directivos sí que la suspensión o extinción individual tiene un régimen especial y, aunque no es decidida por el juzgador sino por la administración concursal, la decisión sobre ciertas consecuencias de dichas circunstancias queda en manos del juez del concurso**. Nótese, en todo caso, que el precepto no hace referencia alguna a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del alto directivo (a diferencia del art. 64 L.C.) que por lo tanto sigue rigiéndose por la normativa laboral.
Es claro que la Ley se refiere al personal de alta dirección según el concepto "laboral" del mismo, sin acuñar o utilizar un concepto distinto de carácter mercantil, del tipo "administrador", "consejero delegado" o "apoderado general". La relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección se menciona como especial en el art. 2.1.a) ET, y se regula por el R.D. 1382/1985, de 1 de Agosto. Según el art. 1.2. de dicho R.D.: "Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupen aquella titularidad."

[66] Misma obra citada, pag. 513: "Como norma general, la propia declaración de concurso constituye por sí sola causa suficiente para que la administración concursal pueda suspender o extinguir la relación con el alto directivo. No existe en esto diferencia con el régimen de extinción normal de esa relación laboral especial, que también es libre para el empresario según establece el art. 11 RD 1382/1985 (que lo califica de desistimiento del empresario)."

se extingan tendrán derecho a una indemnización de veinte días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce anualidades.

Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, según el art. 91.1º L.C., se considerarán créditos preferentes en cuanto a la cuantía correspondiente al triple del salario mínimo interprofesional aplicado a los veinte días de salario por año de servicio. Si la indemnización reconocida o fijada por el juez, supera a la cuantía indicada, el exceso se calificará como crédito concursal ordinario.

Según el art. 14.2. del Real Decreto 505/985 de 6 de Marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, se considerará crédito por indemnización, la cantidad reconocida a favor de los trabajadores en sentencia, o resolución judicial complementaria de ésta, a causa de extinción de los contratos de trabajo, conforme a los artículos 50 y 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Según el art. 16.2. del mismo decreto, "la solicitud de concesión de prestaciones del Fondo de Garantía Salarial con fundamento en hallarse la empresa sometida a procedimiento concursal, podrá presentarse en cualquier momento de su tramitación, desde que exista resolución judicial teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, o declarando la quiebra o el concurso de acreedores y aun cuando ya hubiese sido aprobado convenio con los acreedores."

En definitiva, los trabajadores de alta dirección pueden solicitar la concesión de prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, cobrando de éste el importe de la indemnización fijada por el juez y subrogándose el Fondo en el crédito del personal de alta dirección (el preferente y, el ordinario, en su caso), cuyo contrato se ha extinguido.

Sin embargo, según el art. 65.4 L.C. la administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplace hasta que sea firme la sentencia de calificación.

Si el pago de la indemnización es aplazado, hasta que sea firme la sentencia de calificación del concurso, y ésta declara el concurso fortuito, o cuanto menos, la calificación como concurso culpable no afecta al personal de alta dirección, el alto directivo podrá cobrar como privilegio general la parte que se ha calificado como tal, y la parte que le corresponda como crédito concursal ordinario, según el régimen de pago de tales créditos pero, habida

cuenta de que la calificación del concurso tiene lugar cuando la masa ha atendido muchos pagos, es más que probable que los altos directivos deban dirigirse al Fondo para cobrar. Éste les pagará la indemnización total y se subrogará en el crédito de los altos directivos. Es dudoso que el Fondo pueda resarcirse de lo desembolsado, especialmente de la parte por la que aparezcan los créditos de los altos directivos como créditos concursales ordinarios sometidos al régimen de dividendo.

Si, por el contrario, la sentencia califica el concurso como culpable y declara que algún alto directivo es culpable (art. 172 L.C.), éste perderá el derecho a la indemnización por extinción del contrato de trabajo y además deberá devolver los bienes o derechos que hubiera obtenido indebidamente del patrimonio del deudor, o hubiese recibido de la masa activa, así como a indemnizar las daños y perjuicios causados y será inhabilitado para administrar bienes ajenos durante un período de dos a quince años.

Si la extinción del contrato del alto directivo se efectúa recién declarado el concurso, cuando el deudor es todavía propietario de bienes refaccionados elaborados por los trabajadores y si la administración concursal no solicita el aplazamiento del pago de las indemnizaciones de los altos directivos hasta que sea firme la sentencia de calificación del concurso, la indemnización admitida por el juez podría atenderse como crédito con privilegio especial sobre los bienes refaccionados (art. 90.1.3 L.C.).

J) SOBRE LOS CONVENIOS COLECTIVOS (art. 66 L.C.)

El contenido de este artículo repite aspectos ya considerados en el art. 41.2.ET. Establece una excepción al régimen general de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, regulado en el art. 64 L.C. La excepción viene delimitada por tres aspectos: a) que se refiera a condiciones de trabajo establecidas en los convenios regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores, b) que sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible la modificación con arreglo a la legislación laboral y c) en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores.

El artículo se refiere a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos regulados en el título III del E.T., que se conocen como "convenios estatutarios", que obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Quedan así fuera de aplicación de este artículo 66 L.C., los convenios extraestatutarios (regulaciones unitarias de condiciones de trabajo que vinculan a las partes pero que no consituyen fuentes de Derecho del Trabajo), los pactos o acuerdos de empresa y las decisiones unilaterales del empresario.

En cuanto a las materias que sea admisible que se modifiquen, según el art. 41.2.2. E,T., tratándose de convenios colectivos estatutarios, sólo podrán modificarse los horarios, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento (art. 41.1.b),c),d) y e) E.T.). Las demás cuestiones relativas a jornada de trabajo y a funciones que exceden de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 E.T. son inmodificables, incluso aunque hubiera acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

El juez del concurso no puede aprobar la propuesta del concursado o de la administración concursal, si no existe el acuerdo con los representantes de los trabajadores, si se trata de modificaciones sustanciales de convenios colectivos estatutarios.

K) SOBRE LOS CONTRATOS CON ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (art. 67 L.C.)

Los contratos en cuestión se dividen en dos clases:

a) los contratos celebrados con Administraciones Públicas que han sido creadas para satisfacer necesidades de interés general, que se rigen por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de Junio.

b) los contratos celebrados por entidades de Derecho Público que no hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general.

Además hay que distinguir entre contratos administrativos celebrados por las Administracioes Públicas y los realizados también por éstas que tengan carácter privado.

Son contratos administrativos, según el art. 5.2.LCAP:

a) aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del art 206 referente a contratos de seguro y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

b) los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.

Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables.

Los contratos que tengan el carácter de privados, se regulan en materia concursal por la L.C., mientras que los administativos se rigen por la LCAP

que establece las reglas a aplicar en caso de concurso de la contraparte de la Administración Pública.

Es de destacar que la LCAP, como regla general establece que la declaración de concurso de la contraparte es causa de resolución de contrato (art. 111.b) LCAP), pero esta resolución no es automática porque la Administración Pública contratante puede mantener la vigencia del contrato si el contratista presta garantías suficientes a juicio de la Administración, para la ejecución del contrato (art. 112.2 y 4 LCAP). En los casos de resolución de contrato, las partes deberán restituirse las prestaciones ya efectuadas, si tal restitución es posible. El crédito de restitución a favor de la Administración Pública se entiende debe ser crédito contra la masa, por encuadrarse en el art. 84.6.L.C.
En caso de apertura de la fase de liquidación del concurso, la resolución del contrato es automática.

Obsérvese que se establece como norma general la resolución de los contratos de la Administración, en caso de que la contraparte sea declarada en concurso, cuando en los contratos privados no se admiten cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes (art.61.3.L.C.), es más el art. 61.2.LC. establece, tratándose de relaciones privadas, expresamente la vigencia de los contratos en caso de declaración de concurso.

L) SOBRE LA REHABILITACIÓN DE CRÉDITOS (art. 68 L.C.)

Si el concursado impagó antes de la declaración de concurso, las cuotas de amortización de un préstamo del que gozaba, éste habrá vencido anticipadamente si el acreedor decide resolver el contrato de préstamo con base en los impagados y así lo comunica al deudor. Si dicho vencimiento anticipado tuvo lugar en los tres meses anteriores a la declaración de concurso, la administración concursal por propia iniciativa o a instancia del concursado podrá rehabilitar el préstamo pagando la totalidad de las cantidades vencidas hasta el momento de la rehabilitación y asumiendo los pagos futuros con cargo a la masa. Lo determinante para la posibilidad de la rehabilitación es que el vencimiento anticipado haya tenido lugar en los tres meses anteriores a la declaración de concurso y no las fechas de los impagados. El plazo de tres meses es ciertamente corto. La razón es que se obliga al acreedor a someterse a un contrato ya resuelto, revocando así una resolución perfectamente válida y acorde a la voluntad pactada por las partes, y una contravención tan clara de la validez de lo actuado, sólo puede admitirse sometiéndola a unos estrictos términos temporales.

La implantación del plazo de tres meses, como máximo, para poder rehabilitar el crédito resuelto motivará al deudor a solicitar la declaración de concurso antes de que transcurran dichos tres meses con lo que se conseguirá la anticipación del concurso que es objetivo reiterado de la L.C.

Por otra parte, el acreedor titular del crédito podría, en virtud de los impagados sufridos, solicitar la declaración de concurso necesario, ante la actitud indolente del deudor. Si dicho acreedor solicita dicha declaración de concurso necesario, antes de los tres meses desde el vencimiento anticipado, sabe que podrá verse obligado a rehabilitar el crédito pero esto no perjudica al acreedor, pues si el crédito se rehabilita, cobrará inmediatamente los vencimientos impagados y, lo pendiente lo cobrará con cargo a la masa y esto es más ventajoso que tener un crédito concursal por la totalidad de lo que acredita y verse luego sometido a la eventual quita y espera que fije el convenio en su caso.

Con la rehabilitación, la empresa concursada va a tener una mayor facilidad para continuar su actividad. Además esta rehabilitación implica la no ejecución de las garantías reales, si existen, que podría tener lugar transcurrido un año desde la declaración de concurso según establece el art.56 L.C.

En principio parecería que la legitimación para la rehabiltación del crédito ha de corresponder al concursado con la aprobación de la administración concursal, en caso de intervención de sus facultades, o a la administración concursal en caso de suspensión de facultades del concursado, pero la dicción del art. 68 LC. es que "la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar…". En otras palabras la legitimación corresponde a la administración concursal y sólo a ella. Pero tal atribución es absurda porque podrían darse las dos siguientes situaciones:

a) en caso de suspensión de facultades del deudor, éste a pesar de la suspensión de sus facultades podría solicitar a la administración concursal que solicitara la rehabilitación.

b) y en caso de simple intervención de las facultades del deudor, la administración concursal, sin contar con el deudor, podría solicitar del juez la rehabilitación del crédito vinculando al concursado en contra de su voluntad.

Parece por tanto que el significado literal del art. 68 L.C. no debe aplicarse y que será el concursado con la intervención de la administración concursal quien estará legitmado para solicitar la rehabilitación del crédito, si sus facultades están solo intervenidas y la administración concursal será la legitimada si el concursado tiene sus facultades suspendidas.

La eficacia de la solicitud de rehabilitación viene condicionada a que se formule antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos: un mes desde la última publicación de las acordadas en el auto dedeclaración de concurso, debiendo además notificar la rehabilitación al acreedor y satisfacer o consignar la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación (art. 68.1 L.C.), así como asumir el pago de los vencimientos futuros con cargo a la masa.

El acreedor puede oponerse a la rehabilitación si "con anterioridad a la apertura del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones en reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante" (art. 68.2.L.C.). Basta pues la reclamación judicial al deudor, o a cualquiera de los responsables de la deuda, anterior a la apertura del concurso para que el crédito no sea rehabilitable.

Si el acreedor se opone a la rehabilitación y el concursado o la administración concursal, mantiene su voluntad de rehabilitarlo la cuestión se tramitará por el incidente concursal.

La rehabilitación del contrato de crédito implica que ya no cabe ejecutar las posibles garantías que existieran para la satisfacción del crédito, ni reclamar a codeudores solidarios o garantes, en tanto se vayan cumpliendo los vencimientos posteriores.

M) SOBRE LA REHABILITACIÓN DE CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE BIENES CON PRECIO APLAZADO (art. 69 L.C.)

La L.C. demuestra, una vez más, en este articulo, su preocupación por que el deudor pueda seguir con su actividad tras la declaración de concurso y por que, con tal fin, pueda mantener ciertos contratos trascendentales para la empresa y que fueron resueltos por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso.

Al igual que en el art. 68 L.C., ahora la L.C. violenta el derecho de obligaciones, al devolver la eficacia a unos contratos ya resueltos, obligando al acreedor a someterse a su rehabilitación. Por las mismas razones que, en el caso de rehabilitación de créditos, la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado tiene como requisitos, que la resolución haya tenido lugar, como máximo, en el curso de los tres meses anteriores a la declaración de concurso. Es la fecha de la resolución y no la de los incumplimientos la que debe estar en el indicado período de tres meses. La resolución podrá haber sido automática a causa del incumplimiento, si existía una cláusula contractual en este sentido, o podrá haber requerido, en otro caso, una declaración recepticia de la comunicación de la voluntad de resolución del acreedor por incumplimiento del deudor. El objetivo de establecer un plazo tan corto entre la resolución de contrato y la declaración de concurso es el deseo del legislador de motivar la anticipación de la solicitud de declaración de concurso.

Es de observar que el art. 69.1.L.C. “in fine”, establece que “el incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación”. En verdad, esta mención es superflua pues la rehabilitación está concebida para los contratos incumplidos antes de la declaración de concurso y el incumplimiento posterior del contrato rehabilitado, tiene lugar cuando el concursado incumple los pagos posteriores que, supuestamente, iba a tener lugar con cargo a la masa.

La legitimación para solicitar la rehabilitación es la misma que en el caso de rehabilitación de créditos, que ha sido opotunamente comentada en el epígrafe “L”, y la voluntad de rehabilitación de la entidad concursada debe notificarse al acreedor antes de que finalice el plazo para la comunicación de créditos (un mes desde la última publicación del auto de declaración de concurso) y asimismo debe satisfacer o consignar el importe de todos los vencimientos

incumplidos hasta el momento y asumir el pago de los pendientes con cargo a la masa.

La oposición del acreedor a la pretensión de rehabilitación se basará en la inobservancia, por parte del concursado, de los requisitos que le facultan a solicitar la rehabilitación y que se han expuesto aquí. Dicha oposición se resolverá por medio del incidente concursal.

El acreedor, para impedir la rehabilitación debió, antes de la declaración de concurso haber actuado alternativamente de una de las siguientes formas (art. 69.2. L.C.)

a) iniciar el ejercicio de acciones judiciales de resolución y de restitución del bien, si todavía se hallaba en poder del concursado, ya que puede haberlo vendido a un tercero de forma irrevocable. No basta para evitar la rehabilitación la simple manifestación de la voluntad de resolver el contrato.

b) recuperar la posesión material del bien por cauces legítimos, con devolución o consignación de la contraprestación recibida disminida con las indemnizaciones o sanciones por el incumplimiento. Cuando el acreedor haya recuperado la posesión, ya opodrá oponerse a la rehabilitación.

c) disposición del bien a favor de un tercero. Este supuesto no planteará problema si, con carácter previo a tal disposición ya se ha producido la actuación descrita en a) o en b). En caso contrario, por cuanto el artículo habla de actos dispositivos será preciso, no sólo un negocio de transmisión, sino también la entrega o modo que produce la adquisición de la propiedad por el tercero, si bien la entrega podrá ser simbólica según las reglas generales en la materia, ya que el acreedor no ha recuperado el bien pues si así fuera estaríamos en el caso b). Nada dice el artículo sobre si el tercero debe ser de buena fe, o sea si es relevante que el tercero conozca o no, que quien le transmite la propiedad del bien, acaba de recuperarlo por haber resuelto un contrato de transmisión que puede ser rehabilitado. Si el tercero conocía que el bien que se le transmite está sometido a una posibilidad de rehabilitación del contrato de transmisión anterior, su posición no estará protegida y al acreedor no le será aplicable esta causa de oposición a la rehabilitación. En cualquier caso, el conocimiento del tercero de que existía una posibilidad de rehabilitación del contrato anterior, deberá ser probado por el deudor para conseguir que prospere su pretensión de rehabilitaición.

Finalmente, el contrato rehabilitado, en su caso, conserva su vigencia y todos los plazos vencidos ya estarán satisfechos, ya que tal satisfacción es requisito

para la rehablitación y, en principio, los plazos restantes serán atendidos con cargo a la masa. Si el acreedor cree que la masa será suficiente para atenderlos, probablemtne no tendrá interés en oponerse a la rehabilitación.

N) SOBRE LA ENERVACIÓN DEL DESAHUCIO EN ARRENDAMIENTOS URBANOS (art.70 L.C.)

Una vez más, el legislador, al igual que en los anteriores art. 68 y 69 L.C., pretende facilitar la continuidad de la actividad del concursado permitiéndole que enerve la acción de desahucio ejercitada contra él, con anterioridad a la declaración de concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato resuelto Tal enervación puede ejercitarla hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento, para lo que deberá pagar con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta el momento.

La limitación que establece el art. 22.4.II LEC, consistente en que la enervación del desahucio por falta de pago sólo puede tener lugar una sola vez, queda suprimida, es decir, que si durante la pasada vigencia del contrato de arrendamiento hubo un proceso de desahucio que fué enervado, puede ahora nuevamente enervarse en virtud del art. 70 L.C., aunque evidentemente, si en el futuro vuelven a producirse impagados de alquileres, ya no podrá volver a enervarse el desahucio

La enervación es la paralización de la acción de desahucio y el concursado puede llevarla a cabo, en virtud de la L.C. incluso después de la vista, pero antes de la efectiva práctica del lanzamiento. Cuando el arrendatario no está en concurso, sólo puede enervar el desahucio si paga antes de la vista todas las cantidades relacionadas en la demanda, más los alquileres pendientes de pago posteriores a la fecha de la demanda.

En cuanto a las costas, en los casos de enervación sin estar en situación de concurso, la jurisprudencia menor mayoritaria y buena parte de la doctrina consideran que en los casos de enervación debe seguirse el criterio general de imposición de costas al demandado por ser quien, con su impago injustificado, ha causado el pleito. En situación de concurso, según el art.70.I “in fine” L.C., el concursado deberá también pagar las costas para enervar el desahucio.

La rehabilitación se refiere a que habiendo habido resolución por desahucio, el contrato está extinguido y con la rehabilitación adquiere nueva eficacia.

La enervación de desahucio no viene limitada a los arrendamientos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial sino que alcanza a cualesquiera otros arrendamientos, como al de una vivienda arrendada por el

concursado o a un local de negocio no relacionado directamente con su actividad empresarial.

Las acciones de desahucio sobre bienes arrendados al concursado, si fueron planteadas ante el juez de primera instancia antes de la declaración de concurso, tras ésta, son de competencia del juez del concurso en virtud del art. 8.1ª L.C., ya que se trata de acciones civiles con trascendencia patrimonial y el art. 86 ter 1,1º LORC confirma que tales acciones serán acumuladas al concurso.

El texto del artículo que se comenta legitima a la administración concursal para enervar la acción de desahucio. Esto será así cuando las facultades del concursado estén suspendidas pero, si están intervenidas, será el concursado quien actúe, con la aprobación de la administración concursal.

Contrariamente a lo que sucedía con las rehabilitaciones de créditos y de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado, en el caso de enervación de desahucio la L.C. no indica si el pago de los alquileres futuros se efectuará con cargo a la masa o como créditos concursales, pero es evidente que los alquileres que se devenguen en el futuro no son créditos concursales porque no son anteriores al concurso y por tanto deberán atenderse con cargo a la masa.

Ñ) SOBRE LOS ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA ACTIVA

"Declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta."(art 71.1.L.C.)

Dada la profunda reforma de la materia respecto a la situación anterior a la L.C., parece oportuno hacer una referencia a la regulación de la retroacción en la legislación anterior:

Se contenía en el art.878. II del C.co. de 1885 que era tan corto como drástico- Decía así: "Todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se contraigan los efectos de la quiebra son nulos".

En cuanto a la "época a que se contraigan los efectos de la quiebra", venía determinada por el art. 1024 del C.Co. de 1829 que decía así:

"En la primera audiencia declarará el juzgado, el estado de quiebra, fijando en la misma providencia, con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a que deben retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultase haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones."

La referencia a la "calidad de por ahora" indica que la época fijada a que debían retrotraerse los efectos era provisional, ya que si era impugnada antes de que finalizase el examen y reconocimiento de los créditos podía remontarse, por decisión judicial, a fecha más lejana, en base a la fecha en que el quebrado incurrió en el sobreseimiento en el cumplimiento de sus obligaciones o a la fecha en que se presumía que el quebrado había cometido actos contrarios al principio de la "par condicio creditorum", no existiendo, en definitiva límite temporal de ningún tipo, en cuanto a la fecha de retroacción.

Esta regulación colisionaba con el art. 34 de la Ley Hipotecaria que protege al tercero que adquiere confiado en la apariencia del registro e inscribe su derecho.

La trascendencia del art.878.II C.co, que generaba una gran inseguridad jurídica, dio pié a argumentaciones doctrinales a favor de su interpretación no rigorista, propugnando la anulabilidad o nulidad relativa de determinados actos en lugar de su nulidad radical o absoluta. La nulidad relativa quedaba limitada a los actos que tuviesen repercusión real sobre la masa de la quiebra,

mientras que la nulidad absoluta, sería aplicable a aquellos actos que procurasen ventajas a terceros en perjuicio de los demás acreedores.

Determinadas operaciones fueron liberadas del acoso del art. 878.II, como p.e. las hipotecas otorgadas a favor de las entidades crediticias que sólo podían impugnarse en base al citado artículo mediante acciones en las que se demostrase la existencia de fraude. En cualquier caso, la jurisprudencia se caracterizó, en general, por la rigurosidad en la interpretación de la sanción de nulidad del art. 878,II.C.co.

LA REGULACIÓN DE LA REINTEGRACIÓN EN LA L.C.:

"Reintegrar", según una de las acepciones que da el Diccionario de la Real Academia Española a dicho término es: "Reconstituir la mermada integridad de una cosa", lo cual referido al concurso, designa un conjunto de operaciones realizadas por medio de los mecanismos o acciones de reintegración, con el fin de traer a la masa activa del concurso, los bienes que indebidamente salieron de ella, antes de dictarse el auto de declaración formal del concurso pero encontrándose el deudor ya en situación de insolvencia (concurso de hecho) o sea dándose el presupuesto objetivo del concurso.

El espacio de tiempo en que se hayan realizado los actos perjudiciales, que no se precisa que deban ser fraudulentos, sino simplemente perjudiciales para la masa activa[67], se fija en el art. 71 L.C. en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, suprimiéndose, por tanto, la facultad del juez que, con la anterior normativa podía fijar el período de retroacción, sin limitación temporal, según su criterio respecto a cuando el quebrado había incurrido en sobreseimiento de sus obligaciones.[68]

---

[67] Díez Picazo,L *"Fundamentos del Derecho Civil patrimonial"* Vol 2º, 4ª Edición Madrid 1993,pág. 731: "En el Derecho Moderno se produce una cierta objetivización de los medios contra el fraude. La ineficacia frente a los acreedores de los actos del deudor no resulta tanto del designio fraudulento como del carácter objetivamente perjudicial. Ello se consigue a través de la sustitución de la idea de fraude por la de perjuicio.

[68] Alcocer Garau, G.: *"Derecho Concursal"* Editorial Diles, pág. 328/329: "Dicha fecha no era infrecuente que se fijase con varios años de antelación a la fecha de declaración de la quiebra. Además, se entendía que como la nulidad era ipso iure, el comisario podía por ejemplo, ocupar directamente bienes vendidos por el quebrado durante la fase de retroacción sin necesidad de anular judicialmente la compraventa demandando al comprador, y ello pese a que no es difícil concluir que tal modo de actuar vulneraba el art. 24 de la Constitución. Se entendía también que el triunfo de la acción de retroacción de, por ejemplo de una compraventa en la que el quebrado fuese el vendedor implicaba que el comprador debía devolver el bien a la masa, pero, por el contrario y contra lo que establece el principio general de de devolución de prestaciones en sede de nulidad, los órganos de la quiebra no le tenían que devolver el precio, sino que el crédito por el precio pasaba a ser un crédito concursal que además era casi siempre moroso, lo que implicaba muchas veces que el comprador perdiera bien y precio."

La nueva ley establece la presunción patrimonial de perjuicio para la masa activa, sin admitir prueba en contrario, cuando el concursado ha efectuado actos de disposición a título gratuito (art. 71.2 L.C.) y, salvo prueba en contrario, cuando ha efectuado disposiciones a título oneroso con personas especialmente relacionadas con él, o cuando ha constituido garantías reales a favor de obligaciones preexistentes. (art. 71.3 L.C.).

Es de observar que los créditos que resulten de la rescisión concursal de ventas efectuadas a personas especialmente relacionadas con el deudor, no serán créditos concursales subordinados por razón de ser la contraparte persona especialmente relacionada con el deudor, puesto que no son créditos concursales ya que se originan tras la declaración de concurso y son por tanto créditos contra la masa. La subordinación de los créditos concursales de las personas especialmente relacionadas con el deudor, tiene lugar cuando se trata de créditos concursales, pero no cuando se trata de créditos contra la masa.

Ahora bien, si la rescisión concursal se refiere a actos realizados por el deudor en los que hubo mala fe por la contraparte, el crédito de ésta tendrá la calificación de subordinado según el art.92.6º L.C., lo que equivale a decir que el acreedor, con toda probabilidad, no cobrará absolutamente nada. Esta norma trastoca el concepto de rescisión según lo ve el art.1295 C.c. según el que la rescisión "sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido puede devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.

Los actos que hayan causado perjuicio patrimonial deberán ser probados por quien ejercite la acción rescisoria de reintegración. (art. 71.4 L.C.)[69]

La rescisión no alcanza los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizados en condiciones normales, ni los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados (art. 71.5. L.C.).

El perjuicio para la masa activa, que da lugar a la rescisión tuvo que producirse en el momento en que se contrató, no en el momento en que se produce la rescisión, o sea que no podría fundarse la acción rescisoria en que la masa salga beneficiada por la revalorización brusca de la cosa vendida.

[69] Montón Redondo,A y Montón García,M *"El Nuevo Proceso Concursal"* obra citada en la nota de pié de pág. nº46: pag 138: "..la acción de rescisión queda abierta contra cualquier acto dispositivo considerado perjudicial, pero imponiéndose a quien la ejercite la carga de probar sus consecuencias patrimoniales."

En la vida real es lamentablemente frecuente la escrituración de compraventas de inmuebles por valor inferior al real. Si el deudor ha vendido algún inmueble, en el período sospechoso de los dos años anteriores a la declaración del concurso, y ha incurrido en esta extendida y reprobable conducta, resultará que la venta efectuada habrá sido, desde luego, oficialmente perjudicial para los acreedores y la administración concursal promoverá la rescisión de la compraventa.

En tal caso, una vez probado que el precio escriturado es inferior al realmente cobrado aparecerán las siguientes consecuencias:

a) La averiguación por parte de la administración concursal sobre lo que hizo el deudor con el sobreprecio percibido. Probablemente lo habrá ocultado ya que, aún queriendo incorporarlo, en su caso, a la masa activa, no habrá podido hacerlo pues no encontrará justificación para la incorporación del sobreprecio a la masa, como no pretenda alegar que ha cobrado un premio de la lotería, cosa que tendría que demostrar.

Al no haber incorporado el sobreprecio a su patrimonio declarado, ha incurrido en fraude y la reintegración del repetido sobreprecio le será reclamada, afectando todo ello a la calificación del concursado.

b) Pero, si no se demuestra que hubo un sobreprecio no declarado, también para el comprador la escrituración a precio inferior al real será un problema grave ya que, la masa activa le devolverá el importe escriturado.

c) Si el comprador dispone de un documento privado de compraventa anterior a la fecha de su escrituración, en el que aparezca el precio real y el comprador se plantea la posibilidad de aportarlo como prueba en el momento de la vista del incidente concursal, cuando se solicite la rescisión de la compraventa, para que la rescisión se haga por el importe total de la compraventa, las consecuencias serán, si así lo hace, la puesta de manifiesto del fraude, con su repercusión para la calificación del concursado y la reclamación a éste, por la administración concursal, del sobreprecio ocultado.

Según el art. 84.8 L.C., el crédito del comprador que ha visto su compra rescindida, será contra la masa, con pago simultáneo a la reintegración, si la compraventa se hizo de buena fe o crédito subordinado, si la compraventa se hizo de mala fe.(art. 92.6º L.C.). Como se ha indicado más arriba, esta calificación como crédito subordinado del precio a devolver al que fue comprador, significa que, con toda probabilidad, no cobre nada y además, esta forma de rescindir no es acorde con el contenido del art. 1295 C.c.

Aunque el artículo no lo aclare, parece que la buena o la mala fe, consiste en que la compraventa se hizo SIN conocimiento de que se perjudicaba a los acreedores o CON tal conocimiento.

Es cierto que la compraventa se escrituró a bajo precio con ánimo defraudatorio fiscal y que no hubo un consciente "consilium fraudis" para perjudicar a los acreedores pero, la consecuencia de la baja escrituración es que el deudor no ingresó el sobreprecio de la compraventa en su patrimonio declarado, lo cual, sí que ha perjudicado a los acreedores.

En estas circunstancias, no sería de extrañar que la administración concursal, con el visto bueno del juez, considerase que hubo mala fe en la compraventa y que, por tanto, el crédito nacido a favor del que fue comprador fuese calificado de subordinado.

En resumen, el crédito del comprador, tras la aportación por éste, a la vista, del documento privado de compraventa como prueba, para que el crédito sea ahora admitido por el precio total, no sería ya un crédito contra la masa (art. 84.8 L.C.) sino un crédito subordinado (art. 92.6ª L.C.), lo que probablemente significará que el comprador cuya compra se ha rescindido, no cobre absolutamente nada, por lo que el comprador, bien aconsejado, no aportará el documento privado de compraventa, que además daría lugar a una liquidación complementaria del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o de IVA, según proceda, correspondiente al sobreprecio, con los recargos y sanciones que correspondan.

Veamos ahora la rescisión de la compraventa de un inmueble que se escrituró a su precio real, efectuada en el período considerado sospechoso de los dos años anteriores a la declaración del concurso, que tiene como contrapartida inmediata, según estamos viendo, la generación de un crédito contra la masa, pero cabe la posibilidad de que la masa no disponga de medios de pago para pagar el crédito del comprador cuya compraventa se pretende rescindir.

Veamos al respecto el art. 1295 del C.c.:

"La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses, en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido, pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado".

En el caso contemplado, por tanto, la rescisión no es posible al no haber medios para devolver el importe de la compraventa.

Hay un sector doctrinal y también jurisprudencia que considera que la rescisión de los contratos obliga a las partes a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato, con sus frutos y del precio con sus intereses (art. 1295.1.C.c.), pero que en situación concursal, quien rescinde no es la parte concursada, sino la administración concursal en representación de los acreedores. Ni la administración concursal, ni los acreedores recibieron nada de la otra parte en el contrato por lo que dicha contraparte, tras haber restituido, sólo podrá ejercitar su derecho frente al concursado como crédito contra la masa, es decir, como crédito postconcursal ya que su aparición como acreedor es posterior a la declaración de concurso.

La L.C. establece, en el ”art. 154.3.L.C. :“…En caso de resultar insuficientes (los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial), lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos”.

Pero aquí no cabe que al comprador cuyo contrato de compra se le quiere rescindir, se le devuelva menos de lo que le corresponde porque ello iría contra la imposición que resulta del art. 1295 del C.c. antes transcrito, de que si no se puede devolver el precio con sus intereses, no hay rescisión.[70]

O sea que, en los concursos en los que la masa activa sea exigua, y para los que sería posiblemente providencial la rescisión de una compraventa inmobiliaria, no será posible la rescisión al amparo del art. 84.8 L.C.

Sin embargo, al tratar de las causas de conclusión del concurso, el art. 176.4. L.C. dice así:

[70] Alcover Garau, G.. *“Derecho Concursal”* Editorial Dilex, “Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal” pág 347: “Además dichos créditos contra la masa (se refiere a los resultantes de la acción de reintegración de bienes), habrán de satisfacerse por parte de la administración concursal simultáneamente a la reintegración por parte de la contraparte de los bienes y derechos que salieron del patrimonio del deudor. Dicho de otra forma, la obligación de restitución es una obligación recíproca y de cumplimiento simultáneo, de forma que si a la administración concursal no le es posible devolver la contraprestación a la otra parte, no podrá integrarse en la masa activa la que fuera prestación del deudor en el negocio ineficaz.”

Mismo autor, misma obra, pág 351: “Por último, tampoco se regula expresamente lo que sucede en el supuesto de que quien no pueda devolver la prestación por cualquier razón no sea la contraparte del deudor, sino la masa activa. Pero en tal supuesto se ha expuesto ya que, al ser la obligación de restitución una obligación recíproca y de cumplimiento simultáneo, no podrá integrarse en la masa activa la que fuera prestación del deudor en el negocio ineficaz.”

”art. 176.4. El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas…”

Si el referido informe de la administración concursal aboga por la conclusión del concurso por inexistencia de bienes ¿cómo deberá hacer referencia, en virtud del artículo en cuestión, a que además debe afirmar y razonar que no existen acciones viables de reintegración a la masa activa? Si las hubiere, no podrían ejercitarse por cuanto al no haber bienes, no hay masa activa y no se podría proceder a la devolución del precio de la venta que se desea rescindir, y que según el art.73.3.L.C. “habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido”. Debe entenderse en tal caso que la reintegración no es viable por falta de medios y no porque no proceda.

El repetido art. 73.3 L.C., transcrito en parte, sigue diciendo: “salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado”, pero en el caso que consideramos en el que no hay masa activa aunque sí acreedores contra la masa y también acreedores concursales ordinarios, calificar el crédito como concursal subordinado equivale a decir que la rescisión, más que tal cosa, parece una expoliación.

Observemos que el art. 73.3 L.C. referido a los actos perjudiciales contra la masa, no fraudulentos, trata la rescisión en consonancia con lo que establece el art. 1295 del C.c. para la misma: ”la rescisión obliga a la devolución del precio con sus intereses” Si los actos perjudiciales eran fraudulentos más que merecer la calificación de créditos subordinados, debería considerarse que quien actuó de mala fe “deberá indemnizar a éstos (los acreedores que sufren el fraude) de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiere ocasionado” (art. 1298 C.c.)

Es de observar que según el art. 72.1 L.C., la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias corresponderá a la administración concursal. Por otra parte, el art. 133.2.II L.C. establece que desde la eficacia de la aprobación del convenio cesarán en sus cargos los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a dicha administración concursal para su ejercicio tras la aprobación del convenio. Pues bien, ante la posibilidad de que tras la aprobación del convenio pueda ponerse de manifiesto la existencia de algún acto perjudicial para la masa, efectuado por el deudor en los últimos dos años

desde la declaración del concurso, parecería conveniente que el convenio mantuviera a la administración concursal activa, tras la aprobación del convenio, a los solos efectos de que pueda ejercitar la acción de rescisión de un eventual acto perjudicial para la masa que pudiera aparecer.

La posibilidad de la tardía aparición de la viabilidad de una acción rescisoria de reintegración es motivo de consideración por la L.C. cuando en su art. 176.4.L.C establece que el informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración a la masa activa, ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas. Por tanto, si la Ley quiere asegurar que no se dé por concluido un concurso sin tener la certeza de que no hay acción alguna de rescisión posible, igualmente cabe que, tras la aprobación del convenio pueda aparecer tal posibilidad para lo que será conveniente tener en activo a la administración concursal.[71]

La rescisión puede entrañar otros problemas como p.e. si el comprador adquirió una nave industrial vacía y ha instalado en ella una industria con instalaciones importantes, maquinaria costosa y en la que trabajan muchos obreros, se opondrá a la demanda de rescisión alegando los daños y perjuicios que su aprobación le ocasionaría y cuya satisfacción por la masa activa del concurso, desvanecería el interés del concurso por la rescisión.

En cuanto al establecimiento de un período fijo de dos años para ejercitar la acción rescisoria de integración, cabe comentar que resuelve la incertidumbre que motivaba la inexistencia de plazo fijo que caracterizaba la anterior retroacción de la quiebra.

Sin embargo la situación actual de rigidez en el plazo establecido de los dos años contrasta con la flexibilidad que la L.C. ha querido establecer al dejar numerosas cuestiones al arbitrio judicial. Si el fin de la reintegración es hacer

[71] Alcocer Garau, G. *"Derecho Concursal"* Editorial Dilex,S.L. "Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal" pág. 343 A la vista de la norma del art.133.2 L.C. relativo al cese de los administradores desde la eficacia del convenio, en principio debe entenderse que desde la eficacia del convenio, que produce el cese de los administradores concursales no pueden ya interponerse acciones de reintegración--que solo podrán de nuevo interponerse si, tal como dispone el art. 143.1.4º y 5º, procede de oficio la apertura de la fase de liquidación, por haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio o su incumplimiento- No obstante, al establecer dicha norma que a los administradores concursales cesados se les puede encomendar en el convenio determinadas funciones hasta su cumplimiento sin especificar cuáles sean éstas, se plantea la duda de si en el convenio se puede establecer que los administradores concursales ejercitarán, eficaz éste, determinadas acciones de reintegración. Aunque la respuesta es dudosa, parece que hay que inclinarse por la respuesta afirmativa al no establecerse limitación alguna en este artículo en relación a las funciones a encomendar a los hasta entonces administradores concursales."

coincidir las fechas de la quiebra de hecho y de la de derecho, no es coherente fijar un plazo fijo porque la situación fáctica será variable. Si el acto perjudicial para los acreedores fue realizado fuera del plazo previsto por la ley para la acción rescisoria de reintegración, los acreedores podrán acudir a la acción revocatoria común.

La exigüidad del plazo para instar las rescisiones reintegradoras dará lugar a que los acreedores se sientan dispuestos a acudir a la vía penal, en la que los plazos de prescripción son más largos.

La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias corresponde a la administración concursal y subsidiariamente a los acreedores que deberán instar la rescisión por escrito a la administración concursal y si ésta, a los dos meses de recibir la insinuación de los acreedores, no ha actuado, éstos estarán legitimados para ejercerla, aplicándose en cuanto a gastos y costas lo revisto en el art. 54.4 L.C.

Siendo la administración concursal un órgano colegiado, la decisión de ejercer acciones rescisorias se tomará por mayoría de sus miembros que constará en el acta contemplada en el art. 35.4. L:C., ya que dichas acciones no pueden considerarse de tramitación ordinaria y el control judicial es “a posteriori”.

Un caso especial se plantea si el miembro de la administración concursal nombrado por los acreedores, puede como acreedor, legitimado subsidiario, instar la rescisión de un acto del deudor que tuvo lugar en el repetido período de los dos años anteriores da la declaración del concurso. No hay norma expresa que lo prohíba pero no parece razonable que dicho acreedor, miembro de la administración concursal pueda en solitario hacer lo mismo que la administración concursal tiene que acordar por mayoría.

En cuanto a la legitimación pasiva:

“Art 72.2. L.C. Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.”

Si el concursado tiene suspendidas las facultades de administración, corresponderá a la administración concursal su representación (art. 54.1.

L.C.), pero esta administración concursal es precisamente la que demanda la rescisión del acto perjudicial por lo que no podrá actuar como demandante y a la vez como demandado.

La solución puede estar en el art. 51.2.II L.C., que dice así:

"No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de su propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez."

Si el deudor tiene sus facultades intervenidas, según el art. 51.3 conserva la capacidad para actuar en juicio pero "necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse total o parcialmente y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio". Esto no parece que sea un problema porque lo que el deudor no querrá es allanarse sino oponerse.

El interés del deudor por que la sentencia deniegue la rescisión pretendida por no apreciar que el acto en cuestión fué perjudicial para el concurso, se debe a que, en caso contrario, es decir en el caso de que el acto sea considerado perjudicial, éste puede constituir un indicio de su culpabilidad en la fase de calificación del concurso.

Pero normalmente quien estará realmente interesado en evitar la rescisión, será la parte que contrató con el deudor y que es demandada junto con éste, y dicha parte no tendrá limitación en su capacidad para actuar en el incidente concursal.

O) SOBRE LOS BIENES CONYUGALES, EN CASO DE CONCURSO DE PERSONA CASADA (art.77 L.C.)

En el art. 76 L.C.se establece el principio de universalidad, según el que la masa activa del concurso está constituida por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, salvo los bienes y derechos que sean legalmente inembargables. Por ello en el art. 77 L.C. se contempla la situación de los bienes conyugales de la persona física concursada que esté casada.

Es obvio que al conformar la masa activa del patrimonio concursal de la persona casada concursada se han de incluir, dentro de ella, los bienes y derechos que sean propios o privativos del concursado, según confirma el art. 77.1.L.C. Se entiende que son bienes y derechos propios o privativos del concursado, aquellos cuya titularidad corresponde en exclusiva al concursado por no estar incluidos en la sociedad de gananciales o de bienes propios por pertenecer a una persona casada en régimen de separación de bienes.

Cuando el matrimonio esté en régimen de gananciales, los bienes privativos son los que resultan de la aplicación del art. 1346 C.c., si bien los cónyuges, de común acuerdo, habrán podido atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazo en que se satisfaga (art. 1355C.c.), si bien se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (art. 1361 C.c.). Los administradores concursales, como es lógico, intentarán probar el carácter privativo de un bien atribuyéndolo al concursado, para que dicho bien se incluya plenamente en la masa activa del concurso.

En caso de concurso voluntario, al solicitar la declaración de concurso, el deudor queda obligado a inventariar sus bienes y derechos, con expresión de su naturaleza (privativa o ganancial), en virtud del art 6.2.3º L.C. y, en caso de concurso necesario, el deudor será requerido en el auto de declaración de concurso para que aporte los mismos documentos especificados en el art. 6 L.C., o sea, entre otros, el inventario de sus bienes y derechos.

El inventario en cuestión deberá contener tanto los bienes privativos como los gananciales, aunque en cuanto a estos últimos, se hará constar tal condición, para que pueda separarse la mitad correspondiente al cónyuge no deudor (art.

21.1.7º y art 82.1, in fine, L.C.). A tal fin el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso (art. 77.2.L.C.).

En el siguiente art. 78 L.C. se contempla el concurso de persona casada, en régimen de separación de bienes y se presume en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que el cónyuge concursado donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso, cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

Esta presunción de donación tiene su origen en la presunción muciana aplicada a la situación concursal y supone la introducción de novedades respecto a la regulación contenida en el art. 1442 C.c. que aunque no ha sido derogado explícitamente, lo ha sido de forma tácita.

Los orígenes de la presunción muciana aparecen en un texto de Pomponio sobre Quintus Mucius, recogido en el Digesto y era una presunción de propiedad a favor del marido. Cuando la mujer adquiría un bien, se presumía que dicho bien le había sido donado por su marido y, dada la prohibición de donación entre cónyuges, vigente en el Derecho romano clásico, resultaba que la adquisición de la mujer era nula y el bien se consideraba del marido. Tal presunción resultaba de la situación de subordinación jurídica de la mujer al marido y de que la mujer no desarrollaba trabajo remunerado fuera del hogar. La mujer no podía adquirir bienes por sí misma por lo que todo enriquecimiento había que entender que procedía del marido, de lo contrario la adquisición hubiese sido inmoral (adquisición por hurto o robo o adquirida de un amante), evitádose así “investigaciones indiscretas”.

No había en la antigua presunción muciana, intención alguna de protección de los créditos de los acreedores del marido.

El desarrollo de la presunción muciana romana a la moderna presunción muciana concursal se inicia con la aparición de leyes mercantiles y se aplica la presunción a ambos cónyuges. El Derecho francés fué el precursor de la versión moderna de la presunción muciana que quiere evitar un abuso muy frecuente: “el escándalo de mujeres casadas sin fortuna y sin dote que a la

sombra de pretendidas adquisiciones están actualmente en posesión de toda la fortuna de un marido que debe muchos millones a sus acreedores"[72]

La presunción de que se trata es la de que ha habido un fraude: "El comerciante en dificultades puede estar tentado para adquirir bienes a nombre de su cónyuge para sustraerlos de la persecución de los acreedores".[73]

Se trata de la presunción de que el cónyuge del comerciante ha actuado de testaferro de éste. Si no se prueba lo contrario, la presunción muciana no reconoce al cónyuge del comerciante la propiedad de nada que no tenga carácter parafernal, pues lo que adquiera, quien en realidad lo ha adquirido es el comerciante.

Ahora, la presunción muciana no trata de proteger la honorabilidad de la mujer sino que trata de proteger a los acreedores en caso de insolvencia declarada de uno de los cónyuges, abstracción hecha de cuál sea su régimen económico matrimonial.

El Derecho italiano recoge la presunción muciana en el art. 70 de la Ley italiana de quiebras de 1942 y considera que la adquisición con fondos del quebrado es propiedad de éste, por lo que los acreedores no tienen que ejercitar ninguna acción pauliana reclamando al cónyuge el importe de la aquisición, sino que ésta queda directamente afecta a la masa activa del concurso.

En España, el Derecho catalán fue precursor de la moderna presunción muciana concursal que luego se recogió en el art.1442 C.c. y posteriormente por medio de la L.C. de 2003 al Derecho concursal actual que se contiene en el art.78 L.C. y que tácitamente deroga el art. 1442 C.c.

La diferencia sustancial entre el art. 1442 C.c. y el art. 78 L.C. es que, en el primero lo que se presume donado por el concursado a su cónyuge es la mitad del bien, adquirido por éste, a título oneroso. Por el contrario, la L.C. presume que la presunta donación es la contraprestación empleada por el cónyuge del concursado en su adquisición si esta contraprestación procede del patrimonio del concursado y, de no poderse probar la procedencia de la contraprestación, se presume que la mitad fué donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición se haya efectuado en el año anterior a la declaración de concurso.

[72] Locré. *"Esprit du code de comerce"*, tomo VII Paris 1712, pag 112

[73] Chevalier, Dumas: *"Le fraude dans les régimes matrimoniaux"* pag 67

La presunción muciana concursal, en los matrimonios en régimen de separación de bienes, no es una medida genérica de protección de los acreedores sino que sólo se aplica en situación de concurso que ha de ser declarado por el juez. Por muy evidente que sea la insolvencia de un deudor, la presunción muciana exige la previa declaración judicial de concurso, por lo que no podrá ser alegada por un acreedor en un proceso de ejecución individual.

La presunción muciana concursal, para ser aplicable, requiere que el cónyuge del concursado haya adquirido bienes a título oneroso. Si la adquisición del cónyuge del concursado es por donación del concursado, la donación podrá impugnarse en virtud del art. 71 L.C., dedicado a las acciones de reintegración, pero no en virtud del art. 78.1.L.C., ya que la presunción muciana no entra en juego.

Para la aplicación del art. 78.1. L.C. es necesario que sea precisamente el cónyuge del concursado quien haya adquirido los bienes que se pretende atraer a la masa activa del concurso. Si esta circunstancia no puede probarse, no podrá aplicarse la presunción muciana, sino que habrá que acudir al art. 1441 C.c. que dice que: "cuando no sea posible acreditar a cuál de los dos cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad".

Aunque el art. 78.2. L.C. no haga referencia a la clase de bienes a los que puede alcanzar la presunción muciana, por vía interpretativa cabe considerar que la norma no se aplicará si los bienes adquiridos por el cónyuge del concursado corresponden al concepto de carga matrimonial.

Por cuanto el art. 78.1.L.C. se refiere a adquisiciones con contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado, dicho artículo no se aplicará a los contratos de compra con precio aplazado cuando éste no se haya desembolsado en su totalidad. Si ha existido un abono parcial, la presunción sólo podrá aplicarse a dicho abono parcial.[74]

Jurídicamente no es necesaria la coincidencia temporal de la adquisición de un bien, con su pago. La redacción del art. 78.1.L.C. sienta la presunción de donación en que la contraprestación haya sido satisfecha por el cónyuge del concursado en el año anterior a la fecha de concurso, pero si compró a crédito y no efectuó pago alguno, la situación no se encuadra en el repetido artículo.

[74] Alvarez Olalla "*Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*", Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona) 1996 pag 360.

Si han sido los dos cónyuges quienes en el año anterior a la declaración de concurso han adquirido un determinado bien, dicho bien les pertenecerá a ambos por mitad (salvo pacto en contrario), en virtud del art. 393 C.c. La mitad que corresponde al cónyuge concursado quedará incorporada a la masa activa del concurso y, en cuanto a la otra mitad cabrá la presunción de donación salvo prueba en contrario al amparo del art. 78.1. L.C.

En caso de adquisición entre cónyuges, la presunción muciana del art. 78.1 L.C., pierde interés, dado que, el art. 71.3.1º L.C. permite la impugnación de los negocios dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, y, según el art. 93.1.1ºL.C., el cónyuge del concursado es persona especialmente relacionada con él.

Las presunciones mucianas del art. 78.1.L.C. no se aplican si los cónyuges se encuentran separados judicialmente o de hecho. Tal excepción es coherente con el fundamento de la presunción que trata de evitar que el concursado sustraiga bienes de su patrimonio para transferirlos al cónyuge, lo que no es presumible que ocurra en caso de crisis matrimonial. Claro está que cabe el fraude de acudir a una separación judicial matrimonial, precisamente para evitar la aplicación de la presunción muciana.

El mismo riesgo de desplazamiento de patrimonio puede existir en caso de uniones no matrimoniales, pero éstas no entran en el ámbito del art. 78 L.C., por lo que se les aplica la presunción muciana.

La presunción muciana no da lugar a la reintegración automática de los bienes del cónyuge afectos, por la presunción de que fueron adquiridos por éste con donaciones del cónyuge concursado, pero da pié a las acciones de reintegración contempladas en el art´71. L.C. que darán lugar a tal reintegración.

Es de observar que, mientras el art. 1442 C.c. lo que presume donado por el cónyuge concursado, es el bien adquirido por su cónyuge, frente a la presunción muciana del art. 78.1.L.C., en la que es la contraprestación empleada en la adquisición por el cónyuge concursado lo que se presume donado. La solución de la L.C. es coherente con la consideración de que quien hace la aquisición se convierte en dueño, con independencia de la procedencia de los fondos empleados.

La acción que deberá ejercitar la administración concursal, es la acción de rescisión del art. 71.L.C. No cabe ejercitar la acción de nulidad pues la

donación es válida por cumplir los requisitos de los art. 618 y stes. del C.c. y por no estar prohibida la donación entre cónyuges.

El efecto de la presunción muciana y de la consecuente acción rescisoria es que el cónyuge del concursado se convierte en deudor de la masa, ya que la sentencia que estime la acción rescisoria declarará la ineficacia del acto de donación impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel con sus frutos e intereses (art. 73.1.L.C.). De no producirse la devolución por parte del cónyuge del concursado, la administración concursal podrá señalar para embargo, bienes de dicho cónyuge, incluso el adquirido con la donación del concursado, con el fin de la ejecución del derecho de crédito.

Para ejercitar la acción rescisoria está legitimada la administración judicial y si habiendo sido requerida en este sentido por algún acreedor, no actúa en el sentido solicitado en el plazo de dos meses, el acreedor podrá ejercitarla (art. 72.1.L.C.).

Por cuanto lo que se rescinde es la donación presunta y no la adquisición onerosa realizada por el cónyuge del concursado, la legitimación pasiva corresponderá al concursado y a su cónyuge (litisconsorcio pasivo necesario), por ser las partes del acto impugnado de donación (art. 72.2.L.C.) y el cauce procedimental es el del incidente concursal (art. 72.3.L.C.)

Los acreedores no siguen la suerte de la inversión efectuada por el cónyuge del concursado ya que no es aplicable el principio de subrogación real en la presunción muciana concursal, lo cual, en algunos casos perjudicará a los acreedores, cuando la inversión se haya revalorizado, o les beneficiará si la inversión ha sufrido una devaluación.

La defensa del cónyuge del concursado, ante la demanda de reintegración del importe de la presunta donación a la masa del concurso, consistirá en la contraprueba del hecho base o en la aportación de la prueba en contrario de las presunciones “iuris tantum” del art 78 L.C.

El objetivo de la contraprueba es demostrar que no concurren los hechos que configuran la afirmación base como, p.e. que la adquisición no fue onerosa sino a título gratuito de un tercero.

La aportación de prueba en contrario ha de demostrar que el hecho presunto no coincide con la realidad, es decir, p.e. que los fondos entregados por el concursado según ha demostrado la administración concursal, no le fueron

donados al cónyuge, sino que le fueron entregados por el concursado a su cónyuge en pago de una deuda existente del concursado con su cónyuge. La prueba en contrario de una presunción consistirá en demostrar que lo que se presume por estimarse probable, no se corresponde con la realidad. Tal sería el caso si el cónyuge del concursado consigue demostrar que los fondos empleados en la adquisición eran propios.

Puede suceder que, aunque los cónyuges estén casados en régimen de separación de bienes, tengan cuentas bancarias en común. En este caso, en virtud del art. 1441 C.c., el saldo de la cuenta corresponde por mitad a cada cónyuge por lo que, si la adquisición se ha efectuado por pago con cargo a la cuenta común, se podrá reintegrar a la masa del concurso, la mitad de la cantidad empleada en la adquisición, sin necesaidad de acudir a la segunda presunción del art. 78.1. L.C., pero podrá aplicarse dicha segunda presunción a la mitad de la mitad de la parte que en virtud del art. 1441 se ha considerado propia del cónyuge del concursado. No sería procedente la confesión del cónyuge del concursado, realizada al amparo del art. 1324 C.c., de que la segunda mitad del importe del pago realiizado era suya, por cuanto este artículo no es aplicable si con él se perjudica a los acreedores

La regulación de la presunción muciana contenida en la L.C., así como en el tácitamente derogado art. 1442 C.c., es de dudosa constitucionalidad por discriminar los derechos de las personas que han contraido matrimonio respecto a las parejas no casadas, ya que a éstas la presunción muciana no es aplicable aunque exista igualmente riesgo de trasvase de pàtrimonios entre los miembros de la pareja. Esta discriminación en contra del matrimonio vulnera el art. 14 C.E. (“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) y además el legislador debiera favorecer por imperativo constitucional el matrimonio y la familia, no debiendo adoptar medidas legislativas que perjudiquen tales instituciones.

Además, las mismas razones que justifican la inaplicación de la presunción muciana de fraude a los acreedores por trasvase de patrimonio al cónyuge del concursado, en caso de separación de hecho del matrimonio, justificarían que la presunción muciana fuera aplicable a las parejas estables, en las que el riesgo de trasvase de patrimonio a la pareja es igual que en caso de matrimonio, aunque su convivencia no se haya institucionalizado como matrimonio.

En cuanto a la vivienda familiar, en caso de concurso de uno de los cónyuges, tiene el tratamiento que establece el art. 78.4.L.C. que dice que, ”cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquélla se incluya con prefeencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso.”

La práctica parece demostrar que el cónyuge del concursado no suele disponer de medios para el “abono del exceso” y, en consecuencia, los cónyuges tienen que vender su vivienda. Esta imposibilidad persisitiría aunque la vivienda se valorase al precio de adquisición inicial, más los incrementos del IPC, o sea a un precio inferior al de mercado.

La protección de la vivienda familiar, cuando uno de los cónyuges es declarado en concurso, es muy inferior a la que tiene en otros países de nuestro entorno, que la protegen de la rapiña de los acreedores. El patrimonio familiar inembargable no debe, sin embargo, en ningún caso, exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios.[75]

Por su interés, se expone a continuación, de forma muy resumida, la posibilidad de introducir en España el concepto de patrimonio familiar inembargable que existe en otros países, a modo de previsión de *lege ferenda*, siguiendo la insinuación del Profesor Fernández Domingo (profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid) en su artículo publicado en el Anuario de Derecho Concursal.

La posibilidad de introducir un nuevo concepto de patrimonio inembargable tiene encaje en la LEC, donde se determina, en su artículo 605 que “no serán en absoluto embargables: 4º lo bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal”, lo que refleja que la LEC es consciente de la posibilidad de que una nueva figura, como sería la de ampliación del patrimonio inembargable, pueda entrar a formar parte del ordenamiento jurídico. Se trataría de aportar soluciones prácticas de interés, especialmente necesarias cuando la nueva L.C. amenaza a los pequeños patrimonios.

Es un hecho, apoyado por la Estadística, que el régimen económico del matrimonio, como sociedad de gananciales, tiene tendencia a ceder a favor

[75] Fernández Domingo,J.I., *“Una propuesta sobre el “patrimonio familiar inembargable”* Anuario de Derecho Concursal, Tomo 6, pag 207-247 . Editorial Aranzadi, Cicur Menor (Navarra) 2005

del régimen de separación, que parece presentar mayores atractivos en caso de concurso de uno de los cónyuges.

La redacción del art. 78.4. L.C. parece ignorar que la vivienda habitual del matrimonio debería estar beneficiada con un régimen de especial protección, en la medida en que satisface una necesidad básica de la familia pero no existe en nuestro ordenamiento ningún precepto que establezca la inembargabilidad de la vivienda familiar, en cotraste con los ordenamientos de Hispanoamérica que, teniendo origen español, la han protegido.

En la actual L.C., la masa pasiva del concurso puede absorber la vivienda de una familia española y, en la realidad social de España, el patrimonio familiar por antonomasia está constituido por la vivienda habitual. Parecería por tanto oportuno intentar promover un cambio legislativo, en el sentido de recuperar la vieja tradicicón española que germinó en Hispanoamérica, consistente en que el patrimonio familiar quede protegido.

El sentido de la propiedad de los españoles ha dado lugar a que, por todos los medios a su alcance, los españoles traten de adquirir la propiedad de su vivienda habitual.

La adquisición de esta vivienda familiar absorbe normalmente toda la capacidad de ahorro de muchos años, por lo que parece lógico se intente proteger este patrimonio logrado con tanto empeño. No es comprensible que una ulterior mala gestión o mala fortuna de uno de los cónyuges, dé lugar a que la familia deba desprenderse de su vivienda habitual, si el cónyuge no concursado no puede hacerse cargo del pago del exceso del precio de la vivienda sobre el haber que le corresponde en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Podría mantenerse, sin embargo, la inclusión del patrimonio familiar de la vivienda como garantía para responder de los créditos obtenidos para su adquisición, pero no para responder del pasivo concursal.

La constitución del patrimonio familiar protegido podrían efectuarla los cónyuges o convivientes y los beneficiarios serían ellos mismos y sus hijos hasta su mayoría de edad, prolongándose la protección si éstos fueran personas con discapacidad. Dicha constitución podría hacerse por escritura pública que se inscribiría en el Registro de la Propiedad, o bien, en supuestos de crisis matrimonial o de pareja, por intervención judicial para proteger los derechos de los hijos.

El objeto del patrimonio familiar debería recaer sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana o rústica en su caso.

Habría que establecer un valor máximo eludible de las exigencias de los acreedores que correspondería al valor total de la vivienda, y el resto del patrimonio estaría sujeto a la responsabilidad frente a terceros.

La extinción del patrimonio familiar protegido tendría lugar con el final del matrimonio o de la convivencia, salvo cuando deba continuarse por un supérstite o divorciado y los hijos menores, o por el sólo acuerdo de los constituyentes, si no existieran beneficiarios.

La destrucción objetiva de la vivienda no debiera dar lugar a la extinción de la protección del patrimonio familiar siempre que se reconstruyera, quedando el precio del seguro sujeto a la reconstrucción o adquisición de una vivienda sustitutiva que mantendría el carácter de inembargable.

La administración del patrimonio familiar inembargable la ejercerían los cónyuges o constituyentes. La disposición o enajenación del patrimonio requeriría el previo consentimiento judicial en consideración a las especiales circunstancias del caso.

La propiedad de una segunda vivienda de vacaciones no merecería, por supuesto, la protección que debería merecer la vivienda familiar habitual.

En tanto no tenga lugar el reconocimiento del patrimonio familiar inembargable por parte del ordenamiento jurídico español, la solución que tienen los cónyuges que quieran desarrollar una actividad comercial que puede desembocar en su declaración de concurso, sería evidentemente desarrollar dicha actividad a través de una sociedad limitada o anónima, en cuyo activo no se hubiese incorporado la vivienda familiar.

P) SOBRE EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

La sociedad unipersonal es actualmente una sociedad de capital en la que los aspectos patrimoniales e institucionales prevalecen sobre el carácter contractual y asociativo que caracterizaron a las sociedades en la época codificadora.

Tanto la sociedad anónima como la limitada, en las respectivas leyes que las regulan, contemplan y reconocen la sociedad unipersonal como una situación ordinaria, eventual o definitiva. Concretamente el artículo 311 de la LSA establece que será de aplicación a la sociedad anónima unipersonal lo dispuesto en el Capítulo XI de la LSRL (art. 125 á 129) para las sociedades limitadas unipersonales, por lo que la regulación es común para los dos tipos de sociedades, en lo que se refiere a las sociedades unipersonales, en cuanto a su creación y funcionamiento y en cuanto a la situación del socio único frente a los acreedore sociales.

El órgano de administración o de liquidación de las sociedades anónimas o limitadas está legitimado para decidir sobre la solicitud de declaración de concurso de la sociedad (art. 3.1.L.C.). En caso de sociedades unipersonales, si el único socio es a su vez administrador único de la sociedad, estará igualmente legitimado para solicitar la declaración de concurso de la sociedad unipersonal. Así lo establece la LEC en su art. 7.4. al decir que, por las personas jurídicas comparecerán en juicio quienes legalmente las representen. Sobre dicho administrador recaerá la responsabilidad ligada al incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5. L.C.) o al abuso de tal facultad al simular una situación de insolvencia.

Por cuanto el art. 262.2. “in fine”de la LSA y el art. 105.1. “in fine” de la LSRL establecen que cualquier socio puede requerir a los administradores de la sociedad para que convoquen junta general si existe causa legítima para la disolución, tratándose de una sociedad unipersonal, el único socio está legitmado para instar al administrador, si no es él mismo, a que solicite la declaración de concurso.

Asimismo el socio único que sea acreedor de la sociedad unipersonal puede instar, como acreedor, la declaración de concurso de la sociedad unipersonal, si bien, por ser persona especialmente relacionada con la sociedad unipersonal y por tener más de un cinco por ciento de las acciones o participaciones de la

sociedad (art.93.2.1º L.C.) su crédito será calificado como subordinado. La posibilidad de que el socio único inste la declaración de concurso raramente se producirá ya que él conoce mejor que nadie la situación en que se encuentra la sociedad unipersonal por lo que ante una situación de insolvencia inminente procurará cobrar lo que acredite antes que solicitar la declaración de concurso en la que seria titular de un crédito subordinado.

El art. 128 LSRL permite al socio único celebrar contratos con la sociedad pero tales contratos deberán:

a) constar por escrito, o en la forma documental que exija la Ley de acuerdo con su naturaleza,

b) transcribirse a un libro registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades.

c) aparecer con referencia expresa e individualizada, con indicación de su naturaleza y condicones, en la memoria anual.

Además y previamente habrá de haberse inscrito en el Registro Mercantil el carácter de la sociedad como unipersonal.

Es de destacar la trascendencia del art. 129 LSRL que establece los efectos de la falta de inscripción en el Registro Mercantil de la unipersonalidad sobrevenida por adquisición de un socio de la totalidad de las acciones o participaciones, al decir que “transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas contraidas durante el período de unipersonalidad.” Esta sanción es la única a la que da lugar el incumplimiento del régimen de publicidad de la unipersonalidad (Res DGRN de 14.1.03).

La declaración de haberse producido una situación de unipersonalidad sobrevenida ha de constar en escritura pública (Ress DGRN 29.4.98 y 13.10 05) (art. 174 RRM y 203 RRM)

Si no se han cumplido los requisitos de publicidad y forma previstos en el art. 28.2.LSRL pueden impugnarse por la administración concursal, todas las posibles actuaciones entre el socio único y la sociedad unipersonal, sean negocios jurídicos unilaterales o bien sean relaciones bilaterales. La medida se aplica con independencia del perjuicio que dichos actos causen a los

acreedores, aunque se ejercite sólo cuando se genere con ellos un perjuicio a la masa.

El plazo para el ejercicio de la acción rescisoria será el del art. 943 C.Co, es decir, cuatro años (art. 1299C.c.). El cómputo del plazo comienza en la fecha de declaración de concurso que es a partir de la que puede ejercitarse la acción.

En cuanto a los efectos de la rescisión, son los establecidos en los art. 1295 á 1299 C.c. adaptados al concurso: ineficacia de los actos patrimoniales realizados por el concursado y devolución a la masa activa de todos aquellos bienes que, por razón de los actos devenidos ineficaces, salieron de la masa activa, con devolución del precio con sus intereses.

El socio que fuera titular del 90 % de las acciones o participaciones de la sociedad no queda enmarcado en la regulación de la sociedad unipersonal, puesto que no es el socio o partícipe único y, sin embargo, puede legalmente contratar con la sociedad en perjuicio de ésta, sin estar obligado a dar publicidad al contrato de que se trate. El legislador no ha querido entrar en la regulación de esta cuestión, por cuanto, el otro socio o partícipe o los otros socios o partícipes de la sociedad que representen cuanto menos el 5 % del capital social, se presume que actuarán en defensa de la sociedad impugnando los acuerdos de los administradores de la misma con el socio mayoritario, al amparo del art. 143 LSA o del art. 56 LSRL.

El concurso del socio único de la sociedad unipersonal no origina el de la sociedad unipersonal ni viceversa ya que se trata de patrimonios separados.

La L.C., con carácter general y por tanto aplicable a la sociedad unipersonal, regula los efectos que produce el concurso sobre el deudor persona jurídica que no impide necesariamente el mantenimiento de sus órganos sociales, sin perjuicio de la correspondiente limitación de facultades patrimoniales sometida a la intervención de la administración concursal (art. 48.1 L.C.).

Si en el transcurso del procedimiento concursal se llega a la fase de liquidación, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución y en todo caso el cese de los administradores que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145.3. L.C.). Lo mismo sucederá en el caso de administrador-socio único de la sociedad unipersonal

En virtud del art. 48.2.L.C., los administradores concursales están legitimados para ejercer las acciones que correspondan a la persona jurídica contra sus

administradores, cuando se trate de una sociedad unipersonal, sin necesidad de previo acuerdo del socio único.

Desde la declaración de concurso de la sociedad unipersonal, el juez del concurso es el único competente, en virtud de la "vis attractiva" del proceso concursal, para ordenar el embargo de bienes o derechos de los administradores actuales o de quienes lo hayan sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso, ya sea de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal. Tal decisión debe basarse en que, de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso sea calificado como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas (art. 48. 3. L.C.). La cuantía del embargo será estimada por el juez y estará en relación con la previsión del déficit de la masa activa en relación con la masa pasiva.

La duración de este embargo preventivo, como toda medida cautelar, tiene carácter provisional y deberá alzarse cuando sea firme la sentencia que declare el concurso como fortuito, o se transformará en definitivo, si la sentencia declara el concurso culpable.

El embargo de los bienes del administrador de la sociedad unipersonal podrá recaer en las acciones o participaciones de dicha sociedad, si bien, el valor de éstas en situación concursal con insuficiencia patrimonial será nulo. Si, ello no obstante, fueran embargadas y ejecutado el embargo fueran adjudicadas a varios acreedores, éstos serían los nuevos socios de la sociedad que, por tanto, perdería el carácter de unipersonal.

En cuanto a la integración del socio único que sea acreedor de la sociedad unipersonal, en la masa pasiva del concurso se podrán dar dos situaciones:

1ª que sea dicho acreedor quien haya solicitado la declaración de concurso. En tal caso, tras admitir la solicitud a trámite, practicadas las pruebas, declarado el concurso y constituida la administración concursal, el crédito quedará integrado en la masa pasiva del concurso. Otra cosa es cuál es la clasificación de dicho crédito que, por ser de persona especialmente relacionada con el deudor será considerado crédito subordinado (art. 92.5º L.C. en relación con el art. 93.2. L.C.)

2ª que el acreedor, socio único de la sociedad unipersonal, no sea quien haya solicitado la declaración de concurso. En tal caso deberá comunicar la existencia de su crédito en tiempo y forma a la administración concursal y su crédito será igualmente clasificado como subordinado. El socio único titular

de un crédito subordinado tendrá derecho a asistir a la junta de acreedores (art. 118.1.L.C.) como acreedor que es, o a hacerse representar por medio de apoderado (art. 118.2.L.C.), tendrá derecho de información sobre el informe de la administración concursal y sobre su actuación, sobre las propuestas de convenio y sobre los escritos de evaluación emitidos, pero no tendrá derecho a voto en la junta de acreedores.

Independientemente de su derecho de asistencia a la junta de acreedores, como acreedor que es, si es además administrador de la sociedad unipersonal concursada, tiene el deber de asistir a la junta de acreedores (art. 117.2. L.C.)

La condición de persona especialmente relacionada con el deudor que alcanza al socio único de la sociedad unipersonal por ser titular de más del cinco por ciento de las acciones o participaciones de la sociedad (art. 93.2.1º L.C.) es que éste, aún siendo acreedor, no podrá ser nombrado administrador concursal (art. 28.3.L.C.) para ocupar la plaza de administrador concursal acreedor prevista en el art.27.1.3º L.C., aunque tampoco podría ser administrador acreedor por ostentar un crédito subordinado, quedando por estas razones doblemente rechazado para tal nombramiento que requiere que el acreedor sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general no garantizado (nuevamente art. 27.1.3ºL.C.). Tal prohibición deberá ser apreciada de oficio pero, si no fuera así, el socio único-acreedor deberá manifestar que recae en él causa de recusación (art. 29.1.L.C.) y, si no lo hiciera, deberá ser recusado al amparo del art. 33 L.C. Tampoco podrá el socio único-acreedor ser nombrado auxiliar delegado (art. 32.3.L.C.), ni ser apoderado en la junta de acreedores, en representación de otros acreedores (art. 118.2.L.C.). Tales prohibiciones se justifican en que hay un conflicto de intereses entre el concursado, o las personas especialmente relacionadas con él, y los demás acreedores. La contravención de esta prohibición haría nulo el nombramiento, siendo la nulidad radical o absoluta por contravenir una prohibición (art. 6.3 Cc.).

Los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por la sociedad unipersonal, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso serán rescindibles aunque no hubiera habido intención fraudulenta. El perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, se presume cuando se trate de disposiciones aunque sean a título oneroso realizadas a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 71.2.L.C.). La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias corresponde a la administración concursal pero si ésta ha sido requerida por escrito, por algún acreedor para que instara la rescisión, motivando la causa, y la administración concursal no haya actuado en el plazo de dos meses desde el requerimiento, el acreedor en cuestión estará legitimado para instar

directamente la rescisión. La demanda de rescisión se dirigirá contra la sociedad unipersonal y contra la contraparte del acto impugnado. Es de recordar que la rescisión sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido (administración concursal en nombre de la sociedad unipersonal concursada), pueda devolver aquello a lo que por su parte estuviese obligado (art. 1295 C.c.) y es posible que la masa activa no disponga de medios de pago para tal devolución que debe ser simultánea a la rescisión (art-73.3. L.C.) y que por tanto la rescisión no pueda tener lugar.

El crédito del socio único-acreedor de la sociedad unipersonal, siendo subordinado quedará extinguido en la parte a que alcance la quita y aplazado en cuanto a su exigibilidad por el tiempo de la espera. Si el socio único acreedor estima incumplido el convenio en lo que le afecte, podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento. Dicha acción puede ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento y caducará a los dos meses desde la última publicación del auto de cumplimiento. El cauce procesal que corresponde a la socilicitud de declaración de incumplimiento es el del incidente concursal y contra la sentencia que resuelva el incidente cabrá recurso de apelación (art. 140 L.C.)

La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos (art. 140.4.L.C.). Los efectos a los que se refiere dicho artículo son la extinción de la quita acordada y del plazo de espera concedido y, según el art.143.1.5º procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación.

Contra las sentencias dictadas por las audiencias resolviendo sobre el cumplimiento o incumplimiento del convenio cabrá recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, si procede su admisión según la LEC.

Por razón de estos recursos, si se presentan, se retrasará la firmeza de la sentencia de incumplimiento del convenio y, por tanto la apertura de la fase de liquidación.

Por cuanto el art. 134.1.L.C. “in fine” `permite la conversión de los créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, si tal conversión se acuerda, el capital de la sociedad se verá aumentado por la compensación de créditos (art. 73.2 y 74.2 LSRL y 156 LSA) y la sociedad unipersonal perderá tal carácter.

Si el convenio aprobado establecía medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor y éste las incumple, el juez, a solicitud de cualquier acreedor puede declarar el

incumplimiento del convenio y la consiguiente apertura de la fase de liquidación (art. 137.1. y 140.4.L.C.), en la que se formará la sección de calificación. La sentencia de calificación podrá condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (art. 172.3. L.C.)

Los concursos que se pueden declarar conjuntamente son aquellos en los que exista confusión de patrimonios (art. 3.5. L.C.). La sociedad unipersonal y el socio único de la misma, pueden dar la imagen de la existencia de confusión de patrimonios por lo que puede ser procedente la solicitud conjunta de concurso de la sociedad unipersonal y del socio único. También cabría la acumulación de ambos concursos a solicitud de la administración concursal de uno de ellos (art. 25. L.C.). La estrecha relación entre los concursos implicados justifica no sólo la posibilidad de su tramitación conjunta, sino también la posibilidad de condicionar la eficacia del convenio de uno de los concursos a la aprobación del otro. Tal posibilidad se justifica por la confusión de las masas activas de ambos concursos y por la corresponsabilidad de los concursados, en su caso. También por la confusión de las deudas de ambos concursos que motiva la coordinación entre uno y otro convenio, así como la de sus respectivos planes de pago.

El condicionamiento de la eficacia del convenio propuesto en un concurso a la aprobación del convenio de otro concurso, según el art. 101.2. L.C., sólo es posible, cuando los concursos se han declarado conjuntamente, o cuando se han acumulado, no siendo suficiente que se hayan dado los presupuestos para tal declaración conjunta o para tal acumulación. En otras palabras, el requisito necesario para la vinculación de los convenios es la tramitación conjunta de los concursos.

En el art. 105 L.C. se establece cuando está prohibida la presentación de propuestas anticipadas de convenio, reservando tal posibilidad a que el deudor dé la imagen de que va a cumplir el convenio. Tratándose de una sociedad unipersonal pueden darse dos supuestos en los que la sociedad unipersonal no podría presentar propuesta anticipada de convenio:

a) así, por ejemplo, si la sociedad unipersonal sobrevenida, no ha inscrito tal circunsatancia en el Registro Mercantil, habrá incumplido la legalidad mercantil, que obliga a figurar inscrito en tal Registro (art. 105.1.3º L.C).

b) la sociedad unipersonal tampoco podrá presentar propuesta anticipada de convenio si ha realizado disposiciones a favor del socio único, en condiciones distintas a las de mercado (art. 105.1.5º b L.C.). Tal séria el caso si la sociedad unipersonal hubiese vendido bienes al socio único, a un precio inferior al de mercado o hubiese extinguido pequeñas deudas mediante daciones en pago de bienes de considerable valor, concesión de préstamos a largo plazo y sin intereses, pago de obligaciones no vencidas, aseguramiento de obligaciones preeexistentes consituyendo o ampliando garantías reales, etc…

Si el concurso finaliza mediante liquidación, el orden establecido para el pago de los créditos subordinados en el art. 158.1.LC. determina que el pago de dichos créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios y según el art. 158.2. L.C., el pago de estos créditos subordinados se realizará por el orden establecido en el art. 92. L.C. y, en su caso, a prorrata dentro de cada grupo de créditos.

Por cuanto la liquidación tiene lugar, cuando se incumple el convenio, en virtud del art. 140.4.L.C. desaparece la quita, resulta en definitiva, que la liquidación contempla los créditos por su importe íntegro sin deducción de la quita.

La apertura de la fase de liquidación, a solicitud del deudor que sea sociedad unipersonal, o a solicitud de algún acreedor (art. 142 L.C.), o abierta de oficio (art. 143 L.C.), implicará el cese del administrador de la sociedad unipersonal, la declaración de disolución de la sociedad unipersonal, si no estuviera ya acordada (art.145.3. L.C.) y además producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos créditos que consistan en otras prestaciones no dinerarias (art. 146 L.C.).

Los administradores concursales que cesaron en virtud de la eficacia del convenio (art. 133.2.II L.C.), al producirse la apertura de la fase de lioquidación, serán repuestos en el ejercicio de su cargo o se nombrará a otros (art. 145.1.II L.C.).

Procederá la calificación del concurso cuando haya tenido lugar la aprobación de un convenio en el que la quita sea superior a un tercio del importe de los créditos o la espera superior a tres años (art. 163.1.1º L.C.) y en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación (art. 163.2.L.C.). El concurso puede ser declarado fortuito o culpable. La sentencia expresará las causas de tal calificación y se pronunciará sobre las personas afectadas por la

calificación y las declaradas cómplices (art. 172.2.L.C.). Los cómplices son las personas que, con dolo o culpa grave, han cooperado con los administradores, de derecho o de hecho, de la sociedad unipersonal a la realización de cualquier acto que haya sido causa de la calificación del concurso como culpable (art. 166.L.C.).

La sentencia que califique el concurso de la sociedad unipersonal como culpable y al socio único como cómplice, se pronunciará sobre la pérdida de cualquier derecho que el socio único pudiera tener como acreedor concursal o de la masa, y la condena a devolver los bienes o derechos que hubiera obtenido indebidamente de la sociedad unipersonal o hubiera recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3º L.C.) y a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (art. 172.3.L.C.).

6. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

A) GENERALIDADES

La situación de insolvencia, con la angustia que produce y las presiones que origina da lugar a un desasosiego que hace difícil la ordenada preparación de la documentación que hay que presentar en el juzgado junto con la solicitud de declaración de concurso voluntario (art. 6.L.C.). Tengamos además en cuenta que esta situación de insolvencia habrá producido bajas en el personal que, ante la situación crítica habrá buscado empleo en otras empresas, dejando un vacío difícil de cubrir.

Algunos deudores no insolventes, pretendiendo acogerse a los beneficios de las quitas y esperas del eventual convenio concursal a acordar, simulan su situación de insolvencia y planean la solicitud de declaración de concurso con antelación. Probablemente estos deudores son los que presentarán una documentación más perfecta ya que lo habrán hecho sin presiones ni angustias.

En los casos de insolvencias reales que, por supuesto serán casi todas, el establecimiento de una administración concursal formada por expertos, tiene, cuanto menos, las siguientes ventajas generales:

1ª Amortigua las presiones de los acreedores sobre el concursado que ante cualquier pretensión de los acreedores puede escudarse en la administración concursal.

2ª Tranquiliza a los acreedores al verse protegidos por una fiscalización de los actos del concursado intervenido y asimismo protege a los acreedores frente a las acciones de los demás acreedores que quieran adoptar posiciones ventajosas en el concurso. Esta protección se consigue con la vigilancia de la exactitud de los créditos reconocidos y con su adecuada clasificación efectuada en la fase común del concurso, así como con la verificación del inventario del patrimonio del deudor

La actuación de la administración concursal puede considerarse una ayuda importante encaminada a la firma de un convenio y de lograrse éste, la administración concursal cesa, salvo que el convenio indique otra cosa al amparo del art. 133.2 LC., y es el deudor, o los administradores de la mercantil concursada en su caso, quienes recobran su libertad de actuación, siempre con miras al cumplimiento del convenio y debiendo atender su

obligación de informar semestralmente al juez sobre el desarrollo del cumplimiento del convenio.

Además, la administración concursal en el ámbito de la L.C., se concibe como un órgano con formación técnica, cuyas condiciones subjetivas se establecen en el el art. 27 L.C. para el administrador abogado y para el administrador economista. En cuanto al administrdor acreedor, si no concurren en él la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, podrá participar en la administración concursal o designar a un profesional que reúna las condiciones previstas para el ejercicio como administrador concursal.

La administración concursal tiene un papel fundamental e imprescindible en la tramitación del procedimiento. Sus funciones, con carácter enunciativo pero no exhaustivo, son entre otras:

- verificación de la lista de acreedores en cuanto a la existencia, cuantía y clasificación de los créditos,
- confección de la lista definitiva de acreedores y del inventario de la masa activa,
- conservación y administración de la masa activa durante el procedimiento,hasta la aprobación del convenio,
- instar ante el juez la rehabilitación de créditos, de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado, enervación de desahucios en arrendamientos urbanos,
- instar ante el juez el ejercicio de acciones rescisorias de actos perjudiciales para la masa,
- redacción del pertinente informe sobre las circunstancias que motivaron el concurso y sobre la documentación aportada por el deudor y, en su caso, evaluación de la propuesta anticipada de convenio o de las propuestas de convenio,
- proposición de la consideración de que determinadas personas sean consideradas personas especialmente relacionadas con el concursado, a los efectos oportunos,
- solicitar al juez para que declare sin efecto la propuesta anticipada de convenio por concurrir alguna de las prohibiciones contenidas en el. art. 105 L.C.,
- deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa,
- optar por atender el pago con cargo a la masa de los créditos con privilegio especial cuando afecten a bienes precisos para la continuación de la actividad empresarial,

- retener el pago de créditos reconocidos en dos o más concursos hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios,
- presentar al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, cuando proceda, con propuesta de resolución. Si la administración concursal propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso se hayan causado por las personas anteriormente citadas. Si el informe califica el concurso como fortuito y coincide en tal sentido con el emitido por el Ministerio Fiscal, el juez ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno,
- informar favorablemente la conclusión del concurso cuando se dé la inexistencia de bienes y derechos, afirmando que no existen acciones viables de reintegración,
- en caso de reapertura de concurso por haber aparecido bienes del deudor, la administración concursal deberá inventariarlos y actualizar la lista de acreedores,
- rendir cuentas de la utilización de las facultades de administración conferidas , solicitando su aprobación,
- solicitar del juez autorización cuando la Ley establezca la necesidad de obtenerla para el acto a realizar,
- declarado el concurso, la administración concursal informará, sin demora, a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, en España o en el extranjero,
- solicitar, si lo considera oportuno, la publicidad registral en el extranjero del auto de declaración y de otros actos del procedimiento, cuando así convenga a los intereses del concurso,
- cooperar con el administrador o representante de un procedimiento extranjero de insolvencia relativo al mismo deudor, para el que se haya declarado concurso en España, bajo la supervisión de sus respectivos jueces, tribunales o autoridades competentes,
- permitir al administrador o representante del procedimiento extranjero principal, la presentación, en tiempo oportuno, de propuestas de convenio, planes de liquidación o de cualquier otra forma de realización de bienes y derechos de la masa activa o de pago de los créditos que se refieran al concurso territorial declarado en España,
- podrá presentar en un procedimiento extranjero de insolvencia principal o territorial, los créditos reconocidos en la lista definitiva de acreedores, siempre que lo permita la ley aplicable a ese procedimiento,

- participar en un procedimiento extranjero de insolvencia, en nombre de los acreedores, cuyos créditos hubiere presentado,
- reclamar, en caso de concurso principal declarado en España, a condición de reciprocidad, el activo remanente a la conclusión de un concurso o procedimiento tramitado en el. Extranjero,

Además, en caso de liquidación:
- presentar al juez un plan de liquidación y
- presentar al juez un informe sobre el estado de las operaciones, cada tres meses desde la apertura de la fase de liquidación.

La administración concursal estará sometida a la supervisión del juez del concurso, en todo momento.

La administración concursal está constituida por técnicos ajenos a los intereses que resultan del concurso. Estos profesionales deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (art. 35.1.L.C.), ya que gestionan intereses ajenos, como mandatarios. Deben velar según el art. 43.1 L.C. por la conservación, del modo más conveniente, de la masa activa y, en virtud del art.61.2.II, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado en caso de intervención, podrán solicitar del juez la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes.

En definitiva, la administración concursal, actuando como un ordenado comerciante, debe administrar la masa activa persiguiendo el interés del concurso. Durante la fase común, en espera de alcanzar la lista definitiva de acreedores, la administración cuidará de mantener la actividad de la empresa. En la fase de convenio, el objetivo de la administración concursal será promover un convenio que pueda merecer la aprobación del deudor y de los acreedores y que permita la continuación de la actividad de la empresa.

Si se llega a la liquidación, la administración concursal estará encargada de efectuarla con orden y equidad, intentando, si es posible, enajenar el activo en bloque a un empresario distinto para que continúe la actividad y se mantengan los puestos de trabajo.

Su objetivo será siempre dar la mayor satisfacción posible a los acreedores pero la L.C. excepciona la igualdad de trato cuando en el artículo 125 establece que “para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o grupos de acreedores determinados por sus característica será preciso, además de la obtención de la

mayoría que corresponda conforme al artículo anterior, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular". Tal previsión permite constatar que los intereses de los acreedores en ocasiones no serán los mismos para todos, pues pueden estar contrapuestos y la administración concursal tiene que ser imparcial, por lo que la representación de un acreedor concursal por parte de un administrador concursal puede plantear un conflicto de intereses, especialmente si hay decisones a tomar que afectan a los administradores concursales.

En definitiva, la administración concursal dirigida por el juez, logrará poner orden en la forma equitativa de atender a los acreedores, en cumplimiento de la "par condicio creditorum" y de los criterios de calificación de los créditos.

B) EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL POR HABER EVALUADO FAVORABLEMENTE UNA PROPUESTA DE CONVENIO QUE LUEGO RESULTA INVIABLE

La evaluación puede referirse a una propuesta anticipada de convenio, regulada en el. art. 107.2 L.C.) o a una propuesta de convenio surgida en la fase de convenio (art. 115 L.C.)

El efecto de una evaluación desfavorable de la propuesta anticipada de convenio, emitida por la administración concursal puede dar lugar a que el juez deje sin efecto la admisión de la propuesta anticipada (Art- 107 L.C.), mientras que, tratándose de la evaluación de una propuesta de convenio ordinaria, dicha evaluación, se pondrá de manifiesto en la secretaría del juzgado e influirá en la obtención de adhesiones a la propuesta (art. 115 L.C.).

La evaluación de una propuesta anticipada será posiblemente menos fundamentada que la de la propuesta ordinaria de convenio por cuanto la primera tiene lugar cuando la administración concursal está recién constituida y la recepción de la comunicación de los créditos tiene lugar mientras se está evaluando la propuesta. Por el contrario la evaluación de la propuesta ordinaria tiene lugar cuando la administración concursal tiene una visión clara de la contabilidad y de las circunstancias del concurso y por tanto puede ser más acertada.

La evaluación debe analizar el plan de pagos al que se refiere el art. 100.4 L.C. que debe contener el detalle de los recursos previstos para el cumplimiento de la propuesta de convenio y, si se prevé contar con los recursos que genere la continuidad de la explotación, la evaluación deberá

analizar el plan de viabilidad que deberá contener la propuesta de convenio según el art. 100.5 L.C.

Evidentemente el análisis de las propuestas se hace a la luz de las quitas y esperas que contengan dichas propuestas y se debe valorar si son suficientes o insuficientes. Cabe también que la evaluación considere necesaria una reestructuración financiera, o un enfoque comercial que abarque nuevos mercados, o la producción de otros artículos, aunque tales posibilidades no se reflejen en la propuesta de convenio.

Cabría ver la responsabilidad de la administración concursal, si ésta, con el ánimo de inducir a los acreedores a aprobar lo que no era de verosímil cumplimiento, evaluó la propuesta de convenio, de forma intencionadamente favorable, con el fin de evitar la liquidación del patrimonio del deudor y la correspondiente apertura de la fase de calificación del concurso. Será difícil demostrar que la evaluación ha sido tendenciosa a favor de la consideración como viable de una propuesta que no lo es.

Observemos que la administración concursal cesa (normalmente, aunque puede no ser así), con la aprobación del convenio, según el art. 133.2 L.C. y, que por tanto, la inviabilidad que surja puede ser debida a la falta de diligencia del deudor concursado, que será quien habrá actuado al haber recobrado sus facultades patrimoniales, sin que la inviabilidad sea atribuible a la propuesta de convenio, que pudo ser viable, pero que no lo fué en manos del deudor, además de que puede que las circunstancias de mercado hayan hecho inviable, lo que acertadamente la administración concursal había considerado viable.

Parece difícil atribuir responsabilidad a la administración concursal por su evaluación favorable de la propuesta de convenio, cuando éste resulta inviable, siendo el deudor quien ha dirigido la puesta en práctica del convenio.

C) SEPARACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES POR PROLONGACIÓN INDEBIDA DE LA LIQUIDACIÓN

La redacción del art.153 de la L.C.del 2003 estableciendo dicha separación, está inspirada en el art. 111.2 de la LSRL de 1995, con la particularidad de que en esta última, el plazo para la liquidación es de tres años desde la apertura de la liquidación, mientras que,:en la L.C. es sólo de un año (seis meses en caso de procedimiento abreviado), desde la citada apertura.

En ambos casos, la separación de los liquidadores en la LSRL o de los administradores concursales en la L.C., transcurridos los respectivos plazos, cualquier interesado podrá solicitarla al juez de primera instancia del domicilio social de la sociedad limitada o al juez del concurso, respectivamente, para que el juez separe a los liquidadores o a los administradores concursales y nombre a otros, con la particularidad de que según el art. 153.3 :L.C., los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto, hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación.".

El reintegro de las retribuciones devengadas, a efectuar por los administradores concursales, en caso de prolongación indebida de la liquidación, no alcanza, por tanto, a lo percibido por los administradores concursales en la fase común o en la de convenio.

Dicha sanción no es automática tras haber transcurrido el año desde la apertura de la fase de liquidación, sin haberla terminado, sino que el juez deberá valorar si la prolongación es injustificada. Esta sanción no puede acordarla el juez de oficio, sino que debe ser solicitada por cualquier interesado (concursado, acreedor, tercero interesado), alegando no sólo el transcurso del año de plazo, sino también que no ha existido causa alguna para la dilación, debiendo el solicitante comparecer representado por procurador y asistido de letrado (art. 184.3 y 184.4 L.C.)

Se admite la posibilidad de que los administradores concursales, antes de expirar el plazo de un año, soliciten, con justa causa, al juez del concurso, una prolongación del plazo para liquidar, pero esta prórroga no es de concesión segura.

En cualquier caso, la prolongación indebida de la liquidación, puede dar lugar además a acciones de responsabilidad en caso de daños y perjuicios que se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez del concurso (art. 36 L.C.), todo ello con independencia de la posible separación de los administradores concursales, que tendrá lugar por medio de auto, si ha transcurrido el año desde la apertura de la fase de liquidación.

La separación de los administradores, según hemos visto, puede ser a instancia de cualquier interesado pero en virtud del art. 37.1 L.C., cuando concurra justa causa, el juez, de oficio podrá separar del cargo a los administradores concursales.

Por otra parte el auto de separación de los administradores concursales es irrecurrible según el art. 39 L.C., no siendo de aplicación el art. 197.2 L.C. por la dicción taxativa del art. 39 de la L.C., si bien algunos autores consideran que la irrecurribilidad produce indefensión y que el contenido del art. 39, debe ajustarse a las resoluciones de cese de administradores concursales y que, en el caso que nos ocupa, no es un simple cese, sino un cese motivado por el incumplimiento de un plazo, que puede ser justificado.

Es por supuesto comprensible y elogiable el deseo del legislador, manifestado reiteradamente en la L.C., de dar celeridad a la tramitación del concurso pero, una actitud forzada para lograr tal celeridad, está reñida con el buen fin de la misma. Evidentemente, el plazo de que disponen, motivará a los administradores concursales a acelerar las convocatorias para la celebración de subastas, a las que se refiere el art. 149.1 L.C. cumpliendo las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio (LEC art. 630 á 680), pero si dichas subastas quedan desiertas, la dificultad que deberán afrontar los administradores concursales estará en la búsqueda de compradores con los que concertar la enajenación directa.

Es de observar que la finalización de la liquidación, no es la finalización del concurso que puede prolongarse para proceder a su calificación

Finalmente es dudoso que, el nombramiento de nuevos administradores concursales, que entrarán en la liquidación sin haber conocido el desarrollo del concurso hasta el momento, en sustitución de los separados, logre abreviar el tiempo necesario para lograr liquidar lo que quede por liquidar.

7. FUNCIÓN DE LAS JUNTAS DE ACREEDORES

A) SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA JUNTA DE ACREEDORES EN LA LEY CONCURSAL. DERECHO DE ASISTENCIA Y REPRESENTACIÓN EN LA JUNTA.

En la actual L.C. el papel atribuido a la junta de acreedores, como órgano concursal, ha pasado de ser un órgano esencial, como se le reconocía en la legislación anterior referida a la quiebra y que era el único órgano deliberante de la misma, a ser un órgano con competencias reducidas que interviene en la fase de discusión del convenio concursal, si llega a celebrarse la junta, por no haberse aprobado un convenio con las mayorías correspondientes y su función es consultiva. Efectivamente, en la legislación anterior, en los expedientes de quiebra, la junta de acreedores reconocía y graduaba los créditos, nombraba a los síndicos, aprobaba el convenio así como las adjudicaciones de bienes. En la suspensión de pagos, el papel de la junta era esencial en la aprobación del convenio.

Siendo un objetivo de la L.C. la simplificación de los órganos concursales, la función de la junta de acreedores se ha reducido hasta el punto de no ser un órgano obligatorio del procedimiento ya que se constituye únicamente en la fase de convenio, que se abre cuando la propuesta de convenio presentada por el concursado, o la formulada por algún acreedor, no es aprobada por el sistema de adhesiones y cuando ha terminado la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, o sea cuando el activo y el pasivo han quedado determinados, y siempre y cuando el concursado no haya solicitado la liquidación (art. 111.1 L.C.).

Ahora, las antiguas funciones de la junta de acreedores han pasado a otros órganos con mayor calificación técnica, como son los administradores concursales, los auxiliares delegados (art. 32 L.C.) y los expertos independientes (art. 83 L.C.).

Para que proceda el dictado del auto de apertura de la fase de convenio, en el que se convoca la junta de acreedores, es preciso únicamente que el deudor no haya solicitado del juez del concurso la apertura de la liquidación. No habiéndose solicitado tal liquidación, procede la apertura de la fase de convenio pero si al término de los plazos para presentación de propuestas de convenio, no se ha formulado ninguna o no hubiesen sido admitidas las formuladas, en virtud del art. 114.3.L.C. el juez de oficio acordará la apertura de la fase de liquidación, sin que llegue a celebrarse la junta de acreedores.

Tienen derecho de asistencia a la junta de acreedores, todos los acreedores que figuren en la lista definitiva de acreedores (art. 118.1.L.C.), que podrán solicitar aclaraciones sobre el informe de la administración concursal y sobre su actuación, así como sobre las propuestas de convenio y los escritos de evaluación emitidos por la administración concursal referentes a la viabilidad de la propuesta de un convenio (art. 120.L.C.). No tendrán derecho de voto sobre las propuestas de convenio, los titulares de créditos subordinados, y tampoco quienes hubieran adquirido su crédito por actos inter vivos después de la declaración de concurso (art. 122.L.C.).

El acreedor que no asista personalmente puede delegar su voto en un apoderado, que no es preciso sea acreedor. Un mismo representante puede representar a varios acreedores (art. 118.2.L.C). La representación tiene carácter de voluntaria, por ser resultante de un acto de voluntad a favor del representante.

Ningún acreedor con derecho de asistencia a la junta de acreedores puede verse privado de elegir a un representante para que éste actúe en su nombre y ejerza sus derechos. El derecho de asistencia es el presupuesto del ejercicio de los demás derechos que correspondan al crédito del acreedor concursal, por lo que el representante de un acreedor subordinado no tendrá derecho a voto pero sí a información y a debate.

En cuanto a las personas aptas para asumir la representación deben ser:

-mayores de edad, no declarados incapaces (art. 322 y 200 C.c.),
-estar en pleno ejercicio de de sus derechos civiles (art. 7LEC).

No podrán asumir la representación del acreedor ni el concursado, ni las personas especialmente relacionadas con él (art. 118.2 y 93 O.C.). Tampoco podrán asumir ninguna representación los cesionarios de créditos de las personas especialmente relacionada con el deudor o si la adquisición de los créditos tuvo lugar en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

La Ley Concursal no excluye explícitamente a nadie más como posible representante de un acreedor en la junta de acreedores, pero el silencio del legislador no debe hacernos suponer que no hay más limitaciones que las enunciadas, pues atendiendo al espíritu de la norma y a la función que cumple la junta de acreedores, cabe que concluyamos que puede haber otras limitaciones.

Efectivamente las limitaciones tienen su razón de ser en querer evitar cualquier riesgo o eventual conflicto de intereses entre representante y representado. Así, por ejemplo, no se permite al concursado que represente a un acreedor, porque podría utilizar la representación para votar a favor de un convenio que le beneficiara a él, pero no a su representado, si le hubiese representado.

Es más, los intereses de todos y cada uno de los acreedores no tienen por qué coincidir ya que el tratamiento de sus créditos es distinto según la calificación que hayan merecido, como privilegiados con privilegio especial, general, ordinarios o subordinados.

Es oportuno en este punto acudir a la analogía con el problema de la representación de los socios en la junta general de accionistas conferida a los administradores de la sociedad. Con el fin de evitar que la junta sea dominada por éstos, los estatutos de la sociedad pueden prohibir que los administradores representen a los accionistas en las juntas generales.

En cuanto a la forma de conferir poderes al representante, el art. 118.2.II L.C. establece el requisito “at solemnitatem” de que se hará por comparecencia ante el secretario del juzgado o por escritura pública, no siendo válidos los poderes verbales, ni los conferidos en virtud de decoumento privado. Aquí se manifiesta una diferencia respecto al régimen de representación en el ámbito del Derecho de sociedades, en el que se admiten, además de los documentos privados, los poderes transmitidos por medios electrónicos, informáticos, etc…(art. 162 LEC) siempre que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se cursaron.

El contenido del documento de poder deberá identificar al representante y al representado, manifestar la voluntad de otorgamiento de un poder de representación, las particularidades del crédito que ostenta el representado y los efectos del poder en el ámbito de la celebración de la junta. El apoderamiento para asistir a una junta de acreedores comprende necesariamente (art. 118.2.III. L.C.) la facultad de intervenir en la junta y votar cualquier clase de convenio. El representado no puede limitar el alcance del apoderamiento pero puede dar a su representante instrucciones respecto al sentido de sus intervenciones y de su voto en la junta. Esta posibilidad de dar instrucciones tiene su base legal en los artículos 254 C.c. y 1719 C.c. referentes al mandato de gestión.

El representante que no haya recibido instrucciones específicas y pueda obrar a su arbitrio, según el art. 255.II C.Co. ”hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio.”

Si el representado hubiera dado instrucciones expresas en relación con el sentido del voto, su incumplimiento conllevará la responsabilidad por daños y perjuicios pero el representado quedará obligado por el convenio finalmente aprobado.

La vinculación del representante a las instruccione del representado resulta de las normas generales sobre el mandato y la comisión (art. 1719 C.c. y 254,255 y 256 C.Co.) pero el representante puede votar en sentido distinto de las instrucciones recibidas, si surgiesen circunstancias ignoradas en el momento de la emisión de las instrucciones, cuestión prevista en el art. 255.II.C.Co. “in fine”. También el art. 107.2. L.S.A. contempla la separación de la actuación del representante respecto de las instrucciones recibidas cuando se presenten cumulativamente dos requisitos:

a) la aparición de circunstancias ignoradas en el momento de la emisión de las instrucciones y que, en el caso de la junta de accionistas, surgen de la información facilitada a dicha junta durante su celebración.

b) la mera posibilidad de un peligro potencial que pudiera surgir si el voto fuera emitido en cumplimiento de las instrucciones recibidas. La valoración del perjuicio debe realizarla el representante con la prudencia lógica y pensando en lo que haría el representado ante la nueva situación que resulta de la información facilitada a la junta de accionistas.

En todo contrato de mandato (comisión mercantil), el comisionista tiene el deber de informar al comitente de todo lo que se refiere a la negociación (art. 260 C.Co.) y en virtud del art. 126.4. L.C., el representante podrá obtener una copia de la grabación de la junta de acreedores para mejor conocimieto por parte del representado de las causas que han dado lugar al desvío del voto respecto a las instruccione recibidas. El sentido del voto de cada participante en la junta de acreedores podrá constar en el acta de la junta, si así lo solicitase el votante. Si no pide tal constancia, el representado no tendrá pueba de lo que ha votado su representante.

B) CONVOCATORIA DE LA JUNTA DE ACREEDORES

La convocatoria de la junta de acreedores requiere la apertura de la fase de convenio como condición necesaria y el juez ordena, en un mismo auto, el fin

de la fase común del concurso, la convocatoria de la junta, la apertura de la fase de convenio y la formación de la Sección quinta que comprende lo relativo al convenio concursal o a la liquidación (art.183.5º L.C). Nada dice la L.C. respecto al lugar de celebración de la junta pero, por analogía con la práctica en quiebras y suspensiones de pagos, parece razonable que se celebre en la sede judicial competente. La L.C. no impone un orden del día en la convocatoria de la junta de acreedores por cuanto su celebración tiene como único objetivo la deliberación y votación de las propuestas de convenio, es decir, la junta no puede convocarse para debatir ninguna otra cuestión salvo las propuestas de convenio de que se disponga, sin que pueda añadirse ningún otro punto en el orden del día.

El art. 111.2.II L.C. fija los plazos para convocar la junta: dentro del segundo mes desde la fecha del auto en que se convoca, si el concursado ha presentado propuesta de convenio, o bien, si son los acreedores quienes han presentado una propuesta de convenio en representación, por lo menos, de una quinta parte del pasivo, siempre y cuando el deudor no haya solicitado la liquidación. De no haber propuesta alguna, la junta se convocará para su celebración dentro del tercer mes desde la fecha de la convocatoria, manteniéndose la oportunidad de presentar una propuesta de convenio hasta cuarenta días antes de la fecha fijada para la junta.

Esta distinción de plazos se debe a que si hay propuesta de convenio, ésta ya ha sido admitida por el juez a la vista del informe de la administración concursal, pero si no hay propuesta alguna de convenio, sino que ésta se produce en la fase de convenio, el plazo debe ser más amplio para que el juez pueda verificar si la propuesta reúne las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la L.C. (art. 114.1) y la administración concursal haya podido evaluarla.

El régimen jurídico de la junta se establece en los artículos 116 a 126 L.C. Concretamente en el art. 120 L.C. se trata del derecho de información que ostentan los acreedores o sus representantes quienes podrán solicitar aclaraciones sobre el informe de la administración concursal y sobre la actuación de ésta, así como sobre las propuestas de convenio y los escritos de evaluación de dichas propuestas

Los presupuestos que motivan la convocatoria de la junta de acreedores aparecen en el artículo 111 L.C. y tienen naturaleza positiva o negativa. Los presupuestos negativos consisten en que procederá la convocatoria cuando el concursado no haya solicitado la liquidación y no haya sido aprobada ni mantenida una propuesta anticipada de convenio. El presupuesto positivo y

esencial es la finalización de la fase común por haber quedado firme la lista de acreedores y el inventario (art. 98 L.C.), convocándose en consecuencia la fase de convenio.

El debate se iniciará con la propuesta presentada por el concursado y si no fuese aceptada, se procederá del mismo modo con las presentadas por los acreedores, sucesivamente y por el orden que resulta de la cuantía mayor a menor del total de los créditos titulados por sus firmantes (art.121.2.L.C.)

El derecho de información en el seno de la junta de acreedores no puede ostentarlo el acreedor miembro de la administración concursal, pues como tal habrá tomado parte en la elaboración del informe. Análogamente, si algún acreedor ha dado su representación a algún miembro de la administración concursal, tampoco podrá pedir información en el acto de la junta.

Un sector de la doctrina considera que es oportuno que los acreedores dén su representación a los administradores concursales que son quienes conocen mejor el estado patrimonial del deudor.

Podría pensarse que el derecho de información es eventual por cuanto sólo se da si llega a celebrarse la junta, porque no se ha aceptado un convenio por insuficiente adhesión de acreedores al mismo (art. 109.2.L.C.) y porque el concursado no ha optado por la liquidación (art. 142 L.C.).

El ámbito sobre el que puede ser requerida la información puede ser el conocimiento de los daños a la masa activa del concurso que hayan podido producirse por la inadecuada actuación de la administración concursal, o el mayor endeudamiento producido. En tales casos de actuación contraria a ese deber genérico de diligencia, así como cuando los administradores concursales no soliciten del juez el cese de la actividad profesional o empresarial del deudor cuando no esté siendo rentable mantenerla, o no hayan solicitado un cambio de una situación de intervención del concursado a la de su sustitución (art. 40.4.L.C.), cuando no hayan ejercitado acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa (art. 71. L.C.), cuando no hayan solicitado la resolución de contratos que resulten contrarios al interés del concurso favoreciendo a la parte ”in bonis”, cuando los administradores adquieran bienes y derechos que integran la masa activa del concurso en contra de lo establecido en el art. 151 L.C., cuando en la elaboración del inventario olviden negligentemente un bien del deudor (art. 82 L.C.), cuando elaboren la lista de acreedores incluyendo créditos por un importe superior al real o incluyan créditos prescritos (art. 86.1.L.C.); cuando manipulen datos

con el fin de aumentar su retribución a costa de la masa activa (art. 34 y 35 L.C.)

En los casos indicados, los administradores concursales, si han tenido una conducta culpable y se demuestra que se ha producido un daño a la masa activa existiendo un nexo entre la conducta seguida y el daño producido, los administradores concursales habrán incurrido en responsabilidad.

Sin embargo, no todo incumplimiento de deberes de los administradores concursales da lugar a un daño directo al patrimonio con el que el concursado responde ante los acreedores. El daño puede haberse producido a alguno de los acreedores en particular, p.e. en el reconocimiento de su crédito, en la calificación de éste, o en su preterización al no haber comunicado el acreedor su crédito (art. 21.1.5º), por no haberle sido comunicada la situación de concurso de su deudor (art. 21.4. y 95.1.L.C.)

Cabe también que la administración concursal no haya cumplido el pago a un determinado acreedor en el momento correspondiente, o en la cantidad justa, o en el orden de pago previsto en el art. 154 y stes. L.C.

Si un administrador concursal es designado, excepcionalmente, presidente de la junta de acreedores en lugar de ser el juez quien vaya a presidirla (art 116.2.L,.C.), cabe la irregularidad de que prive negligentemente a algún acreedor de su derecho de asistencia, de voz o de voto (art. 116.2.L.C. y 121.3 L.C.).

La información que puede solicitar el acreedor en la junta de acreedores puede ir encaminada a determinar si la administración concursal ha incurrido en negligencia y responsabilidades que darían pié para oponerse a la rendición de cuentas que presenten los administradores concursales.

Siendo tan amplias las posibilidades de cuestionar la gestión de la administración concursal y produciéndose en consecuencia un conflicto de intereses entre dicha administración concursal y los acreedores (o algunos de éstos), no parece aconsejable que los acreedores den su representación a miembros de la administración concursal.

C) CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE ACREEDORES

La junta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 116.4.L.C). Tal expresión significa que se excluyen del

cómputo del quórum de la concurrencia, los acreedores con créditos privilegiados y los que tienen su crédito subordinado. Se considerarán presentes los acreedores firmantes de alguna de las propuestas y los adheridos a cualquiera de ellas (art. 110.2 y 118.3.L.C.).

Puede darse el caso de que los créditos que pesen sobre el concursado sean mayoritariamente privilegiados y subordinados, en cuyo caso la junta de acreedores se formará por unos pocos aistentes que ostenten la mitad del pasivo ordinario y que decidirán sobre la aprobación del convenio. Esto no preocupará a los acreedores privilegiados a los que no afecta el convenio, aunque puede que sí desagrade a los subordinados por cuanto la quita y la espera que se aprueben les afectan.

Corresponde al juez o al miembro de la administración concursal que designe éste, la presidencia de la junta de acreedores (art. 116.2. L.C.), siendo secretario de la junta el secretario del juzgado.

Es obligatoria la asistencia a la junta, de los miembros de la administración concursal. Si no asistiesen perderían el derecho a la remuneración que se les haya fijado (art. 117.1 L.C.). El incumplimiento de su deber de asistencia además, podría dar lugar a la exigencia de daños según el art. 36 L.C. o a la separación del cargo (art. 37.1.L.C.), pero la incomparecencia de los miembros de la administración concursal, no conllevará la suspensión de la junta, salvo que el juez así lo acordara (art. 117.3. L.C.).

También deberá asistir el concursado personalmente o representado por apoderado con facultades para negociar y aceptar convenios (art. 117.2 L.C.). [76] Para que un procurador pueda asistir y representar a un acreedor en la junta, debe ostentar las facultades especiales al efecto, no siendo suficiente su condición de procurador (art. 118.2.). Los apoderamientos para concurrir a la junta de acreedores se conferirán por comparecencia ante el secretario del juzgado o mediante escritura pública y se entenderá que la facultad para asistir comprende la de intervenir y votar (art. 118.2.II).

La lista de asistentes se confeccionará en base a la lista de acreedores especificándose quienes asisten personalmente y quienes lo hacen por representante, recordando que se han de tener por presentes, aunque no

[76] Torrubia Chalmeta, B. *"Comentarios a la Ley Concursal"* Director Faustino Cordón Moreno, Thomson Aranzadi pág. 870:"El representante al que no se le exige cualificación alguna, debe contar con un poder que le faculte para negociar y aceptar convenios. No será suficiente, por tanto, el conocido como poder general para pleitos pero, tampoco se requiere, como hace el art. 13 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, que expresamente se contraiga al concurso de acreedores. Las facultades de negociar y aceptar basta con que se refieran con carácter general a cualquier convenio."

asistan a la junta, a los acreedores que hayan firmado propuestas o se hayan adherido a éstas.

Los acreedores asistentes a la junta (o sus representantes) tienen derecho a solicitar aclaraciones sobre el informe de la administración concursal, sobre la actuación de ésta y sobre las propuestas de convenio y sobre los escritos de evaluación (art. 120.L.C..

La propuesta de convenio formulada por el concursado será debatida en primer lugar. Sólo si fracasa su aprobación se considerarán las demás propuestas presentadas por los acreedores en el orden que resulta de la cuantía del crédito que apoya estas propuestas (art. 121.2.L.C.). Todas las propuestas que se vayan a debatir serán expuestas por el secretario antes de que comience el debate. Cuando la junta de acreedores haya deliberado y votado una propuesta alcanzando la mayoría necesaria para su aprobación, no procederá deliberar ni votar sobre las restantes.

El presidente permitirá el debate de las propuestas concediendo la palabra a los solicitantes que la pidan, pudiendo producirse tres intervenciones a favor y tres en contra de la aprobación de cada propuesta (art. 121.3.L.C.). Tras el debate se procederá a la votación que será nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes con derecho a voto. La firma por los acreedores en apoyo a la propuesta de convenio o la adhesión a la misma, no vinculará el sentido del voto en la junta (art. 115.3. in fine L.C.).

Quienes ostenten créditos subordinados carecen de voto en la junta de acreedores. El art.92 L.C. establece los créditos que son subordinados.

Si los titulares de créditos privilegiados votan a favor de la propuesta de convenio, ésta, si es aprobada, les vinculará (art. 123.2.L.C.). La simple asistencia de los acreedores privilegiados a la junta de acreedores y su intervención en las deliberaciones, no afectará el cómputo del quórum, ni les someterá al convenio si no han votado explícitamente a su favor (art. 123.1.L.C.).

La actual L.C. quiere favorecer la aprobación del convenio y por ello ha establecido unas mayorías más bajas para dicha aprobación, respecto a las exigidas en la anterior legislación concursal. “Para que se considere aceptada por la junta, una propuesta de convenio será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso”·(art. 124 L.C.). Si tenemos en cuenta que la junta de acreedores queda validamente constituída con la asistencia del cincuenta por ciento del pasivo ordinario y se requiere

igualmente que sea aprobado el convenio con la mitad del pasivo ordinario, en el supuesto de que los comparecidos y representados alccamzasen sólo el cincuenta por ciento del pasivo ordinario, tendrían que votar por unanimidad para que el convenio quedase aprobado.

Sin embargo, "cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos, con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra" (art. 124 L.C.)

Las propuestas de convenio que atribuyan un trato singular a determinados acreedores, necesitarán para ser aceptadas, además de la mayoría del art. 124 L.C., el voto favorable, en la misma proporción del pasivo no afectado por el trato singular (art. 125.1.L.C.)

El acta de la junta constituye la documentación de cuanto ha acaecido y tiene valor probatorio de todo ello. Se levantará por el secretario y contendrá las deliberaciones de cada propuesta y el resultado de las votaciones, "con indicación del sentido del voto de los acreedores que así lo solicitasen**".**[77] Los acreedores que lo soliciten podrán pedir que se una al acta el texto escrito de sus intervenciones (art. 126.1.L.C.) [78] El concursado, la administración concursal y cualquier acreedor tendrán derecho a obtener a su costa, testimonio del acta que se expedirá por el secretario del juzgado (art. 126,4 L.C.). Asimismo podrán obtener una copia de la grabación realizada.

En resumen cabe indicar que la junta de acreedores en la L.C. pierde la competencia para el nombramiento de los administradores concursales (antes era dicha junta la que nombraba a los síndicos de la quiebra) que ahora nombra el juez, pierde la competencia para el reconocimiento de los créditos concursales y para la graduación de estos créditos, que ahora corresponde a la administración concursal. La única competencia que conserva es la de debatir y votar la propuesta o las propuestas de convenio, si no han sido previamente aprobadas por medio de adhesiones

[77] Torrubia Chalmeta, B. "*Comentarios a la Ley Concursal"* Director Cordón Moreno, F.. Editorial Thomson Aranzadi, pág 901: "Resulta sorprendente que el sentido de cada voto no deba ser recogido sino cuando así lo soliciten los acreedores, por cuanto que es de suma importancia para probar el voto en contra de una propuesta como condición legitimadora para oponerse al convenio, de acuerdo con el art. 128 L.C."

[78] Quijano González, J *"Comentarios a la legislación concursal"* Editorial Dykinson S.L.. pag. 1196: "Téngase en cuenta que, estando prevista la grabación de la reunión de la junta, tal constancia audiovisual pudiera estimarse suficiente para la constancia en autos de las intervenciones".

CAPITULO VI
DETERMINACIÓN DE LAS MASAS ACTIVA Y PASIVA DEL CONCURSO

1. CRÉDITOS

A) COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

El art. 85 L.C. establece que, dentro de un mes desde la última publicación del auto declarando la declaración de concurso, los acreedores del concursado comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos, acompañando los originales o copias autenticadas del título o de los documentos relativos al crédito.

La redacción parece referirse a que la condición de acreedor quedará justificada p.e. con la aportación de los originales de las letras de cambio aceptadas por el deudor, pero es de observar que no todos los créditos nacidos al extender facturas habrán dado lugar a la emisión de una letra que haya sido aceptada por el concursado y que obraría en poder del acreedor, en espera de su presentación al descuento, o estaría en poder del Banco que la ha descontado, o en poder del acreedor por haber sido impagada. Tratándose de deudores mercantiles, los créditos de los acreedores resultarán de las facturas que éstos han ido extendiendo a cargo del deudor y que han enviado a éste. Por tanto los documentos "originales" relativos a los créditos son las facturas que, en su momento, fueron enviadas al concursado y que están en poder de éste. Sin embargo la jurisprudencia ha entendido que la copia de la factura, que no es el documento original, será documento acreditativo suficiente, mejor acompañada del albarán firmado y sellado por el empleado del concursado que recibió la mercancía. Tal criterio tiene su apoyo en la LEC, que en su artículo 268.2, establece que si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes.

En definitiva, las deudas comerciales ordinarias se acreditarán con las copias simples de las facturas y albaranes de entrega, si tales documentos son reconocidos por el deudor y, en caso negativo procederá la tramitación de un incidente concursal, al que habrá que aportar las pruebas adicionales de que se disponga tales como el pedido al que corresponda la factura, la correspondencia que se hubiera producido, etc….

Si son varios los acreedores cuyos créditos, en principio, no son reconocidos por la administración concursal por no verse reflejados en la contabilidad del deudor, y si la resolución de los incidentes concursales correspondientes, promovidos por los acreedores es positiva, es decir, si se reconocen los créditos como ciertos, cuando éstos no habían sido ni tan siquiera

provisionados en la contabilidad del deudor, tal reconocimiento múltiple tendrá un efecto secundario en la marcha del concurso, consistente en la consideración de que la contabilidad presentada no es imagen fiel de la situación del concursado y que, por tanto, el concursado ha incurrido en causa de calificación del concurso como culpable (art. 165.2.1º de la L.C).

Los acreedores que no comuniquen sus créditos a la administración concursal en el plazo determinado en el art.21.1.5º L.C (un mes desde el llamamiento al efecto, referido a la fecha de la última publicación de las acordadas en la declaración de concurso), si son reconocidos, serán calificados como subordinados en el cobro, ocupando la posición 1ª de la lista de créditos subordinados.

B) SUPUESTOS ESPECIALES DE RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

El Artículo 87 L.C. se dedica a supuestos especiales de reconocimiento de créditos.

LOS CRÉDITOS SOMETIDOS A CONDICIÓN RESOLUTORIA, se reconocerán como condicionales por su cuantía y clasificación, y en tanto la resolución no se produzca el acreedor podrá adherirse a un convenio, votar en la junta, y recibir la cuota que le corresponda en caso de liquidación, por cuanto, en términos generales disfrutará de los derechos concursales como cualquier otro acreedor (art. 87.1. L.C.).

En caso de cumplimiento de la condición resolutoria, el crédito queda anulado y los efectos producidos por la eventual adhesión a una propuesta de convenio, o el voto en la junta de acreedores, en su caso, serán ineficaces, con carácter retroactivo.

Esta retroactividad presentaría graves problemas si el crédito con condición resolutoria ha sido decisivo para la aprobación del convenio y su resolución se produce tras dicha aprobación. O, al revés, si el voto decisivo del acreedor que ostenta crédito con condición resolutoria, se ha emitido en contra de la aprobación del convenio y, en consecuencia, el concurso se ha resuelto por la vía de la liquidación.

Cabría igualmente, que el titular del crédito con condición resolutoria fuese quien hubiera solicitado la declaración del concurso del deudor

En los casos indicados, en los que los acreedores, con créditos con condición resolutoria, cuyo voto ha sido decisivo, a favor o en contra del convenio concursal, o ha sido decisiva su adhesión a un convenio, o que han solicitado la declaración de concurso, si se ha cumplido posteriormente la condición resolutoria y que por tanto, resultan graves las consecuencias de la anulación de su voto, el sentido común aconseja no solicitar la anulación del voto que, en definitiva tiene lugar a petición de parte (art. 87.1. L.C.).

LOS CRÉDITOS PÚBLICOS, RECURRIDOS POR EL CONCURSADO, tienen igualmente la consideración de créditos “condicionales”, pues aunque no están afectos a una condición resolutoria explícita, dependen de la resolución del recurso. A estos créditos se refiere el art. 87.2.L.C. que les da el mismo tratamiento que a los créditos sometidos a condición resolutoria

Los créditos públicos resultan del derecho público (impuestos, contribuciones públicas, tasas, multas, sanciones etc…) que no son el resultado de relaciones enmarcadas en el derecho privado. No es significativa, a efectos de la L.C., la instancia en que se encuentren los recursos, ni que las impugnaciones sean en vía administrativa o contenciosa.

Los créditos públicos recurridos, no entran en la categoría de los litigiosos pues éstos se conceptúan como contingentes y los públicos como condicionales, en virtud del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos (art. 57.1. LRJAPPAC, Ley 30/1992 de 26 de Noviembre)

CRÉDITOS SOMETIDOS A CONDICIÓN SUSPENSIVA Y CRÉDITOS LITIGIOSOS.

A ellos se refiere el art. 87.3. L.C. que les da el trato de "créditos contingentes". En tanto no se cumpla la condición suspensiva o se decida el litigio, estos créditos serán reconocidos sin cuantía propia y con la calificación que les corresponda. Consecuencia de que los créditos sean reconocidos sin cuantía es que, aunque se reconozca a los acreedores legitimados como tales, tienen suspendido su derecho de adhesión a una propuesta de convenio, igualmente tienen suspendido su derecho de voto en la junta de acreedores y su derecho de cobro.[79]

El reconocimiento de tales acreedores como acreedores legitimados, sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro, significa que están legitimados para solicitar la declaración de concurso

En cuanto dichos créditos contingentes sean confirmados por el cumplimiento de la condición suspensiva, en caso de créditos sometidos a condición suspensiva, o por haber recaído sentencia firme susceptible de ejecución provisional a su favor, en caso de créditos litigiosos, los acreedores en cuestión disfrutarán de la totalidad de los derechos concursales según su cuantía y clasificación.

Según el C.c. (art. 1120), el cumplimiento de la condición suspensiva tiene efectos retroactivos al momento de constitución de la condición, pero, en la L.C., para evitar la revisión de los acuerdos de adhesión o voto, considera que

[79] Peiteado Mariscal, P. "*La declaración de Concurso*" Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navarra) 2005, Pág 40: "Los créditos sometidos a condición suspensiva son similares a los no vencidos, con la diferencia de que el no vencido será con seguridad exigible, mientras que el sometido a condición suspensiva puede no llegar a serlo.

los efectos son a partir del momento de la confirmación del crédito contingente (art. 87.3. L.C.).

CRÉDITOS QUE NO PUEDAN SER HECHOS EFECTIVOS CONTRA EL CONCURSADO FIADOR SIN LA PREVIA EXCUSIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR PRINCIPAL (ART. 87.5. L.C.

Se trata de las fianzas civiles que haya constituido el concursado, como fiador, a favor de un deudor principal para las que, en virtud del art. 1830 del C.c. existe beneficio de excusión. En este caso, la pretensión del acreedor del deudor principal sólo puede ser reconocida en el concurso como un crédito sometido a condición suspensiva, consistiendo ésta en que el deudor principal no pague, ni disponga de patrimonio con el que responder. Si el acreedor obtiene un pago parcial del deudor principal, en el concurso se reconocerá el crédito como puro y simple por la parte impagada.

Si el concursado, codeudor, no goza de beneficio de excusión, la pretensión del acreedor será reconocida en el concurso como un crédito puro y simple por la totalidad de lo acreditado. Esto es lo que sucederá cuando se hayan constituido fianzas solidarias, en las que desaparece el beneficio de excusión, según establecen los artículos 1822 C.c. y 1831.2 C.c. Tampoco existirá derecho de excusión cuando el fiador haya renunciado a él (art. 1831 1. C.c.) o cuando el deudor principal no disponga de bienes en territorio español, en cuyo caso, el acreedor podrá demandarle fuera del territorio español (art. 1831.4 C.c.), suponiendo que en el extranjero disponga de bienes.

Si el deudor afianzado está también en concurso, se aplica lo dispuesto en el art. 1831.3º C.c., según el que, la excusión no tiene lugar en caso de quiebra o concurso del deudor ya que éste no podrá señalar bienes a embargar puesto que todos sus bienes han quedado afectados por el concurso.

CRÉDITOS EN LOS QUE EL ACREEDOR DISFRUTA DE FIANZA DE TERCERO

Este tema por su gran importancia y por haber dado lugar a enfrentamientos en la interpretación del art. 87.6 L.C. se trata en el epígrafe VI. G de este trabajo.

CRÉDITOS EN LOS QUE LOS SOCIOS SON PERSONALMENTE RESPONSABLES DE LAS DEUDAS DE LA SOCIEDAD

Declarado el concurso, sólo puede exigirse el pago a los socios personalmente responsables de las deudas de la sociedad concursada, en la parte en la que los acreedores no hayan quedado satisfechos en el concurso de la sociedad tras la aprobación del convenio o terminada la liquidación. Si el convenio fuera incumplido, los acreedores podrán pretender igualmente su satisfacción por los socios personalmente responsables.

La legitimación para las acciones contra los socios la ostenta la administración concursal (art. 48.5.L.C.) y si ésta no actúa en el término de dos meses, tras haber sido requerida en tal sentido por los acreedores, éstos tendrán legitimación subsidiaria.

CRÉDITO COBRADOS PARCIALMENTE POR EL ACREEDOR, PAGANDO UN TERCERO

A éstos se refiere el art.87.7 L.C.. El acreedor puede pedir que se le incluya en la lista de acreedores por el resto no satisfecho de su crédito y también que se incluya como acreedor al fiador o deudor solidario del concursado que le pagó parcialmente por la parte que éste pagó, cuyo crédito será subordinado según el art. 87.6.L.C.

C) PRIVILEGIOS Y VENTAJAS DEL SOLICITANTE DEL CONCURSO NECESARIO

El privilegio por el 25 % de lo acreditado para el acreedor que haya solicitado la declaración de concurso necesario es un privilegio establecido para los acreedores titulares de créditos no subordinados, con el objetivo de estimular su diligencia para que el concurso se declare lo antes posible (art. 91.6. de la L.C.).

Partiendo del supuesto de que la pronta declaración del concurso beneficia a todos los acreedores (criterio no compartido por muchos, según aparece en las notas de pié de página 15,16 y17) se premia a quien la haya solicitado con el privilegio de la consideración de su crédito como privilegiado en cuanto al 25% de su importe, si no era de carácter subordinado. El citado porcentaje se aplica a todos los créditos de los que fuera titular el solicitante del concurso.

Nada dice la L.C. acerca del criterio a seguir si son varios los acreedores instantes.[80] [81]

Las solicitudes de concurso necesario presentadas sucesivamente por distintos acreedores se acumularán de oficio a la primera y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones (art. 15.2.L.C.)[82]

El privilegio de reconocimiento del crédito del acreedor instante, en cuanto a dicho 25 %, estimulará principalmente a los acreedores con créditos aún no vencidos y que, por tanto, no pueden ser motivo de una demanda actual, y que, al declararse el concurso por su iniciativa se benefician del referido carácter privilegiado del 25 % de su crédito, mientras que, si esperan al vencimiento de su crédito para demandar al cliente en dificultades, con la intención de proceder a una ejecución singular, por no haberse todavía solicitado la declaración de concurso, puede que en tal momento la situación esté todavía más deteriorada y que no haya nada disponible para su embargo.

Para un acreedor ordinario, que tenga un documento ejecutivo contra el deudor en apuros, cuando todavía no se ha presentado la solicitud del concurso y, si el deudor tiene todavía bienes sin embargar, le será más ventajoso acudir a una ejecución singular con la que, posiblemente, logrará el cobro de la totalidad de su crédito. Decimos que le será más ventajoso que provocar la declaración del concurso asumiendo el coste de ésta, aunque posteriormente pueda resarcirse de dicho desembolso con cargo a la masa, si el concurso solicitado es efectivamente declarado (art.84.2.2º), pero en caso contrario, el solicitante será condenado en costas (salvo que el juez etime que la cuestión presentaba dudas y no le condene en costas) y no habrá

[80] Cordón Moreno,F. "*Comentarios a la Ley concursal*",edición 2004, pág. 730, escribe Valpuesta Gastaminze, E.: "Lógicamente concluir que a cada uno de ellos se le privilegia la cuarta parte del crédito sería a todas luces exagerado."

[81] Fernández Ballesteros,M.A. "*Derecho Concursal Práctico*", obra citada en nota de pié de pág. nº 2, escribe Béjar, J pag. 469: "Quedan excluidos del privilegio los acreedores con créditos subordinados, pero no los privilegiados por otra causa, si su privilegio propio no basta a la íntegra satisfacción de su crédito."

[82] Pulgar Ezquerra, J. "*Comentarios a la legislación concursal"* Editorial Dykinson S.L. Madrid 2004 pág. 326: "No obstante la acumulación, hay que destacar que los "beneficios" con los que se persigue en la reforma propiciar la solicitud de concurso por sujetos legitimados distintos del deudor, no los disfrutará nadie más que aquel cuya solicitud se admitió a trámite, esto es, el primer solicitante .Así si lo fue un socio, miembro o integrante de persona jurídica personalmente responsable, por las deudas sociales, los "beneficios" se materializarán sólo en la consideración de las costas y gastos por la instancia del proceso como crédito contra la masa (art. 84.2.2º L.C.), mientras que en supuestos en que la solicitud admitida a trámite haya sido la de un acreedor, éste disfrutará, además de ese beneficio, del privilegio por la cuarta parte del importe de su crédito, siempre que no sea subordinado (art. 91.6º. L.C.), así como de la consignación del importe de su crédito vencido en una eventual oposición del deudor a la solicitud de concurso (art.19.2 L.C.).

conseguido su objetivo de lograr la calificación como preferente del importe del 25 % de su crédito.

D) CONSIGNACIÓN DEL CRÉDITO DEL SOLICITANTE DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.

El deudor podrá oponerse a la solicitud de concurso necesario formulada por el acreedor instante, consignando el crédito de éste, si está vencido. En tal caso, el acreedor podrá optar por cobrar el 100 % de su crédito renunciando o simplemente no ratificando la solicitud de concurso. La consignación no implica que el concurso no vaya a ser declarado ya que, si se demuestra por el solicitante del concurso o por otros acreedores, que el deudor está en estado de insolvencia, el concurso sera declarado[83] [84].

La posibilidad de que el deudor consigne será para el acreedor, un incentivo para solicitar la declaración de concurso necesario, incentivo más importante que la obtención de la consideración como privilegiado del 25 % de su crédito concursal, si es declarado el concurso.

Si el acreedor cree que, su crédito es de cuantía moderada y que por tanto es de posible consignación por el deudor, confiará en que la conignación tenga lugar y se verá especialmente estimulado a instar la declaración de concurso necesario.

Ahora bien, el acreedor instante, cuyo crédito se le ha consignado, no tendrá interés en mantener su solicitud de declaración de concurso si logra cobrar su crédito por lo que, no ratificará dicha solicitud en la vista que se celebrará al efecto (art 19 L.C) o, simplemente no comparecerá a dicha vista convocada en virtud del art.18.2.II L.C., para decidir sobre la procedencia de la declaración de concurso necesario. En cualquier caso, el juez analizará si concurren los presupuestos objetivos del art. 2 L.C. y comprobará si existen otros

[83] Fernández Ballesteros, ,M.A. *"Derecho concursal práctico"* obra citada en nota de pié de pág nº3, pág. 123: "En definitiva, se otorga al acreedor la facultad excesiva de decidir si continúa o no el procedimiento, con el agravante de que el solicitante resultará "premiado" con el cobro de su crédito."

[84] Peiteado Mariscal, P. *"La declaración de concurso"*, Editorial Civitas S.A. Cizur Menor (Navarra) 2005, pág 188: "…es posible que el deudor prefiera consignar y obtener a cambio que el acreedor no se ratifique antes que ver creada una incertidumbre sobre su solvencia que puede ser más perjudicial que el pago del crédito sin discutirlo. Que en un caso como el anterior el solicitante se haya visto obligado acreditar la existencia de otros acreedores para que su solicitud se admita a trámite, no impide, si finalmente el deudor no es insolvente, que obténga el pago de su crédito por este medio tan, en fin, particular, pero al menos sí evita que lo haga en perjuicio de otros: si el solicitante no se ratifica y los otros acreedores son convocados por apreciar el juez indicios serios de que el deudor es insolvente, si finalmente el concurso se declara cantidad consignada por el deudor no favorecerá al acreedor inicialmente solicitante, sino que se integrrá en la masa activa del concurso."

acreedores (art. 19.3.L.C.), además de oir a las partes si el acreedor instante asiste a la vista, sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso y resolverá en consecuencia.

Por otra parte, el deudor que quiera oponerse a la declaración de concurso, conociendo que aunque consigne el crédito del acreedor instante y aunque éste no se ratifique en su solicitud, puede ser declarado en concurso, por darse los presupuestos objetivos del art. 2 L.C., es probable que desista de efectuar la consignación y de oponerse a la declaración de concurso, puesto que con la consignación no habrá evitado la declaración de concurso debido a la existencia de otros acreedores que podrán insistir en la declaración de concurso.

Si el deudor se opone a la solicitud de concurso necesario consignando el importe de su deuda con quien ha instado su declaración de concurso necesario y logra que el concurso no sea declarado, pero luego presenta solicitud de concurso voluntario, creyendo que por ser concurso voluntario, va a poder retener la administración de sus bienes aunque sea bajo la intervención de los administradores concursales, debe tener en cuenta que su pretendido concurso voluntario, no será tal, sino concurso necesario, en virtud del art. 22.2 LC., si el espacio de tiempo entre la anterior solicitud admitida a trámite, y la solicitud de concurso voluntario es inferior a tres meses.[85]

Si la insolvencia del deudor es manifiesta, el acreedor puede que no acepte la consignación por temor a una posible rescisión del pago, al amparo de la reintegración prevista en el art. 71.1.L.C. y preferirá ratificarse con lo que,

[85] Peiteado Mariscal, P. *"La declaración de concurso"* obra citada en nota de pié de pág.34: pág 61: "Parece que el legislador pretende con la norma establecida en el artículo 22.2.L.C. evitar el fraude consistente en satisfacer el crédito del solicitante del concurso necesario para, a continuación, solicitar el propio concurso, con las ventajas que en cuanto al régimen de facultades del deudor comporta el concurso voluntario. Sin embargo, estimo que el juez de lo mercantil debe ser flexible con la aplicación de esta norma si, al solicitar su concurso, el deudor puedeacreditar que en el momento de la solicitud anterior por parte de otro legitimado, él no se encontraba en situación de insolvencia o al menos no podía conocerla. Esta flexibilidad es necesaria para no perjudicar innecesariamente al deudor; hay que tener en cuenta que el deudor está obligado a solicitar su declaración de concurso en el plazo de dos meses desde que conoció o debió conocer su estado de insolvencia, y que el incumplimiento de este deber puede determinar la calificación del concurso como culpable si además concurren los requisitos que determinan la apertura de la sección de calificación. El juego de estos plazos –el de dos meses desde que se conoció la insolvencia para solicitar la declaración del propio concurso y el de tres desde que se admitió a trámite la solicitud anterior para que el concurso pueda declararse como voluntario- podría permitir que un acreedor temerario, o de mala fe, hiciese una solicitud infundada con el único objeto de abocar a un deudor en crisis, bien a esperar tres meses para solicitar su concurso para que éste pueda ser declarado como voluntario, incumpliendo tal vez el plazo de dos para formular su solicitud y corriendo el riesgo de concurso culpable, bien a observar el plazo de dos para evitar la calificación de culpable viendo entonces como el concurso se declara como necesario, y no como voluntario, porque no han transcurrido todavía tres meses desde la solicitud del acreedor."

cuanto menos habrá logrado que su crédito sea privilegiado en cuanto al 25 % de su importe.

Sin embargo, la posibilidad de rescisión del pago no parece tener base ya que la consignación se efectúa antes de la declaración del concurso, cuando el deudor no tiene sus facultades, ni suspendidas ni intervenidas, y se refiere a un crédito ya vencido, por lo que tal consignación o pago no incurre en el perjuicio patrimonial de la masa, como sucedería si hubiera extinguido obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso (art. 71.2.L.C.)

E) CONCURSO INSTADO POR LOS SOCIOS

Respecto al concurso necesario instado por los socios (responsables o no de las deudas sociales), cabe preguntarse si pueden solicitarla cuando la solvencia es todavía inminente, y no actual. Cuando es un acreedor quien insta el concurso necesario puede sólo hacerlo si la sociedad está en insolvencia actual por darse los presupuestos objetivos del art. 2.4.L.C. El art.7.L.C., por su parte, establece la distinción de que los acreedores deberán acreditar documentalmente su crédito y las circunstancias de éste, mientras que los otros legitimados (socios) deberán expresar en su solicitud el carácter en el que la formulan.[86]

Si para los acreedores en general es difícil tener certeza de la insolvencia del deudor y, por esto, tienen que acudir a comprobar si se dan los presupuestos objetivos del art. 2.4.L.C., para el socio responsable de las deudas sociales es perfectamente posible que conozca si las deudas contraidas podrán ser soportadas por el patrimonio de la sociedad deudora, por lo que no tendría sentido que este socio responsable de las deudas de la sociedad deba esperar a que se den los presupuestos objetivos del art. 2.4.L.C. para solicitar la declaración de concurso. Al juzgado de lo mercantil, el socio podrá presentar gran parte de la documentación que expresa el art. 6.L.C.

[86]Peiteado Mariscal, P. *"La declaración de concurso"* obra citada en nota de pié de pág, nº 34:pág. 65: "…debiera admitirse a trámite la solicitud de declaración de concurso proveniente de …o del socio responsable de las deudas aunque no haya sobrevenido todavía alguno de los hechos previstos en el art. 2.4. L.C."

F) TRATAMIENTO DE LOS CREDITOS DE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR.

Las personas especialmente relacionadas con el deudor aparecen en el art. 93.1 L.C. cuando el deudor es persona física y en el art. 93.2. cuando el concursado es persona jurídica.

El tratamiento que en el concurso reciben estas personas especialmente relacionadas con el deudor es el de calificar sus créditos contra el concursado, como subordinados (art. 92.5.L.C.), salvo que dichos créditos fueran créditos salariales, indemnizaciones por despido, por accidente de trabajo, enfermedad profesional o por recargos por incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral.

Las consecuencias de ostentar créditos subordinados son que sus titulares carecen de derecho de voto en la junta de acreedores (art. 122.1.1º L.C.) y su pago no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos privilegiados y los ordinarios (art. 158.1.L,.C.) y por el orden sucesivo de clases de créditos subordinados que resulta del art. 92.L.C.

Las razones de ser de tales normas son:

a) que estas personas conocen la situación financiera del deudor cuando le conceden crédito y por tanto hacen una operación arriesgada, a la que se creen obligados por su relación con el deudor y el legislador considera que debe darse preferencia de cobro a aquellos acreedores, menos informados, y que pueden verse sorprendidos al tener conocimiento del concurso y que además, no tienen obligación moral de ayudar al deudor.

b) Además el legislador pretende evitar que estos créditos, si no fuesen calificados como subordinados, pudieran permitir a dichas personas especialmente relacionadas con el deudor, dominar en la junta de acreedores con sus votos, o bien que dichos créditos se simularan con el mismo fin, mientras que calificando dichos créditos como subordinados carecen de voto en la junta de acreedores (art. 122.1.1º L.C.).

La L.C. pretende que estas personas especialmente relacionadas con el deudor, sociedad mercantil, dispuestas a ayudar a ésta, en lugar de concederle créditos, hagan aportaciones al capital social, que posiblemente es insuficiente para el desarrollo de la actividad del objeto social.

Si las aportaciones crediticias de los socios, no se considerasen créditos subordinados, dichos socios, al conceder créditos, en lugar de hacer aportaciones de capital, cuando fueran necesarias, concederían créditos sustitutivos de capital que les permitirían, cuanto menos, una participación activa en la junta de acreedores, en caso de concurso. Esta participación activa en la junta de acreedores queda así descartada por la consideración de estos créditos como subordinados.

La L.C. se dirige a evitar, en lo posible, que se pueda desplazar el riesgo empresarial de los socios, a los acreedores, en las sociedades con limitación de responsabilidad.

Una consecuencia de la calificación de tales créditos como subordinados puede ser, que por ello, las personas vinculadas que podrían acudir en auxilio del deudor, sabiendo el trato que van a recibir, se abstengan de ofrecer su ayuda, abandonando al deudor a su suerte.

Parece excesivo el matiz sancionador a dichos acreedores, presuponiendo que éstos actúan de manera dolosa (p.e. ostentando créditos simulados), sin que se les dé la posibilidad de destruir la presunción, ya que la subordinación de dichos créditos es automática.[87]

Por otra parte, la eventual simulación de créditos que pretende evitar el art. 92.5 L.C., no parece pudiera ser difícil de detectar por la administración concursal, que dispone de los libros contables del concursado y de medios de investigación que, pondrían en evidencia, la falsedad del crédito, ya que, no existiría contrapartida al crédito simulado, ni como recepción de efectivo, ni como un bien adquirido con el supuesto crédito, por lo que el falso crédito sólo podría haberse dedicado a pagar algo inmaterial, como p.e. un estudio de mercado efectuado por una empresa exterior, con lo que, dicha empresa se convertiría en cómplice del falso acreedor, siendo el deudor culpable del fraude. Además la empresa que facturase un trabajo, que no ha realizado y que lo da por cobrado, sin haberlo cobrado, pretenderá con seguridad una compensación económica, es decir simulará haber cobrado una cantidad

[87] Alcocer Garau, G*: "Derecho Concursal*" Editorial Dilex S.L.: "…lo que sucede con todas estas personas especialmente relacionadas con el deudor es que su relación de proximidad con éste hace que lo que sea lógico sospechar es que los negocios jurídicos realizados entre ellas y el concursado encierren maniobras fraudulentas fundamentalmente de tipo simulatorio: el administrador de la sociedad concursada simula un crédito concursal a su favor. El hermano del concursado persona física simula una venta con éste…Pero siendo ello así, lo lógico hubiese sido establecer presunciones iuiris tantum de simulación o de fraude en los créditos concursales de las personas especialmente relacionadas con el deudor o presunciones de tal carácter en los negocios realizados entre éstas y el deudor. Pero lo que no es congruente con la sospecha de fondo es establecer que en todo caso los créditos serán subordinados (art.92.5º L.C.) y que los negocios se presumen iuris tantum perjudiciales para la masa.

importante, según la factura presentada, cuando sólo ha cobrado una pequeña parte en concepto de compensación por su intervención en el fraude. En definitiva, la simulación de créditos es complicada, peligrosa y fácil de detectar.

Además cuando la administración concursal hubiera detectado el fraude surgirían consecuencias muy graves para el concursado, al poder calificarse el concurso como culpable, con la particularidad de que, el falso crédito, una vez descubierta su falsedad, no sería reconocido, por ser inexistente, de modo que, no haría falta que el art. 92.5 de la L.C., lo considere subrogado por ser de persona especialmente relacionada con el deudor porque, si fuera falso, según decimos, seria considerado, no como subordinado, sino como inexistente y no aparecería en el balance.

En las sociedades de capital, los acreedores únicamente cuentan con el patrimonio de la sociedad como garantía para la satisfacción de sus derechos de crédito. En consecuencia si el capital no se ha aportado en la cuantía adecuada para el desarrollo de la actividad social, y los socios, conscientes de ello, en lugar de aportar más capital proceden a conceder créditos, el riesgo de la empresa se traslada y recae en los acreedores.

Los administradores de las sociedades de capital son los encargados de la gestión de la sociedad y de velar por el alcance del fin común. Por esta razón, se limita el riesgo económico de los socios a su aportación y esta limitación del riesgo es imprescindible para canalizar el ahorro público hacia las inversiones financieras.

En las sociedades familiares, o las compuestas por pocos socios, no existe una separación total entre la titularidad del capital y la gestión social. En estas sociedades, se incurre en el riesgo de infracapitalización y cuando se precisan medios económicos para financiar la actividad social, se aportan fondos personales de los socios, no como aportación de capital, sino como créditos.

El incumplimiento de los compromisos asumidos por la sociedad es soportado por todos los acreedores y el legislador ha querido distinguir el tratamiento de los créditos de terceros respecto al de los créditos de los socios, dando el tratamiento de créditos subordinados a estos últimos.

Además, el legislador ha entendido que si la sociedad está en una situación comprometida, los acreedores-socios que conocerán la situación antes que los demás acreedores, retirarán sus créditos, o tenderán a garantizarlos con garantías reales, aunque luego, tras el concurso, tales garantías sean

canceladas (art. 71.3.2º L.C.) y, en definitiva, el legislador trata de desalentar la concesión de préstamos por los socios a la sociedad y promover aportaciones de capital. Cuando la función económica de los fondos prestados por los socios es la de sustituir con ellos la dotación de capital apropiada a la actividad a desarrollar, el préstamo puede considerarse como impropio. Consecuencia de esto es que los créditos de los socios se sometan automáticamente a un tratamiento equivalente al que tendrían si hubiesen aportado capital.

El capital es para la sociedad la base patrimonial indispensable para ejercer la actividad prevista pero, además, tiene una función de garantía de los derechos de los terceros acreedores y debe responder al principio de correspondencia con el patrimonio de la sociedad, de modo que éste no esté financiado con créditos.

No toda operación crediticia entre un socio y la sociedad debe considerarse préstamo sustitutivo de capital, pero la L.C. ha establecido el mismo tratamiento para cualquier operación crediticia entre las personas especialmente relacionadas con la sociedad y ésta. El préstamo del socio tendrá una mayor presunción de préstamo sustitutivo de capital cuando quien lo otorga sea un socio mayoritario, o con una participación suficiente en el capital, que le permita controlar el destino de los fondos suministrados.

Parece importante destacar que los préstamos de los socios pueden concertarse sin generación de intereses o con devengo de intereses. Esta alternativa puede ayudarnos a considerar que el préstamo sin intereses es efectuado por la urgente necesidad de inyectar medios financieros y se debe a la infracapitalización. Si por el contrario el préstamo se requiere para un programa de futuro, como por ejemplo la realización de unas obras, para las que hacen falta medios financieros, el préstamo suele concertarse con devengo de intereses que se traducirán en un mayor coste de las obras.

Las reservas voluntarias constituidas por los beneficios de ejercicios anteriores que no se han repartido a los accionistas, en forma de dividendos, en tanto no se acumulen al capital ampliando éste, son equiparables a préstamos de los socios y, por tanto, en caso de concurso y liquidación se calificarán como créditos subordinados.

Estas reservas evidentemente no generan intereses, como tampoco produce intereses el capital social.

Parece imposible determinar objetivamente cuando una sociedad está infracapitalizada, pero cabe considerar que el préstamo es sustitutivo de capital cuando constituye un patrimonio que un ordenado comerciante habría integrado en el capital social. No existe una presunción "iuris et de iure" que califique de forma automática la operación de financiación del socio a favor de la sociedad, como préstamo sustitutivo de capital.

Propiamente hablando, la infracapitalización puede manifestarse de dos formas: la infracapitalización material y la infracapitalización nominal. En la infracapitalización material no son los socios quienes facilitan los fondos para el desarrollo de la actividad empresarial sino que la financiación se facilita por un tercero (entidad de crédito) con el aval del socio. El riesgo de la actividad se desplaza a los acreedores. En la infracapitalización nominal, son directamente los socios quienes financian el objeto social a través de sus créditos.

La doctrina se ha preocupado por determinar las consecuencias de la infracapitalización que inciden en el principio de la buena fe, el fraude de ley, el fraude de acreedores, el abuso de derecho o la equidad. La invocación a estas heterogéneas figuras, apunta a la tendencia a querer desestimar la separación entre la personalidad jurídica y sus socios, cuando éstos, en abuso de su derecho quieren eludir las responsabilidades de la sociedad frente a sus acreedores. Acudiendo al Derecho comparado, la doctrina ha aplicado la teoría del levantamiento de velo a los supuestos de infracapitalización de las sociedades. La no responsabilidad de los socios por las deudas sociales tiene su fundamento en una dotación adecuada de capital social. Los socios tienen el deber de aportar y mantener en la sociedad los medios financieros precisos para el desarrollo del objeto social. Si este deber no se cumple, estaría justificado que los tribunales pudieran exigir responsabilidad a los socios mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento de velo.[88] No existe, sin embargo, en el Ordenamiento Jurídico Español disposición alguna de carácter general que establezca la exigencia de que la cuantía del capital sea suficiente para la actividad a desarrollar.

En derecho comparado, la posibilidad de responsabilización de los socios por infracapitalización, se justifica en la responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios ocasionados por la insuficiencia de capital.

[88] BOE nº 184 de 8 de Agosto 1993: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de Junio 1993: "La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a los supuestos de infracapitalización sólo es posible a posteriori, cuando el derecho de crédito del acreedor haya resultado insatisfecho por la insuficiencia del capital social, sin que pueda hacerse uso de ella para instrumentar un control previo sobre la adecuada capitalización de la sociedad."

Otra forma de financiar a las sociedades infracapitalizadas, en lugar de concederles préstamos dinerarios, es suministrar a la sociedad los bienes que necesite para el desarrollo de su actividad en lugar de entregarle los fondos monetarios para su adquisición. En estos casos, los socios ceden a la sociedad determinados bienes reservándose los derechos reales sobre los bienes cedidos y, en caso de concurso, reclaman los bienes en base a la "separatio ex iure dominii". Existe jurisprudencia negando a los socios la retirada de dichos bienes cedidos en comodato, usufructo, alquiler, o vendidos con reserva de dominio.[89]

Si, los acreedores especialmente relacionados con el deudor tienen constituida alguna garantía para sus créditos, la efectividad de la subordinación de los créditos se logra, con la extinción de tales garantías que el juez ordenará se levanten, restituyendo la posesión constituida, en su caso, y la cancelación de los asientos registrales correspondientes.

La infracapitalización de las sociedades anónimas (antes de la Ley 19/1989 de 25 de Julio, que entró en vigor el 1 de Enero de 1990 y que derogó la Ley de 17 de Julio 1951 de Sociedades Anónimas) y de las sociedades de responsabilidad limitada (antes de la Ley 2/1995 de 23 de Marzo, que entró en vigor el 1 de Junio de 1995 y que derogó la Ley del 17 de Julio de1953) parecía verse facilitada por el hecho de que estos dos tipos de sociedades podían constituirse por cualquier capital, es decir, no estaban obligadas a disponer de un capital mínimo, y adquirían personalidad jurídica con su inscripción en el Registro Mercantil, con lo que podían iniciar su andadura con préstamos de los socios, quedando todos los créditos contra la sociedad, es decir los de los socios y los de los demás acreedores mercantiles prácticamente sin cobertura.

Quienes constituían sociedades con capitales absolutamente ridículos pagaban un importe bajísimo del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados (operaciones societarias) que grava la constitución de sociedades en base al capital de la sociedad.

Las nuevas regulaciones establecen para las sociedades anónimas (art. 4 LSA) un capital mínimo de 60.000 euros y para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 4 LSRL) de 3.000 euros.

No olvidemos que, en la relación de personas especialmente relacionadas con el deudor, persona jurídica (art. 93.2.LC.), no están sólo los socios ilimitadamente responsables de las deudas sociales, y los socios titulares de,

[89] STS de 20 de Junio 1983 (RJ 1983,3635)

al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad se cotiza en Bolsa o un diez por ciento si no se cotizan, sino también los administradores de derecho o de hecho de la sociedad, los liquidadores de la concursada, y los apoderados con poderes generales y quienes hubieran ocupado tales posiciones durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, las sociedades que formen parte del mismo grupo que la declarada en concurso y sus socios. En este punto la L.C. no repite si dichos socios, para tener el carácter de especialmente relacionados con la concursada, deberán tener una participación de un cinco o de un diez por ciento del capital social, según se coticen o no en Bolsa.

También se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado, los cesionarios o adjudicatarios de créditos cuyos cedentes fueran las personas antes mencionadas, si la adquisición se hubiera producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Esta consideración impide que los titulares de créditos subordinados, situados nada menos que en quinto lugar en la categoría de los subordinados, pudieran cederlos a personas que no estuviesen especialmente relacionadas con el deudor y que no tendrían la condición de acreedores subordinados.

En el sistema de subordinación instaurado con la L.C., lo determinante no es la situación financiera de la sociedad en el momento de concedérsele el préstamo, sino la especial vinculación con el deudor que opera de forma automática en la calificación del crédito como subordinado. El tratamiento que la L.C. da a los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor, no se limita a los supuestos de financiación con función sustitutiva del capital propio, ni a las sociedades infracapitalizadas, como ocurre en otros ordenamientos de Derecho comparado, sino que se extiende a cualquier crédito en el que la contraparte de la sociedad concursada sea alguna de las personas calificadas legalmente como especialmente relacionadas con el deudor. No se tienen en cuenta las razones que motivaron el nacimiento del crédito, ni el grado de capitalización de la sociedad en el momento de la concesión.

Al margen de los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor, que hemos visto que quedaban calificados como subordinados, conviene citar otra figura que se relaciona con la calificación de créditos. Nos referimos a la modalidad de créditos denominada “préstamos participativos”, que consisten en que se consideran fondos propios para apreciar la solvencia financiera de la sociedad deudora. Las cantidades recibidas en concepto de préstamos participativos tienen la misma consideración financiera que el

pasivo no exigible y por tanto aumentan la solvencia patrimonial del deudor al incrementar los fondos propios frente a su pasivo exigible.

Los préstamos participativos se consideran patrimonio contable por lo que, si la sociedad tiene pérdidas que reducen el patrimonio a una mitad del capital social, según el art. 260.4 de la LSA y el art. 104.1 de la LSRL, darían lugar a la disolución de la sociedad. Con la existencia de préstamos participativos, es la suma del capital más éstos, la que determina que la sociedad debe disolverse si las pérdidas alcanzan dicha suma. O sea, que la necesidad de disolver la sociedad se produce sólo si se alcanza una cifra de pérdidas superior a la que determinaría tal disolución si no hubiera préstamos participativos.

Dichos préstamos participativos están considerados como deuda subordinada por la voluntad de las partes, según previene el art. 92.2º L.C. por lo que, en caso de concurso y consecuente liquidación, los demás acreedores cobrarán antes que los subordinados cuya posición se aproxima a la de los accionistas.

El Real Decreto Ley 8/1983 de 30 de Noviembre prohibió la amortización anticipada de los préstamos participativos si no se compensaba con una aportación equivalente de fondos propios, salvo que la amortización proviniera de una regularización de activos. Posteriormente el Decreto Ley 7/1996 de 7 de Junio suprimió la salvedad que permitía la amortización como consecuencia de la regularización de activos. Dicho Decreto Ley permite que las partes contratantes acuerden una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada.

Otro tratamiento de los créditos concursales es el que pueda resultar de los convenios, pactos y cláusulas que convengan las partes (art. 1255 C.c. y art. 100.2.L.C.). Este último artículo considera que el convenio puede contener una proposición alternativa consistente en la conversión del crédito en acciones, participaciones o préstamos preferentes.

El socio acreedor u otros socios especialmente relacionados con el deudor, pueden convertir sus créditos en acciones, participaciones o préstamos preferentes y eludir con ello la calificación de su crédito como subordinado. Tal posibilidad es poco atractiva para el socio acreedor pues en caso de concurso y liquidación de la sociedad, la posibilidad de recuperación del valor o de parte del valor de las acciones o participaciones que ostente sólo podrá tener lugar una vez pagados todos los créditos lo cual hace muy improbable que pueda recuperar algo. La conversión puede tener por objeto acciones o

participaciones de una sociedad del grupo de la concursada pero distinta de ésta.

Los créditos convertidos, se entenderán satisfechos por efecto de la novación y el deudor quedará liberado. Evidentemente la conversión requiere el consentimiento del acreedor al que no puede venirle impuesta (art. 134.1.II L.C.)

Para impedir que los socios acreedores, a la vista del inminente concurso del deudor y conscientes de que sus créditos van a ser calificados como subordinados, reclamen los créditos que ostentan y consigan que el deudor los amortice, antes de la declaración de concurso, el art. 71 L.C. establece las acciones de reintegración de los actos perjudiciales para la masa activa y tal amortización sería un acto perjudicial para la masa activa.

Estas acciones rescisorias son compatibles con otras acciones de impugnación de actos perjudiciales (art. 71.6. L.C.), al amparo de los artículos 1111 C.c. (actos realizados en fraude de acreedores, acción pauliana) y 1291.3.C.c., lo cual permite instarlas para aquellos actos perjudiciales para la masa activa, anteriores a los dos años antes de la declaración de concurso, que no pueden rescindirse en el ámbito de la L.C.(art. 71.1.L.C.). Dichas acciones de impugnación alcanzan a actos realizados en los cuatro años anteriores a la declaración de concurso, espacio de tiempo que, superado, da lugar a la caducidad de la acción. La competencia para tales acciones corresponde al juez del concurso por tratarse de acciones civiles con trascendencia patrimonial (art. 8.L.C.) y se tramitarán como incidentes concursales (art. 72.2 L.C.).

En el caso de rescisión concursal de actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor, el crédito que corresponda a la devolución de la contraprestación recibida por el deudor, salvo que la sentencia apreciara mala fe en el titular de este crédito, es un crédito contra la masa (art.84.2.8º L.C.). Si hubiera mala fe en el acto impugnado, sería un crédito subordinado de la clase sexta.

El texto del artículo 84.2.8º L.C., no excepciona del carácter de crédito contra la masa el hecho de que la acción rescisoria se haya dirigido contra una persona especialmente relacionada con el deudor, ya que el crédito surgido con la rescisión es postconcursal y por tanto contra la masa, salvo que se apreciara mala fe.

Posiblemente podrían verse indicios de mala fe, en la persona especialmente relacionada con el deudor, que hubiese concertado una operación perjudicial para la masa, por el hecho de que siendo conocedora precisamente por su condición de especialmente relacionada con el deudor, de la situación de insolvencia inminente de éste, hubiese concertado la operación de forma especialmente ventajosa o cuanto menos con conocimiento del perjuicio que la operación implicaba para la masa activa del concurso.

La actual regulación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, en caso de concurso de éste, vino influenciada por lo regulado en otros ordenamientos, fundamentalmente el estadounidense en el que las "Bankruptcy Courts" pueden declarar, aplicando criterios de equidad, la subordinación de los créditos de determinados acreedores, La normativa americana parte de la idea de que en el círculo del deudor existen determinadas personas, denominadas "insiders" que tienen cierto control sobre el deudor y que pueden llegar a infringir el deber de conducta que pesa sobre ellos, en perjuicio del deudor o de sus acreedores. Para el correcto funcionamiento del sistema jurídico al aplicar las reglas de equidad, se procede a la subordinación de los créditos de quienes podrían infringir sus deberes de conducta.

La regulación española trata de superar los problemas de identificación de los "insiders" que ha planteado la doctrina estadounidense. La vigente L.C. incorporando la doctrina americana, considera que los "insiders", son las personas especialmente relacionadas con el concursado, por su proximidad familiar o por su posición jurídica en el ámbito de una determinada sociedad, lo que da lugar a su mejor conocimiento de la situación del concursado y a su ejercicio de un grado de control sobre él.

La diferencia entre las regulaciones de la cuestión en el ordenamiento americano y en el español, está en que en el nuestro, el círculo de "insiders" resulta determinado y resuelve de forma definitiva la calificación como "insider" o no "insider" de un deetrerminado acreedor al efectuar un listado de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93 L.C.), sin que deba demostrarse que ejercen algún tipo de control sobre el concursado. La indiferencia de la L.C. sobre el grado de implicación del acreedor en las finanzas del deudor da lugar a un régimen jurídico en el que la subordinación resulta automática: para la aplicación del riguroso régimen previsto en la norma resulta irrelevante la determinación de la intención que subyace a la concesión del crédito. El acierto de esta determinación automática de quien está especialmente relacionado con el deudor es, desde luego, discutible, pero por lo menos es clara.

En definitiva, la equidad en la que se basa la regulación estadounidense se ve desvirtuada en el sistema objetivado español, lo cual es coherente con el contenido del art. 3.2 C.c. La justicia material es sustituída por un sistema preventivo de presunción "iuris et de iure" según el que a determinados acreedores se les desincentiva con la consideración de que cualquier intervención crediticia con el deudor va a ser presumida como inequitativa, sin que quepa prueba en conrario.

El automatismo de la clasificación de las personas especialmente relacionadas con el deudor es un acierto en cuanto resulta obvio por la simplicidad procedimental que implica, lo cual reducirá la litigiosidad en el seno de los procedimientos concursales. Por otra parte, el citado automatismo va a desincentivar el crédito interno que, lejos de ser un peligro, es la unica fuente de financiación para muchas empresas y la única posibilidad para su reflotamiento.

Posiblemente hubiese sido más adecuado establecer una presunción de carácter "iuris tantum" que hubiera permitido al "insider" justificar las razones y condiciones por las que concedió el crédito.

Vista la regulación qu da el legislador español a los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, en caso de concurso de éste, la firmeza de la calificación de su crédito como crédito de un acreedor especialmente relacionado con el deudor, trae como consecuencia que el juez del concurso dicte auto declarando extinguidas las garantías reales de cualquier clase constituídas a favor de los créditos de que aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los Registros correspondientes (art. 97.2. L.C.)

La idea que subyace a esta norma de cancelación de garantías reales es la de entender que el acreedor, persona especialmente relacionada con el concursado, en su supuesto ánimo defraudatorio, conocedor de que su crédito va a ser clasificado como subordinado, ha querido asegurar su crédito con garantías con el fin de lograr su completa satisfacción, pero el carácter subordinado de un crédito de persona especialmente relacionada con el deudor resulta incompatible con un sistema de garantías reales pues, si no fuese así, poco le importaría al acreedor que su crédito fuera clasificado como subordinado si se mantuviesen las garantías reales.

La cancelación de las garantías reales de los acreedores especialmente relacionados con el deudor, constituída afectando a bienes del concursado,

tiene su razón de ser en que su subsistencia perjudicaría a los demás acreedores al reducir la masa activa, pero las garantías personales que consistan en el aseguramiento de carácter personal, se entiende que subsisten a juzgar por el contenido del art. 87.6. L.C., que regula la subrogación del titular del crédito en caso de pago por el fiador. El garante que se subroga en el crédito de la persona especialmente relacionada con el deudor verá su crédito clasificado como "la calificación menos gravosa para el concurso", es decir la de crédito subordinado.

Nada dice el art. 97.2. L.C. sobre lo que sucede con las garantías cuando el deudor impugne en tiempo y forma la calificación de persona especialmente relacionada con el deudor, ya que el referido artículo contempla sólo la no impugnación de la calificación. La calificación impugnada por los trámites del incidente concursal dará lugar a un auto resolutorio que, de insistir en la consideración del impugnante como persona especialmente relacionada con el deudor, no es recurrible pero si el interesado protesta, podrá reproducir la cuestión en la apelación más próxima (art. 197.3. L.C.). Cuando la sentencia de la Audiencia haya adquirido firmeza, el fallo adquiere fuerza de cosa juzgada por lo que la administración concursal, en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de la impugnación deberá introducir modificaciones en el inventario, en la lista de acreedores y en su informe.

La posibilidad de obtener una sentencia favorable de quien haya impugnado su calificación como persona especialmente relacionada con el deudor es mínima ya que el juez no tiene margen de apreciación por cuanto la condición de persona especialmente relacionada queda claramente determinada en el art. 93 L.C.

Si el acreedor considerado persona especialmente relacionado con el deudor, no impugna su calificación como tal, al amparo de art. 97 L.C., la no impugnación y consecuente adquisición de firmeza de la lista de acreedores en la que la persona especialmente relacionada aparece en la lista de créditos subordinados, conlleva necesariamente la obligación impuesta al juez para que dicte auto declarando extinguidas las garantías reales de cualquier clase que protejan el crédito de las personas especialmenterelacionadas (art. 97.2.L.C.), y si el juez no lo hiciese, cualquier legitimado puede proceder a su solicitud. Sin embargo, aunque no se proclamase expresamente por el juez la extinción de las garantías, la calificación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, como créditos subordinados, unida a la falta de impugnación conlleva la extinción de la garantía "ministerio legis" por lo que el auto judicial tiene carácter declarativo y no constitutivo de

la extinción. Los efectos de tal extinción serán la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los Registros correspondientes. Sin embargo, según la L.H., el auto declarando la extinción de las garantías no es suficiente para cancelar la inscripción de determinadas garantías[90]. Según el art 174 RH la cancelación precisa de una resolución judicial firme que permita la cancelación del asiento practicado.

La colisión entre la previsión normativa regulada en la L.C. (art. 97 L.C.) y la normativa hipotecaria requiere un ajuste interpretativo. Así, el auto del juez declarando extinguidas las garantías no tiene carácter constitutivo, sino que las garantías han de entenderse extinguidas desde que deviene firme la lista de acreedores. El ministerio de la Ley es la causa de extinción automática de las garantías (art 82.2.L.C.)-

Como excepción al régimen de extinción de garantías, los trabajadores que sean acreedores del concursado, especialmente relacionados con él, personas naturales y que no gocen de privilegio especial, no sólo eludirán la calificación de créditos subordinados, sino que además, en virtud de lo dispuesto en el art. 97.2.in fine L.C., podrán mantener las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que fueran titulares

G) CRÉDITOS EN LOS QUE EL ACREEDOR DISFRUTA DE FIANZA DE TERCERO

Los acreedores ordinarios no relacionados con el deudor tienen reconocidos sus créditos contra la concursada (si procede su consideración de ordinarios), mientras no dispongan de fianza. Sus derechos frente a los fiadores o avalistas, se mantienen, es decir, no están afectados por la quita y la espera, si los acreedores en cuestión no han votado a favor del convenio, aunque éste haya sido aprobado por mayoría.(art. 135.1.L.C.) pero, si el acreedor hubiese votado a favor del convenio, dando explícitamente su conformidad a una quita y espera, en el marco de la aprobación del convenio en la junta de acreedores, iría contra la doctrina de los actos propios, el pretender que el avalista o fiador

[90] L.H. Artículo 82: Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causa-habientes o representantes legítimos.
Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva.
Si constituida la inscripción o anotación por escritura pública, procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro intereado exigirla en juicio ordinario.
Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas especiales que sobre determinadas cancelaciones se comprenden en esta Ley

le reintegrara la totalidad de su crédito, cuando en la junta de acreedores, el acreedor en cuestión, había votado explícita y voluntariamente a favor de la quita, en lugar de que le venga impuesta por decisión de la mayoría, con lo que si el fiador le pagase por la totalidad de su crédito, se subrogaría en los derechos del acreedor mermados por la quita votada por dicho acreedor.

Recordemos que el art. 1826 del C.C. dice así:

"El fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal…"

Por ello el fiador verá reducida su obligación en la medida en que el acreedor haya aceptado voluntariamente, si lo ha hecho, la quita acordada en la junta de acreedores, en virtud del artículo transcrito y del art. 136 L.C. relativo a la eficacia novatoria, que dice así:

"Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados 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 convenio."

En cuanto a la aceptación de la espera, si el acreedor ha expresado su conformidad a la misma, con su voto favorable en la junta de acreedores, el acreedor, frente a su fiador o avalista se verá afectado por el art. 1.851 C.C.:

"La prórroga concedida al deudor por el acreedor, sin el consentimiento del fiador extingue la fianza."

Se entiende, por tanto, que el fiador queda liberado de su compromiso, si el acreedor ha votado a favor de la espera.

Todo lo dicho en este capítulo, hasta ahora, dedicado a las fianzas o avales, se refiere a la fianza o aval no solidaria, es decir aquella, en la que la obligación del fiador o avalista por su carácter accesorio se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones (art. 1847 del C.C.), por lo que si la obligación del deudor principal se extingue parcialmente (quita) por su propia voluntad, en la misma medida se extingue la obligación accesoria del fiador, como hemos visto.

Por el contrario, si la fianza se constituyó con el carácter de "solidaria", la solidaridad pactada elimina el carácter accesorio propio de la fianza normal, con lo que la obligación del fiador o avalista, en tal caso tiene carácter

autónomo por lo que el fiador responde de la deuda ajena, como si de una propia se tratase y en nada le afecta la quita establecida en el convenio.

Otra cosa, y muy importante, es la clasificación que merecen los créditos con aval o fianza, tanto si se mantiene el acreedor como tal, como si ha sido sustituido por el fiador que se hubiese subrogado en los derechos del acreedor, al haberle pagado.

Aquí entra en juego el art. 87.6 L.C., cuyo texto transcribimos a continuación:

"Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador."

Este artículo es, con seguridad, el que ha despertado mayor polémica entre los juristas, que han hecho correr ríos de tinta en sus comentarios, tratando, muchas veces de sugerir una interpretación correctora o teleológica del mismo, variando el significado de su contenido, cuya interpretación correctora ha sido acogida por algunos jueces, sin que tengamos constancia de que hasta hasta ahora haya alguna sentencia de lasAudiencia Provincial manifestándose sobre el tema.

La interpretación teleológica invocada por los opositores al contenido del art. 87.6 se basa en que la "ratio" es el alma de la ley, la clave fundamental para interpretar aquellas normas que no son claras, pero la invocación del·"espíritu" y de la "finalidad" de la norma tiene dos límites:

-la claridad de la norma, que no permite tergiversarla,
-la busca del espíritu y de la finalidad de la norma, no permite suposición sobre las intenciones que la han motivado y que no constan ni pueden inventarse.[91]

A mayor abundamiento, la interpretación del artículo se ve reforzada por el sintagma, es decir por el conjunto de palabras, "en todo caso" que se contiene en el artículo, que significa "siempre" o en "cualquier circunstancia" o "sin

[91].Díez Picazo, L y Gullón,A en *"Sistema de Derecho Civil"*volumen 1,8ªedición 1992 ,pag 176 "El espíritu y la finalidad de la norma tienen que ser descubiertos por el intérprete con la ayuda precisamente de los otros criterios hermenéuticos, principalmente el histórico. Por ello no parece correcta la premisa sobre la que se asienta el art. 31 del C.C. pues no es que el espíritu y la finalidad de la norma debe ser el faro que guía al intérprete. En la inmensa mayoría de los casos es la interpretación la que ha de decidir aquel espíritu y finalidad."

excepciones", por lo que los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de atenerse al sistema de fuentes establecido (art. 1.7.C.c..) y en el artículo comentado no se dice que, la subrogación, sea el presupuesto para la aplicación de la norma sobre calificación contenida en el artículo comentado.[92]

La interpretación correctora de este artículo, pretende entender, que la calificación del crédito, como menos gravosa para el concurso, entre las que corresponden al acreedor y al fiador, sólo operaría en el caso de que el fiador hubiera sustituido por pago al acreedor, no siendo aplicable la calificación menos gravosa al crédito del acreedor, mientras éste siga teniendo tal condición.

Tal ha sido la oposición de los contrarios al contenido del artículo, que incluso se dirigió consulta a la Real Academia de la Lengua Española, sobre el significado que tiene el sintagma "estos créditos", en la referida norma y la Academia confirmó que la expresión hacía referencia a los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero.

Resulta sorprendente que para la interpretación de un artículo, se haya acudido a la Real Academia Española, olvidando que el C.c. en sus artículos 3 y 4 establece las normas de interpretación, y concretamente en el art. 3 se dice: "Las normas se interpretarán según…los antecedentes históricos y LEGISLATIVOS…". Parece por tanto que si cabe alguna duda interpretativa, podría resolverse con la revisión de las actas de las sesiones en el Congreso de los Diputados y en el Senado que constituyen los antecedentes legislativos a que hace referencia el repetido artículo del C.c.

Lo cierto es que las normas legales sólo se derogan por otras posteriores (art. 2.2 del C.C.) por lo que la interpretación correctora es "contra legem" y debe ser rechazada.

Este artículo quiere decir, en definitiva, que todos los créditos afianzados, tanto si el acreedor no se ha dirigido al fiador para el cobro, como si lo ha hecho y ha sido o no atendido, ante el concurso, estos créditos, tanto si los ostenta el acreedor, como si los ostenta el fiador como subrogado, se califican como créditos subordinados por ser esta categoría la menos gravosa para el concurso.

[92] Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid *"La nueva ley concursal"* Tomo I, pag. 24 "En ninguno de los elementos gramaticales de la norma objeto de examen resulta que la opción consista entre calificar el crédito según la calificación que correspondiese al acreedor "pagado" (esto es ya satisfecho) y la que correspondiese al fiador pagador"

La oposición al contenido de esta norma ha venido alimentada por las instituciones financieras para las que, tener un crédito afianzado, significa ahora, que si no cobran del fiador, su posición ante el concurso es la de acreedor subordinado, mientras que si no hubieran tenido fiador, su crédito sería ordinario.

Se ha dicho que esta norma es asimétrica, por cuanto, si el crédito ordinario goza de una garantía real sobre bien de propiedad ajena al deudor no se degrada pero, si la garantía es personal, como hemos visto, el crédito es preterido a la clase de los subordinados.

Es de observar, y esto es importante, que en la relación de créditos que daben considerarse subordinados (art. 92 L.C.), no se citan los créditos afianzados, lo que podría llevarnos a considerar que en principio no están subordinados, pero que, cuando el fiador se ha subrogado en el derecho del acreedor, y ha afianzado por ser posiblemente persona relacionada con el deudor, en virtud del art. 92.5º L.C, entonces sí que se trata de un crédito subordinado

La polémica puede verse resuelta, a la vista de que la Junta de Jueces de lo Mercantil de Madrid, en su reunión del 8 de Abril de 2005, según consta en el Acta 14/2005, manifestó la unánime coincidencia de opinión interpretando el art. 87.6.L.C. en el sentido de que la calificación menos gravosa para el concurso, entre las que corresponden al acreedor y al fiador, sólo operaría en caso de que el fiador hubiese sustituído por el pago al acreedor, no siendo aplicable al crédito del acreedor cuando éste siga teniendo tal consideración.

Por otro lado, si el crédito, por haber sido concedido por personas especialmente relacionadas con el deudor, es subordinado de origen, y goza de garantía real, dicha garantía real quedará extinguida, y así lo ordenará el juez (art. 97.2 de la L.C.).

Si aceptásemos la interpretación de que los créditos afianzados son subordinados, las previsibles consecuencias serían:

a)Las entidades bancarias, a la vista del art.87.6 tenderían, previsiblemente a conceder préstamos a quienes hubiesen sido fiadores, para que sean éstos los que financien las necesidades del deudor en apuros, o bien buscarian garantías reales ofrecidas por los pretendidos fiadores, en lugar de garantías personales para garantizar los futuros créditos.

b) Los acreedores perderían interés por solicitar la fianza personal de los administradores o socios de la sociedad deudora en dificultades, y dejarían de presionarles para que constituyan tal fianza ya que, p.e. una empresa que tuviera sólo diez acreedores, de los cuales nueve tuviesen su crédito afianzado, estos nueve acreedores tendrían sus créditos calificados como subordinados en la lista de acreedores de la concursada, aunque podrían dirigirse a los fiadores para cobrar. En cambio el acreedor cuyo crédito no estuviera afianzado, lo tendría calificado como ordinario y estaría por delante en el orden de cobro de su crédito.

c) Existiría el peligro, para la buena marcha del concurso, de que un acreedor importante con crédito afianzado, al comunicar a la administración concursal la existencia de su crédito, en cumplimiento del art. 85 de la L.C. pretendiese la calificación de éste como ordinario, ocultando la existencia de la fianza. Evidentemente el fiador tampoco tendría interés en hacer constar la existencia de la fianza.

Si la administración concursal no descubriera la ocultación, el acreedor cobraría su crédito a prorrata, según la marcha del concurso, al amparo del art.157 de la L.C. y posteriormente, sin conocimiento de la administración concursal, podría dirigirse al fiador para que le pagase el resto. Claro está que el fiador podría negarse alegando el fraude del acreedor, pero no es probable que lo haga, ya que, en definitiva si el acreedor tiene que devolver a la masa lo cobrado del concurso, la obligación del fiador será por la totalidad de lo afianzado.

Tan grande es la polémica en torno al art.87.6 de la L.C. que incluso cabe la siguiente interpretación del mismo:

El fiador, en tanto no haya tenido lugar la declaración del concurso, ni haya pagado al acreedor, nada acredita ante la empresa en apuros. Es cuando, tras la declaración del concurso, a instancia del acreedor, le paga a éste, cuando nace su crédito contra la concursada y siendo este crédito posterior a la declaración del concurso, es un crédito contra la masa, lo cual, de ser así reconocido por la administración concursal y por el juez, le resultaría extraordinariamente beneficioso por cuanto, la calificación del crédito como crédito contra la masa, implica la preferencia de cobro frente a los créditos concursales.

No ha habido sentencia que así lo reconozca, hasta el momento, pero el razonamiento parece digno de consideración aunque, evidentemente, es incierto alegar que el crédito del fiador nace en el momento de su pago al

acreedor pues, dicho crédito trae causa de un crédito claramente concursal, por ser anterior a la declaración del concurso y la subrogación en este crédito tiene lugar con todas sus características.

H) IMPROCEDENCIA DE LA CONSIDERACIÓN DEL SEGURO DE CRÉDITO COMO FIANZA AFECTADA POR EL art. 87.6 L.C.

Un análisis superficial del seguro de crédito podría llevarnos a su equiparación a la fianza y, en consecuencia, a su afectación a la normativa establecida en el. art. 87.6 L.C., pero la diferenciación está en que, en la fianza, el acreedor puede dirigirse al fiador cuando el deudor no paga, y en el seguro de crédito el impago del deudor es debido a una insolvencia declarada que constituye el siniestro que se asegura.

La regulación del seguro de caución y del de crédito, se encuentra en la Ley 50/1980 de 8 de Octubre: "Ley de Contrato de Seguro", en los art. 68 al 72, donde claramente se establece que el seguro tiene como objeto indemnizar al asegurado las pérdidas finales a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores. En el art. 70 de dicha Ley, se determinan los supuestos en que se reputa la insolvencia definitiva del deudor.

La S.T.S. (Sala de lo Civil) de 19 de Mayo 1990 (R.J. 1990/3741), en el fundamento de derecho cuatro, dice así:

"…La diferenciación entre el contrato de fianza y el contrato de seguro de caución, ya se considere éste como una figura de seguro autónoma al modo que lo hace el art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de Octubre de 1.980, ya se considere como una modalidad del seguro de crédito, presenta ciertas dificultades nacidas de la idéntica función de garantía que cumplen ambos contratos, no obstante lo cual, la mayoría de la doctrina, tanto civilista como mercantilista, se pronuncian por su neta separación; así mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido, de donde se desprende que para que el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación contraída es bastante el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo, se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos, aparte de otras como el carácter accesorio de la fianza frente al de

principal obligación del asegurador, se ponen de manifiesto en las definiciones que de uno y otro contrato se dan en nuestros textos legales, así el art. 1822, párrafo 1º, del Código Civil dice que el art. 68 de la Ley de contrato de Seguro define esta clase de seguro diciendo que "por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento del tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato."

Por tanto, la compañía de seguros de crédito, se subrogará en la posición del asegurado-acreedor en la lista de acreedores del concurso, sin variación en la calificación del crédito respecto a la que inicialmente correspondía al acreedor.

I) SUBROGACIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) EN LOS CRÉDITOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES PAGADOS POR DICHO FONDO

Es de destacar, y es digno de comentario, la norma de subrogación de FOGASA, cuando este fondo ha pagado a los trabajadores sus créditos por salarios e indemnizaciones, contra la entidad concursada.

El art. 33.4 del Estatuto de los Trabajadores dice así:

"El Fondo asumirá las obligaciones especificadas en los números anteriores (abonar a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores) previa instrucción de expediente para la comprobación de su procedencia.

Para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el art. 32 de esta Ley. Si dichos créditos concurriesen con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes."

En definitiva FOGASA es fiador legal de los créditos de los trabajadores, en cuanto al crédito de éstos por sus salarios e indemnizaciones, pero su subrogación tras el pago, no tiene el tratamiento del art. 87.6 de la L.C., que se refiere a fiadores voluntarios de particulares y que le daría a tal subrogación la calificación que resultase menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador (créditos subordinados).

A mayor abundamiento, el Real Decreto 505/1985 de 6 de Marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, en el capítulo dedicado a las "acciones de subrogación" y concretamente en el art. 30.3, dice así:

"Los créditos adquiridos por el Fondo de Garantía Salarial en virtud de la subrogación conservarán el carácter de privilegiados que les confiere el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores y el que pueda corresponderle por aplicación de la legislación civil y mercantil. Cuando tales créditos concurran con lo que puedan conservar los trabajadores por la parte no abonada por el Fondo de Garantía Salarial, unos y otros se satisfarán a prorrata de sus respectivos importes."

Puede parecer sorprendente el "castigo" que merecen los fiadores voluntarios particulares (art. 87.6 de la L.C.), frente a los fiadores legales como FOGASA.

J) LOS CRÉDITOS POR TRABAJO PERSONAL NO DEPENDIENTE Y DE LOS TITULARES DE UNA PROPIEDAD INTELECTUAL QUE HAYAN CEDIDO LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE ÉSTA

Dichos créditos están incluidos en la relación de los que gozan de un privilegio general (art. 91.3º.LC.) por considerar que sus titulares se encuentran en una situación de relativa debilidad respecto de su contraparte. Dicho privilegio procede del art. 913.1º.c) del C.Co.[93] y alcanza a los agentes comerciales que están en una relación laboral especial con su principal, próxima a la de un asalariado.

El contenido del art. 91.3º L.C. induce a considerar que el privilegio alcanza al trabajo de profesionales que, aunque propiamente no están en relación de subordinación, prestan su trabajo personal de asesoramiento: abogados, auditores, consultores, asesores de todo tipo. Tales contratos son de arrendamiento de servicios pero, en definitiva, implican un trabajo personal no dependiente por lo que pueden acogerse al privilegio considerado.

[93] Garrido: "*Tratado de las preferencias del crédito"* Edición año 2000: "Es posible que este artículo respondiera a un primer conato de tutela de los trabajadores en el que estos sujetos se ven beneficiados, indirectamente, por una norma cuya función no es sino la de proteger al deudor para que no se vea abandonado por sus trabajadores al encontrarse al borde de una situación de insolvencia y que en la actualidad deba estar dirigido a titular los intereses de quienes se encuentran en una situación de parasubordinación que es característica de numerosas relaciones contractuales"

El trabajo personal que se considera objeto de protección es el realizado por personas físicas, no alcanzando el privilegio crediticio a las personas jurídicas con ánimo de lucro, ya que lo que se protege son los medios de sustento o de mantenimiento del trabajador.[94] El privilegio abarca sólo los créditos devengados en los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

En el caso del titular de una propiedad intelectual que ha cedido sus derechos y a quien se le deba la contraprestación correspondiente a los últimos seis meses, el privilegio trae causa de la general consideración de que el cedente está en una situación de debilidad respecto al cesionario.

[94] Valpuesta Gastaminza, E.*: Créditos con privilegio general"(Comentarios a la Ley Concursal*, director Cordón Moreno, F**.** Thomson Aranzadi, pag 722 "En particular si el acreedor de una prestación de servicios es una sociedad o ente mercantil (por ejemplo una firma de auditoría de cuentas, una empresa de asesoría empresarial) difícilmente podríamos decir que tal sociedad desempeñó un trabajo personal (aunque es evidente que una persona física sí realizó tal trabajo, pero por cuenta de la sociedad, a la que corresponde el crédito) Quizás se nos podría decir que es un criterio formalista, pero nos parece que no tendría sentido conferir a una sociedad un privilegio por trabajo personal."

2. EVENTUAL REMANENTE TRAS EL HIPOTÉTICO PAGO DE TODOS LOS CRÉDITOS EN CASO DE LIQUIDACIÓN DE LA CONCURSADA

La Ley Concursal establece la clasificación de los créditos, en créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, créditos ordinarios y créditos subordinados. La lectura del contenido de cada uno de estas clases de créditos, demuestra que el estudio que se ha hecho para tal clasificación ha sido exhaustivo, pero lo que no dice la L.C. es que, una vez que la totalidad de estos créditos hubiera sido satisfecha, en su caso, el remanente corresponderá a los socios a prorrata de las acciones (Sociedad Anónima) o participaciones (Sociedad Limitada), de las que cada socio o partícipe sea titular, o bien, el remanente corresponderá al comerciante individual si tal era la condición del concursado.

La regulación de la distribución del patrimonio social, tras haber satisfecho a todos los acreedores, se contiene en los Artículos 276 y 277 de la Ley de Sociedades Anónimas y en el 116 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Puesto que la distribución del patrimonio restante tras el pago a todos los acreedores, tras el proceso de liquidación, está regulada en las leyes indicadas, no era necesario que la L.C. dijese nada al respecto y por ello nada dice, pero el hecho de que tan importante cuestión ni tan siquiera se cite en la L.C., ni se haga remisión a las leyes específicas indicadas, refleja quizás la poca atención del legislador a la suerte de los comerciantes individuales o a los socios ahorradores que con toda probabilidad, habrán perdido todo su capital o toda su inversión, o buena parte del mismo, cuando su dinero, es tan valioso como el de los acreedores, cuya satisfacción tan justificadamente se protege.

El legislador hubiera debido recordar, aunque sólo fuera por razones de respeto, que si no ha quedado remanente tras el pago a los acreedores, el comerciante individual se ha quedado en la ruina puesto que ha respondido con todos sus bienes presentes y futuros (C.C. art. 1911) y, si se trata de una persona jurídica, los socios que invirtieron sus ahorros, los habrán perdido, al igual que los acreedores han perdido su dinero en cuanto a lo que no hayan cobrado, pero a los ahorradores socios de la concursada la L.C. no les dedica ni un pensamiento.

Parece como si la única compensación que pueda esperar el concursado o los administradores de la concursada, es que no se califique el concurso como culpable, es decir que se califique como fortuito. Menos mal!

Acaso hubiera podido preverse aunque fuese simbólicamente una clase adicional de créditos aunque fuese preterida respecto a los subordinados y denominada p.e."créditos contra el patrimonio remanente", en la que apareciesen los socios o partícipes de la sociedad concursada, por los importes de las acciones o participaciones globales de que fueran titulares, a su valor nominal ya que, por dicho valor nominal las suscribieron en su día, si las suscribieron en el momento de la constitución de la sociedad o de sus ampliaciones de capital o a su valor de compra en otro caso y el feliz término de la liquidación con remanente significaría que recobrasen de lo que pusieron en su día, cuanto menos una parte.

3. CRÉDITOS TRIBUTARIOS Y DEMÁS DE DERECHO PÚBLICO Y LOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Los créditos tributarios con privilegio especial son:

a) Los créditos garantizados con hipoteca legal tácita (art.90.2.L.C.), como son las cuotas del Impuesto municipal sobre bienes inmuebles del año en que se ejercita la acción administrativa de cobro y del inmediato anterior,

b) Los créditos que gozan del derecho de afección (art.43.I,d), 79.1 y 79.2 de la LGT, (Ley 58/2003 de 17 de Diciembre) y 64.1 del Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales (cuotas del Impuesto sobre transmisones patrimoniales).

c) Posiblemente también los créditos que gozan del derecho de retención (art. 80.LGT. 58/2003 de 17 de Diciembre) (aranceles o IVA a la importación).

d) Los créditos por retenciones tributarias, no ingresadas en la Hacienda Pública o a la Seguridad Social

Las cantidades debidas a la Hacienda Pública pueden ser de tres categorías:

A) La cuota tributaria, denominada obligación trbutaria principal (art. 19 y 58.1 LGT)

B) La deuda tributaria que resulta de la suma de la cuota tributaria más las obligaciones accesorias (art. 58.2.LGT)

C) Las sanciones tributarias (art. 58.3. LGT)

En principio parecería admisible que el privilegio general alcanzara a todas las cantidades debidas a la Hacienda Pública, cualquiera que fuera su naturaleza o denominación, pero atendiendo a la finalidad de las normas, la protección que debe tener el tributo es en atención al cumplimiento de los fines del Estado y de los demás Entes Públicos territoriales como destáca el art. 31.1 de la Constitución Española.

En otras palabras, el privilegio no trae causa de la calidad personal de su titular (Estado, Comunidades Autónomas o Entres Locales) sino que el privilegio se debe a la naturaleza del crédito y al interés colectivo tutelado o sea que el privilegio general sólo debe alcanzar a la cuota tributaria.

Las prestaciones que formando parte de la deuda tributaria, que no deben gozar del privilegio general serían:

a) El interés de demora que tiene una finalidad indemnizatoria y resarcitoria por el retraso en el pago del tributo, evitando así el enriquecimiento ilícito de quien dispone (supuestamente) de unas sumas de dinero debidas, más allá del momento en que había de cumplirse la prestación. Al interés de demora le corresponde la calificación de crédito subordinado (art. 92.3ºL.C.)

b) Los recargos por declaración extemporánea que tienen una naturaleza similar a la del interés de demora, porque tienen como objetivo indemnizar al fisco por el pago de los tributos y, a su vez, tienen un carácter disuasorio al equipararse a las sanciones (art. 10.2. II LGT).

c) Los recargos del período ejecutivo van escalonados (art. 28 LGT), según se indica a continuación:

Recargo ejecutivo: 5 % de la cuota cuando se pague el tributo después de finalizado el plazo de ingreso, pero antes de ser notificada laprovidencia de apremio.

Recargo de apremio reducido: 10% cuando se pága el tributo en un plazo muy breve, despuésde notificada la providencia de apremio.

Recargo de apremio ordinario: 20% cuando se paga transcurrido el plazo concedido al notificarse la providencia de apremio.

Los recargos ejecutivo y de apremio reducido tienen naturaleza indemnizatoria que se manifiesta en el hecho de que sean incompatibles con los intereses de demora o los recargos por declaración extemporánea y, por tanto son créditos subordinados (art. 92.4º L.C.)

En cuanto al recargo de apremio ordinario que para unos tiene un carácter resarcitorio, para otros son multas coercitivas (art. 99 LRJAP y del PAC 30/1992 de 26 de Noviembre) y para otros es una sanción, considerando que dicho recargo se destina a profesionales independientes por su gestión de cobro, no tiene el mismo fundamento que los tributos y por ello no debe tener la protección que se concede a éstos y debe considerárseles crédito subordinado.

d) Las sanciones tributarias de carácter pecuniario, si se admitiese la prelación general del art. 77 LGT y por tanto el privilegio general previsto en el art.

91.4 L.C., significaría hacer recaer las consecuencias de una acción antijurídica (involuntaria) del concursado sobre sus acreedores y sería una vulneración de los principios constitucionales de culpabilidad y personalidad de la pena. Por ello el art. 92.4º L.C. califica las sanciones como créditos subordinados.

Los créditos tributarios, en caso de concurso de acreedores, si no gozan de por sí de un privilegio especial, tendrán el carácter de créditos privilegiados hasta un cincuenta por ciento de su importe (art. 91.4º L.C.).

La interpretación sobre la base sobre la que debe aplicarse el porcentaje del 50 %, al que se refiere el art. 91.4º L.C. y a qué créditos debe aplicarse el límite así precisado, no es pacífica:

a) Algunos interpretan que el límite del 50% debe calcularse excluyendo algunos créditos de la Hacienda Pública (creditos con algún privilegio especial o general reconocido expresamente y créditos subordinados) o, dicho de otro modo, considerando sólo el importe de los créditos tributarios no clasificados expresamente por la L.C.

b) Otros interpretan que el límite debe calcularse sobre la totalidad de los créditos de la Hacienda Pública. Evidentemente es el criterio de la inspección tributaria.

4. RETENCIONES TRIBUTARIAS Y DE SEGURIDAD SOCIAL, NO INGRESADAS TEMPESTIVAMENTE

art. 91. L.C. “Creditos con privilegio general.- Son créditos con privilegio general….:2. Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.”

Parece oportuno referirse a épocas pasadas, cuando ciertos sectores de opinión, consideraban que la falta de ingreso de estas retenciones tributarias y de Seguridad Social, constituía una apropiación indebida.

Basta examinar la tipificación del delito de apropiación indebida en al art. 252 del C.P., para ver que el empresario, ahora concursado, no ha cometido tal delito, al no ingresar las retenciones referidas.

“art. 252 C.P.: Serán castigados con las penas del Articulo 249 o 250, en su caso, los que, en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.”

Es obvio que el empresario, ahora concursado, no ha recibido del obrero el importe de las retenciones a ingresar pues, lo que ha hecho, es pagar al obrero el importe neto de su salario, probablemente por no poder disponer de medios para pagarle el salario completo del que deducir la retención correspondiente. Es más, si el empresario no hubiese pagado nada al obrero, habría contraído una deuda morosa con él, pero no se consideraría que se había apropiado indebidamente del importe de su salario.

Lo que no podemos, es hablar de apropiación indebida de un dinero que por inexistente no ha ingresado en el patrimonio del obrero, ni se ha podido retener. Lo que ha sucedido es que sobre el empresario recae la obligación de ingresar la parte de cuota a cargo del obrero y hallándose en estado apurado, no ha dispuesto de medios para cumplir tal obligación.

En consonancia con la consideración de que las retenciones no ingresadas no constituyen apropiación indebida, la L.C. especifica que tendrán la consideración de créditos con privilegio general, sin mención alguna a delito

de ninguna clase, según hemos visto en el art.91 L.C., transcrito al inicio del presente epígrafe.

No obstante el anterior razonamiento, los art.22.4 y 22.5 del RD 2064/1995 de 22 de Diciembre referente al "Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social", dicen así:

"art. 22.4. La aportación del trabajador en la cotización respecto del mismo por contingencias comunes será de su exclusivo cargo, siendo nulo todo pacto en contrario.
El empresario descontará a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que corresponda a cada uno de ellos. Si no efectuase el descuento en dicho momento no podrá realizarlo con posterioridad, quedando obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo.
art. 22.5 El empresario que, habiendo efectuado tal descuento, no ingrese dentro del plazo las aportaciones correspondientes a sus trabajadores incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante las Entidades gestoras de la Seguridad Social y Tesorería General de la misma, sin perjuicio de las responsabilidades PENAL y administrativa que procedan".

Si la lectura de estos artículos nos desorienta respecto a lo afirmado de que no hay responsabilidad penal, recordemos que en el texto definitivo de la L.C., se ha optado por suprimir el "derecho de separación" respecto a la masa activa, que en el art. 75.4º del Proyecto de Ley, se reconocía a favor de los titulares de créditos públicos, por las cantidades que se hubieran declarado por el concursado como retenciones tributarias o de la Seguridad Social, en cumplimiento de obligaciones legales, lo que había dado lugar a críticas doctrinales perfectamente justificadas, por cuanto suponía atribuir a la Administración un intolerable trato de favor al configurar tales cantidades, no como un crédito más, sino como una especie de depósito reivindicable, sustraído a la concurrencia al cobro con los restantes acreedores.[95]

[95] Si la lectura de los art. 22.4 y22.5 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de derechos de la Seguridad Social que se han transcrito, nos desorienta respecto a lo afirmado de que no hay responsabilidad penal, veamos la nota al pié de la obra de Díez Soto, C.M *"Concurrencia y prelación de créditos: Teoría General"*, Editorial Reus,S.A. pág. 218 ":…las cantidades retenidas en concepto de IRPF e I.S. habían de considerarse como deudas tributarias y no como depósito" o sea, en otras palabras las retenciones no practicadas son deudas y no depósitos apropiados indebidamente.

CAPITULO VII
¿CONVENIO O LIQUIDACIÓN?

1.GENERALIDADES

Finalizada la fase común del procedimiento concursal, en la que se habrá determinado el inventario y la lista de acreedores, definitivos, se abre la fase de convenio que puede desembocar en el logro de un convenio concursal o en la liquidación, tanto en el procedimiento común como en el abreviado.

Esta fase de convenio es contingente porque no procedera su apertura si se ha aprobado judicialmente una propuesta anticipada de convenio concursal o si se dicta auto de conclusión del concurso por darse alguna de las causas enumeradas en el art. 176 L.C. Tampoco tendrá lugar la fase de convenio si el concursado ha solicitado la liquidación, en los distintos momentos a los que se refiere el art. 142 L.C. Si se abre la fase de convenio y no se logra la aprobación de un convenio concursal, tendrá lugar de oficio la apertura de la liquidación (art. 143 L.C.)

El convenio del concursado con los acreedores tiene naturaleza negocial, actuando los acreedores en régimen de mayoría, con la particularidad de que los acuerdos obligan a los disidentes y también con la particularidad de que algunos acreedores carecen de voto (los titulares de créditos subordinados y los que hubieran adquirido su crédito por actos inter vivos, después de la declaración de concurso, según el art. 122 L.C.)

En el convenio se cumplen las reglas propias de la teoría general del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa), aunque con las limitaciones, en cuanto al contenido del convenio, que aparecen en el art. 100 L.C., que son mucho más rigurosas que las genéricas del art. 1255 C.c. (que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público).

En cualquier caso, el acuerdo de convenio concursal precisa su aprobación judicial, aunque no haya habido impugnación, como garantía de control objetivo del cumplimiento de las limitaciones y requisitos impuestos por la Ley. La impugnación del convenio sólo puede realizarse en los plazos y por las causas que se contienen en el art. 128 L.C

El consentimiento a un convenio puede haberse expresado por las adhesiones a las que se refiere el art. 103 L.C., o por la votación favorable emitida en la junta de acreedores, al amparo del art. 121 L.C.

La L.C. no ha regulado los convenios amistosos extrajudiciales preventivos de la situación de concurso que se realicen entre el deudor y, normalmente, los acreedores más relevantes. Tales convenios no están prohibidos por nuestro

derecho, sometiéndose sólo a los límites generales del art. 1255 C.c. pero, si el deudor está ya en estado de insolvencia al alcanzar el acuerdo amistoso extrajudicial, cualquier acreedor podrá, cumpliendo los requisitos de los art. 2.4 y 7 L.C. pedir su concurso para evitar que este pacto amistoso, en el que no ha tenido participación, le pueda perjudicar si así lo estima.

2. PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO CONCURSAL

"Art. 106.L.C. Admisión a trámite.1 Para su admisión a trámite, la propuesta (anticipada de convenio) deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados, prestadas en la forma establecida en esta ley y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor.
2. Cuando la propuesta anticipada de convenio se presentara con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste, el juez resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración de concurso…."

La adhesión de acreedores a la propuesta anticipada de convenio formulada por el deudor, deberá hacerse sin contraprestación del mismo, aunque nada diga el artículo transcrito, pues tal contraprestación perjudicaría, con seguridad, a la masa activa del concurso y podría ser objeto de rescisión al amparo del art. 71 L.C. que dice así:

"Art.71.L.C. Acciones de reintegración.-1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta."

En otras palabras, quienes se adhieran a la propuesta anticipada de convenio han de hacerlo graciosamente y por creer que el convenio es viable y les beneficia.

Por otra parte, el deudor en dificultades, al buscar la adhesión de acreedores a su propuesta anticipada de convenio con el fin de presentarla junto con la solicitud de declaración de concurso, debe ser cauto, pues si los acreedores que no estarían dispuestos a adherirse, tuvieran conocimiento de que el deudor está gestionando un acuerdo de adhesión, viendo inminente la presentación de la solicitud de declaración de concurso, es muy posible que quisieran adelantarse, instando el concurso necesario del deudor, si se dan los hechos del art. 2.4.L.C., con lo que el deudor, en principio, salvo pronunciamiento en otro sentido del juez, perdería sus facultades patrimoniales que pasarían a la administración concursal y, si la administración concursal considera que el deudor no ha cumplido el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario, no podrá presentar propuesta anticipada de convenio (art. 105.6º. L.C.).

Precisamente, para evitar la divulgación de la inminente solicitud de declaración de concurso y los riesgos que ello implica, es probable que no sea

frecuente en la práctica, la presentación de propuesta anticipada de convenio junto con la solicitud de declaración de concurso. Tiempo tendrá el deudor para convencer a acreedores que conujuntamente sean titulares de más de un quinto del pasivo para que apoyen la propuesta anticipada de convenio que puede presentar hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art. 104.1.L.C.)

La propuesta anticipada de convenio se regula en los artículos 104 y siguientes de la L.C. debiendo destacarse que la posibilidad de propuesta anticipada de convenio efectuada por el deudor está limitada por las prohibiciones del art. 105, además de venir condicionada su presentación, a que tenga lugar entre determinadas fechas, desde la solicitud de concurso voluntario, o desde la declaración de concurso necesario, hasta la expiración del plazo para comunicación de créditos y para su admisión a trámite, como hemos visto, deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados, cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor.[96]

El Artículo 105 de la L.C. contiene una lista de las prohibiciones que impiden la formulación de la solicitud de propuesta anticipada de convenio que son: concursado condenado por delitos contra el patrimonio, o por otros delitos, falta de depósito de las cuenta anuales en alguno de los tres ejercicios anteriores, no figurar inscrito en el Registro mercantil, cuando está obligado a ello, haber estado sometido a otro concurso no concluido antes de los tres últimos años, haber dispuesto de bienes a título gratuito en los últimos tres años, haber dispuesto de bienes en condiciones que no fueran las normales en el mercado en los últimos tres años, pago de obligaciones no vencidas en los últimos tres años, haber constituido o ampliado las garantías reales para el aseguramiento de obligaciones preexistentes en los últimos tres años, haber efectuado actos que hayan sido declarados en fraude de acreedores por sentencia aunque no haya adquirido firmeza.

Además constituye prohibición para presentar propuesta anticipada de convenio el haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario o haber infringido los deberes u obligaciones que impone la ley

[96] Montón Redondo, A y Montón García, M *"El nuevo Proceso Concursal"*, obra citada en nota de pié de pág. nº 46. Pag.158: "La decisión judicial, admitiendo o no a trámite la propuesta se incluirá como un pronunciamiento más del auto de declaración del concurso, si aquella se hubiera formulado junto a su solicitud, o antes de que el juez se hubiera pronunciado sobre ella. Haciendo la propuesta en otro momento, lógicamente posterior a los indicados, resolverá por auto específico en los tres días siguientes a la presentación de aquella. En todo caso su decisión será irrecurrible pudiendo el juez, antes de pronunciarse, otorgar plazo (tres días) al concursado para subsanar los efectos detectados (art. 106.1 L.C.)"

como es el caso del deber de colaboración con la administración concursal o de presentarse ante el juez cuando ha sido requerido.

Parece que todo deudor ha de tener derecho a llegar a un convenio con sus acreedores, por perniciosa o fraudulenta que haya podido ser su actuación previa, pero el legislador ha considerado que sólo el comerciante que haya demostrado que se puede confiar en él, por cuanto su conducta no ha incurrido en los supuestos que dan lugar a las prohibiciones del art. 105 L.C, puede optar por presentar una propuesta anticipada de convenio que, de llegar a aprobarse por obtener las adhesiones suficientes, no habrá tenido que someterse a su discusión en la junta de acreedores.

Precisamente la abreviación del proceso del concurso, en virtud de la propuesta anticipada de convenio, es un logro y una novedad de la nueva ley concursal, que permite se tramite el proceso concursal suprimiendo la fase de convenio y la celebración de la junta de acreedores, con el ahorro de costes y de tiempo que ello significa y constituye una ventaja, no sólo para el deudor, sino también para los acreedores. De ahí las críticas que ha suscitado en la doctrina el establecimiento de las prohibiciones de presentar propuesta anticipada de convenio a quien esté incurso en los supuestos del art. 105 L.C.[97]

Igualmente se declarará sin efecto la propuesta anticipada de convenio, si el concursado incurriese en alguna de las causas antes indicadas tras su presentación o si se comprobase la concurrencia de los motivos de prohibición, tras haber sido admitida a trámite.

Si se verifica la existencia de alguna prohibición legal de las contenidas en el art. 105 L.C., el juez, de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte interesada y, en todo caso oído el deudor, declarará sin efecto la propuesta y pondrá fin a su tramitación (art. 105.2.).

Ahora bien, si la existencia de la incursión en las prohibiciones del art. 105 L.C. surge tras la aprobación judicial del convenio, parece que habrá de declararse su nulidad pues es un convenio aprobado cuando su tramitación se hizo con transgresión de las prohibiciones del art. 105.L.C. y se entiende que procederá la apertura de la fase de liquidación (art. 143.1.4º L.C.)

[97] Pulgar Ezquerra, J. "*Derecho Concursal*" 2003 Las soluciones al concurso de acreedores pag 443 "…parece que si lo que se persigue con el convenio es propiciar una solución conservativa al concurso, no debería condicionarse su posibilidad a la actitud del deudor…"

Sin embargo, a tal consideración hay que oponer el razonamiento de que el convenio ha recibido las adhesiones necesarias para su aprobación que, si se hubiese sometido a la junta de acreedores, en la fase de convenio, a propuesta del mismo deudor o de algún acreedor y con el mismo contenido, su aprobación hubiera sido eficz, sin tacha de nulidad.

Resultaría razonable que, a pesar del contenido del art.143.1.4º L.C., al constatar la anormalidad, no se abriera la fase de liquidación, sino que anulado el convenio por contravenir las prohibiciones del art. 105.L.C., se permitiera la continuación del proceso con la posibilidad de presentar la misma propuesta, en la fase de convenio, a la junta de acreedores (art.113.L.C.)

Todavía más complicado sería que la verificación de la presentación de una propuesta anticipada de convenio aprobada judicialmente en contravención de las prohibiciones del art. 105.L.C., tuviese lugar cuando el convenio estuviese en una fase avanzada de su cumplimiento o incluso tras su completo cumplimiento. El sentido común nos dice que no procederá anular el convenio y abrir la fase de liquidación.

El art. 113 L.C. condiciona la presentación por el concursado, de una propuesta de convenio ordinaria en el juzgado a que no haya presentado propuesta anticipada, ni tuviera solicitada la liquidación.

Parecería que dicho artículo se refiere a que la propuesta anticipada esté todavía en espera de adhesiones para conseguir su aprobación, pero si la propuesta anticipada no fue admitida a trámite o hubiera sido declarada sin efecto, parece que no deba haber inconveniente a que el concursado presente una propuesta ordinaria de convenio.

El hecho de que la propuesta anticipada de convenio, sea aprobada por haber obtenido la adhesión de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 124.III L.C.), evitará la celebración de la junta de acreedores y abreviará considerablemente la duración del procedimiento del concurso.

3. PROPUESTA ORDINARIA DE CONVENIO CONCURSAL

Por el contrario, la propuesta de convenio formulada también por el deudor (art. 113.1 L.C.), presentada desde el término del plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores o hasta la fecha en que se pongan de manifiesto los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores, que en este caso no tendrá la calificación de anticipada, no está afecta por las prohibiciones del art. 105.L.C. También podrán presentar propuesta de convenio, en los mismos plazos, los acreedores que conjunta o individualmente superen una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores, salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación.

Las propuestas de convenio, en cuestión, formuladas por el deudor, o por los acreedores, van a ser discutidas en la junta de acreedores. El legislador ha considerado que el concursado puede presentar la propuesta de convenio sin que le sean de aplicación las prohibiciones del art.105.L.C. Existe por tanto una diferencia de tratamiento de la propuesta anticipada de convenio y la propuesta de convenio, ambas a formular, en su caso, por el deudor, siendo así que las conductas inadecuadas que constituyen una prohibición cuando se trata de propuesta anticipada de convenio, son olvidadas en el caso de la propuesta de convenio.[98]

[98] Rojo. A. "La reforma de la legislación concursal"pag 98/99 "…la posibilidad de presentar propuesta anticipada de convenio se configura como un auténtico" beneficio", y, por tanto se restringe a determinada clase de deudores (art. 104 de la L.C.). En lugar de considerar que el convenio anticipado es un atajo en el que tienen interés tanto el deudor como los acreedores, la facultad de presentar anticipadamente la propuesta de convenio, para recabar la adhesión escrita de los acreedores, sólo se autoriza a aquel deudor que la Ley considera merecedor de un trato especial. De otro lado, porque, si la propuesta anticipada no consigue la mayoría necesaria, la única opción que tiene el deudor es mantener la misma propuesta para que sea sometida a la junta de acreedores o solicitar la liquidación (art. 109.1 de la L.C.) sin que pueda formular propuesta diferente de la anticipada.

4. LA MODIFICABILIDAD DE LA PROPUESTA DE CONVENIO EN LA JUNTA DE ACREEDORES.

La tramitación de un convenio concursal tiene dos momentos decisivos: el de la presentación y admisión a trámite de una propuesta de convenio (que puede ser una propuesta anticipada) y el de rechazo o aceptación por los acreedores sea por adhesión anterior a la celebración de la junta o por su aprobación en ésta.[99]

La oferta que implica una propuesta de convenio da lugar a su aceptación o rechazo, como sucede en un contrato cualquiera, pero la oferta de convenio va dirigida a la colectividad de acreedores y dicho convenio concursal tiene dos peculiaridades: que su aceptación tiene lugar con el voto favorable de la mitad del pasivo ordinario del concurso, no requiriendo la unanimidad (art. 124 L.C.) y que el convenio, además de alcanzar la mayoría indicada, debe ser aprobado por el juez.

Razones en contra de la modificabilidad de la propuesta de convenio en la junta de acreedores:

Si se reflexiona sobre la alteración de la propuesta de convenio, en el curso de su debate por la junta de acreedores, se plantean los siguientes problemas: algunos acreedores se habrán adherido a la propuesta de convenio antes de la celebración de la junta y no asistirán a ésta. Otros acreedores habrán nombrado a un representante con instrucciones cerradas sobre la propuesta inicial que se quiere ahora modificar.

Antes de la actual L.C. se admitía la modificación de las propuestas de convenio durante el trámite de su debate en la junta de acreedores pero la L.C. incorpora novedades que afectan la posibilidad de tales modificaciones:

a) la creación de la propuesta anticipada de convenio que, si es aceptada, da lugar a que no se abra la fase de convenio (art.104-109 LC.) y por tanto no haya junta de acreedores, ni por supuesto debate que pudiera dar lugar a modificar la propuesta anticipada.

b) la necesidad de admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio (art. 106 L.C.), así como de las propuestas ordinarias de convenio que se

[99] Garrigues, J. *"Curso de Derecho Mercantil"*, 8ª edición, Madrid 1983,Tomo II pág. 498 "Como todo contrato, supone el convenio una proposición y una aceptación entre dos partes que quieren regular una cuestión de intereses…"

generen (art.114 L.C.) por lo que un acuerdo que modificase la propuesta, no habría sido sometido a la admisión a trámite.

A mayor abundamiento, en contra de la modificabilidad de la propuesta de convenio, el art.114.2 L.C.establece que no se podrán revocar, ni modificar las propuestas de convenio, pero se podría interpretar que esta prohibición se refiere a que las eventuales enmiendas están prohibidas en el plazo de tiempo comprendido desde la admisión a trámite de la propuesta y su discusión en la junta de acreedores, aunque tal interpretación va en contra del principio de que "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus".

Por otra parte, al regular la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, en el art. 106 L.C. no se hace mención a la prohibición de su modificabilidad.

c) la exigencia de que se formule, por la administración concursal, un informe técnico sobre la evaluación del contenido de la propuesta anticipada u ordinaria, que si son modificadas, las de nueva redacción carecerán de dichos informes (art. 107 y 115 L.C.) Tanta importancia tiene la consideración del informe de evaluación de la propuesta que, en virtud del art. 115.3. L.C. las adhesiones de acreedores a la propuesta de convenio sólo podrán efectuarse tras la publicación del escrito de su evaluación en la secretaría del juzgado.

Si tanta importancia se da en la L.C. a dicho escrito de evaluación, como se desprende del hecho de que no se acepten adhesiones antes de la publicación del mismo, parece contradictorio se admita la modificación de la propuesta, que tras su modificación en junta de acreedores, queda desamparada de tal escrito de evaluación.

d) la combinación de la posibilidad de efectuar adhesiones por escrito a la propuesta anticipada u ordinaria, con las votaciones en la junta de acreedores, da lugar a que, en definitiva, las adhesiones se hacen a una propuesta que luego es modificada y votada (art. 103 y 121.4 L.C.), lo cual es un contrasentido.

e) el representante que asista a la junta de acreedores, en representación de uno o varios de ellos, con instrucciones cerradas sobre su voto, si se permitiese que la junta de acreedores alterase la propuesta, se vería imposibilitado para votar, pues si lo hiciese, no estaría cumpliendo con su mandato. Consecuencia de ello sería que, al faltar el voto de estos representantes se dificultaría el alcance de la mayoría necesaria para la

aprobación del convenio frustrándose con ello el objetivo principal del concurso consistente en alcanzar un convenio y evitar la liquidación.

Los acreedores conocen antes de la fecha de la junta de acreedores, el contenido de las propuestas admitidas a trámite, por cuanto se les habrá dado traslado de las mismas, en virtud del art. 99 L.C., lo que parece indicar que, con tales comunicaciones, se les ha informado de las posibilidades existentes de convenio, para que decidan en el caso de querer votar, si van a adherirse o si van a asistir a la junta para votar, sea personalmente o por representante. El valor de esta información se difumina si se admite que pueda surgir una propuesta distinta.

Razones a favor de la modificabilidad de la propuesta de convenio en la junta de acreedores.

a) Obra a favor de la modificabilidad de la propuesta de convenio, en el trámite de discusión y votación en la junta de acreedores el que sea reconocido como objetivo del procedimiento concursal el alcance de un convenio concursal, evitándose la liquidación, y es obvio que la admisión de la posibilidad de efectuar modificaciones aumenta la posibilidad de alcanzar un convenio.

b) La exigencia de que se formule, por la administración concursal, un informe técnico sobre la evaluación del contenido de la propuesta anticipada u ordinaria, que si son modificadas carecen ya de dichos informes (art. 107 y 115 L.C.), no significa que cualquier modificación altere en profundidad el contenido de la propuesta y además si es el juez quien preside la junta (art. 116 L.C.), podrá apreciar si las modificaciones alteran la esencia del contenido de la propuesta para en tal caso no permitirlas.

c) Además el hecho de que la nueva L.C. mantenga la junta de acreedores puede hacer suponer que es con una finalidad que va más allá de la simple emisión de votos. La L.C. prevé en su art. 121.3 las intervenciones a favor y en contra de la propuesta sometida a debate y cabe pensar que como consecuencia del debate surjan enmiendas o sugerencias de revisión parcial.

d) El hecho de que el art. 117.2 L.C. establezca el deber de asistencia del deudor a la junta de acreedores o, en su caso, un apoderado suyo para “negociar” y aceptar un convenio, parece insinuar que la negociación será sobre una posible concesión, no prevista en la propuesta, a favor de los acreedores o del deudor.

e) La imposición de que el convenio aprobado por la junta de acreedores requiera aprobación judicial, implica que el juez debe verificar su contenido y si éste tuviese que ser idéntico a la propuesta que ya había sido admitida a trámite por el mismo juez, tal segundo control parecería innecesario.

f) Los acreedores que a la vista de las propuestas admitidas a trámite por el juez, que les habrán sido comunicadas en virtud del art. 99 L.C., no las encuentren satisfactorias, pueden optar por no votar, si creen que nada se puede hacer para mejorarlas y con ello van a dificultar el alcance de la mayoría necesaria para aprobar el convenio concursal, frustrando con ello el objetivo principal del concurso que es el convenio y no la liquidación. La posible modificabilidad les incitará a asistir a la junta para ver de conseguir una mejora en el contenido del convenio concursal.

g)Por otra parte el art. 100 L.C. establece unos mínimos y unos máximos del contenido de la propuesta de convenio por lo que, respetándolos, podría parecer que se admite una flexibilidad en cuanto al contenido final de la propuesta sobre la que se delibera.

h) La naturaleza contractual del convenio permite considerar que así como en un contrato de Derecho privado, en la fase pre-contractual el contenido inicial es susceptible de alteración hasta que se produzca la perfección del contrato y sólo desde este momento queda vetado el apartamiento unilateral de las estipulaciones acordadas.

Las razones en contra de la modificabilidad, acaso podrían obstarse si, al convocar la junta de acreedores que según la L.C. tendrá un orden del día en el que conste el debate de las propuestas y su sucesiva votación hasta conseguir la aprobación de una, se incluyera la advertencia de que las propuestas podrán modificarse, pero este aspecto no se contempla por la L.C., por lo que no es admisible en absoluto.[100]

Por el contrario las adhesiones a la propuesta efectuadas por escrito antes de la celebración de la junta de acreedores no pueden introducir modificación ni

[100] Älvarez San José, M. *"El problema de la modificabilidad de la propuestade convenio"* Anuario de Derecho Concursal", Editorial Aranzadi,S.A., Cizur Menor (Navarra) 2005, tomo 3, Pág. 237 :

"Cabría asimismo pensar en arbitrar, *de lege ferenda*,un sistema para que los acreedores adheridos a la propuesta en su versión original ratifiquen o rectifiquen en un determinadoplazo su voto emitido por escrito, esto es, para que rechacen las modificaciones o se sumen a los votos emitidos en la junta. Sin embrgo, si se defiende, como se hace en este trabajo, que las modificaciones a la propuesta no pueden ser sustanciales, la adhesión a la propuesta inicial valdrá como adhesión a la modificada, sin que sea preciso un mecanismo posterior de ratificación o rectificación."

condicionamiento alguno pues si se pretendiese introducirlas, se tendría al acreedor por no adherido (art. 103.2.L.C.).

La propuesta ordinaria de convenio tiene el tratamiento de contrato de negociación para quienes asisten a la junta de acreedores y como contrato de adhesión para los adheridos que no asisten a la junta.

En cuanto al alcance de las modificaciones de la propuesta de convenio, se ha considerado que no deben ser sustanciales pues si lo fueran deberían considerarse propuestas nuevas. El juez, si preside la junta, podrá apreciar si las modificaciones son sustanciales, y si no la ha presidido, lo podrá apreciar cuando se someta el convenio aprobado por la junta de acreedores a su aprobación judicial. El juicio que haga el juez sobre el carácter sustancial de las modificaciones vendrá motivado a) por la conveniencia de que la introducción de las modificaciones ha permitido la aprobación del convenio como solución más favorable que la liquidación. b) por la necesidad de que no se vulneren las garantías que la L.C. establece en cuanto al conocimieto de la propuesta, por los acredores, con antelación suficiente a su debate.

CONSIDERACIÓN SOBRE SI SE MANTIENE O NO, LA ADHESIÓN DE LOS ACREEDORES A UNA PROPUESTA ORIGINAL, SI SE HA MODIFICADO Y APROBADO EN LA JUNTA DE ACREEDORES.

El dilema es decidir si cabe considerarles como votantes a favor de la propuesta modificada o como disidentes.

Consecuencia de esta diversa consideración es que, si se les considera votantes a favor, engrosarán el porcentaje de la mayoría de créditos que han aprobado el convenio modificado, o bien corroborarán a conseguirlo, si los votos emitidos en la junta de acreedores a favor de la aprobación no eran suficientes para su aprobación.

Si se les considera disidentes estarán legitimados para oponerse a la aprobación judicial del convenio, pero la oposición basada en que la modificación del contenido de la propuesta ha sido esencial, no es causa explícita de oposición a la aprobación judicial (art.128 L.C.), por cuanto en este artículo se dice que la oposición sólo podrá fundarse en la infracción de las normas que la L.C. establece sobre el contenido del convenio, la forma y contenido de las adhesiones, la constitución de la junta o su celebración, si bien cabe considerar que la modificación de la propuesta se considere infracción de la L.C. puesto que en dicha L.C., explícitamente, no se admite la

modificación aunque, por las razones expuestas, pueda interpretarse que sí se admite.

5. EL CONVENIO CONCURSAL

Con el trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores se da por finalizada la fase común del procedimiento concursal y el juez dictará la resolución que proceda, pudiendo ser:

1. Verificado por el juez el resultado de las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, si se ha producido, y si éstas alcanzan la mayoría legalmente exigida, (art. 124.III L.C.) mediante providencia proclamará el resultado y si no hay oposición a la aprobación judicial del convenio (art. 130 L.C.) dictará sentencia aprobatoria, sin apertura de la fase de convenio, ni celebración de la junta de acreedores, salvo que apreciase que se había infringido alguna norma de la L.C.(art. 131 L.C.).

2. Si el concursado no ha solicitado la liquidación y si, de existir, la propuesta anticipada de convenio no ha logrado las adhesiones suficientes para su aprobación, el juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de convenio (sección quinta) (art. 111.1.L,.C.), convocando junta de acreedores

3. Si el deudor ha pedido la liquidación, el Juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de liquidación (art. 142.2.L.C.)

La naturaleza del convenio es la de un negocio jurídico celebrado entre el deudor concursado y la colectividad de sus acreedores, representada por su mayoría, aprobado por el juez y cuyo objetivo es dar satisfacción a los acreedores, en la medida de lo posible, y también conservar la actividad profesional o empresarial del concursado si es viable.

Ha sido objetivo de la L.C. la agilización del logro del convenio facilitando la admisión de la propuesta anticipada de convenio. En cuanto al contenido del convenio ha habido un recorte de la autonomía de la voluntad respecto a la situación en la legislación anterior, donde el único límite a la autonomía de la voluntad era el genérico del art. 1255 del C.c., mientras que la actual L.C. impone limitaciones a las quitas (50 % según el art. 100.1.L.C.) y a las esperas (5 años según el mismo artículo). Tales límites en la quita y en la espera pueden superarse en los casos que contemplan los art. 100.1.II y 104.2. L.C., a los que nos remitimos, si bien si las quitas superan un tercio de los importes de los créditos o una espera superior a tres años procederá la formación de la sección sexta de calificación del concurso

También existe la prohibición absoluta de que el convenio consista en cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado (art. 100.3.L.C.), si bien el art. 100.2.L.C. admite la propuesta de convenio en la que se enajene el conjunto de bienes a quien asuma la continuidad de la actividad empresarial propia de las unidades productivas vendidas y asimismo asuma el pago de los créditos de los acreedores en los términos expresado en la propuesta de convenio.

Tampoco cabe alterar en el convenio la clasificación de créditos que establece la L.C., ni su cuantía fijada en el procedimiento concursal (art. 100.3.L.C.) El convenio puede contener proposiciones alternativas para todos o para algunos de los acreedores brindándoles la posibilidad de capitalización de sus créditos para que se conviertan en acciones o participaciones o en créditos participativos.

Con la propuesta anticipada de convenio se pretende la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos, pero la presentación de tal propuesta anticipada viene condicionada a la no afección del deudor a las prohibiciones del art. 105.L.C. que especifica los comportamientos del deudor que impiden formular la propuesta anticipada de convenio, que se reserva a los deudores que hayan tenido una conducta de respeto al cumplimiento de las normas en el curso de los tres últimos años anteriores a la solicitud del concurso.

Estas prohibiciones tienen su razón de ser en que el trámite de la propuesta anticipada de convenio se efectúa durante la fase común, cuando todavía no se ha emitido el informe de la administración concursal sobre la verdadera situación patrimonial del deudor y también porque la posibilidad de obtener una quita o una espera superior a la fijada en el art. 100.1.L.C. implica se analice el comportamiento anterior del deudor para deducir si dicho deudor merece la confianza que implica la consideración de su propuesta anticipada de convenio.

Las propuestas de convenio pueden presentarse por el deudor o por los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte del total pasivo, en el período que va desde la expiración del plazo de comunicación de créditos hasta la conclusión del trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (textos definitivos tras la resolución de las correspondientes impugnaciones). Sólo si no se ha presentado ninguna propuesta de convenio en el período indicado, podrán presentarse propuestas desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración

(art. 113.2.L.C.) Estas propuestas de convenio deberán superar el trámite de admisión para ser tratadas en junta (art. 114.1.L.C.), pero si el concursado hubiese solicitado la liquidación, cualquier propuesta será inadmitida, incluso si procediera del concursado según resulta del art. 104.1 L.C.

Lograda en junta de acreedores la adhesión o el voto favorable al convenio de las mayorías legalmente exigidas (art. 124 L.C.), el juez considerará la oposición que, por medio de incidente concursal hayan podido formular los legitimados para ello: administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de convenio, quienes no se hubieran adherido a ella. La eficacia plena del convenio se alcanza desde la fecha de la sentencia de su aprobación e implica que la quita extingue la parte del crédito a la que se aplica y la exigibilidad de los créditos remanentes queda fijada en los plazos establecidos en el convenio. Si el convenio no se cumpliera desaparecen los efectos novatorios del convenio sobre los créditos (art. 136 L.C.), según dispone el art. 140.4.L.C.

La conclusión del concurso no tiene lugar con la eficacia del convenio sino con su cumplimiento (art. 141.L.C.), pues la declaración de incumplimiento conlleva la rescisión de éste y por tanto la desaparición de sus efectos novatorios.

Si no se hubiese presentado ninguna propuesta de convenio en los plazos previstos en el art. 113 L,.C., o si no se hubiesen admitido ninguna de las presentadas, el juez, de oficio, acordará la apertura de la fase de liquidación, sin celebración de la junta de acreedores (art. 114.3.LC.).

Se inadmitirá a trámite toda propuesta de convenio, si el concursado ha solicitado la liquidación (art. 114.1.L.C.).

Es de destacar que el conveno tiene naturaleza convencional, al amparo del art. 1225 C.C., dentro de los límites que la L.C. establece (art. 100 L.C.) mientras que la liquidación está regulada legalmente (art. 148 y 149 L.C. y art 634 y stes. LEC). La L.C. no admite un “convenio de liquidación” en el que se fijase la forma de liquidar pues ésta viene determinada por la L.C.

Aunque el convenio es deseable porque, si puede ser cumplido, representará la continuidad de la empresa, la conservación de los puestos de trabajo y el mantenimiento de su aportación al PIB del país, la L.C. desea que el convenio constituya una posibilidad real de encauzamiento del concurso, abierta a la

aprobación del deudor y de sus acreedores. Para asegurarse de que existe una posibilidad real de continuación de la empresa, el juez somete la propuesta de convenio a la administración concursal para que emita escrito de evaluación sobre el contenido de la propuesta y sobre el plan de pagos y, además, en su caso, la administración concursal deberá emitir su criterio sobre el plan de viabilidad que deberá acompañar al plan de pagos (art. 115.1. L.C.), si para el cumplimiento del convenio se prevé contar con los recursos que genere la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Se inadmitirá a trámite toda propuesta de convenio si el concursado ha solicitado la liquidación (art. 114.1.L.C.), pero si no lo ha hecho, la L.C. considera que cabe admitir a trámite una propuesta de convenio formulada por los acreedores que representen más de la quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores /art. 113.1.L.C.)

Si la propuesta de convenio presentada por los acreedores alcanza la mayoría de votos o adhesiones requerida por la L.C. para la aprobación de convenio, si el concursado no se manifiesta ni a favor ni en contra, se presume su aprobación, aunque se le faculta para que solicite la apertura de la fase de liquidación (art. 128.3. L.C.), en el plazo de diez días desde el siguiente a la fecha de conclusión de la junta que aceptó la propuesta de convenio.

La L.C. no reconoce ningún “tertium genus” para la solución del concurso, que no sea el convenio o la liquidación, ya que los acuerdos amistosos extrajudiciales son anteriores a la solicitud de declaración de concurso y, como su nombre indica, decididos al margen de toda tramitación judicial, aunque en Derecho comparado hay ordenamientos que reconocen judicialmente los acuerdos amistosos extrajudiciales.

La L.C. no vincula el convenio al mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del concursado, aunque a simple vista pueda parecerlo y aunque en muchos casos exista la intención de mantener la empresa si se alcanza el convenio. El art. 100.5. L.C. establece que cuando se prevea contar con los recursos que genere la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta de convenio deberá ir acompañada de un plan de viabilidad. Tal previsión significa que la propuesta de convenio puede formularse sin contar con los recursos que pueda generar la continuación de la actividad como sería el caso en que el concursado contase con grandes existencias de productos fabricados. La venta de las existencias podría permitir al concursado cumplir el convenio y pagar a sus acreedores, con la quita y la espera convenidas, pero su cese como fabricante puede producirse

desde el momento de la declaración de concurso o incluso antes o después de ésta.

Si, en lugar de un convenio cuyo cumplimiento se basara en la liquidación de estas existencias se optara por una liquidación del concurso en los términos de la L.C., sus efectos en virtud del art. 145.1. L.C. serían los de suspensión de las facultades de administración del concursado, que es obviamente quien mejor puede gestionar la venta de las existencias por ser quien mejor conoce su negocio. Su sutitución por unos administradores concursales que, aunque con buena formación técnica, no son “del ramo” sería con toda probabilidad perjudicial. Sería lógico que así lo comprendieran los acreedores que si tienen en buen concepto moral al concursado estarán conformes en que el concursado afronte la “patata caliente“ de vender las existencias. En definitiva los acreedores han tratado al concursado probablemente durante años y a los administradores concursales acaban de conocerlos.

Por otra parte es cierto que, si se opta por la liquidación del concurso y son los administradores concursales quienes se ocupan por la liquidación de las existencias, dichos admiistradores concursales contarán con la cooperación del concursado en virtud de su deber de colaboración impuesto en el art.42 L.C. y por tanto el concursado puede suplir la carencia de experiencia de los administradores concursales en el campo de la actividad concreta que desarrollaba el concursado.

Ningún convenio concursal está obligado a contener una cláusula que obligue al concursado a continuar su actividad, aunque posiblemente esté en el ánimo de todos el continuarla.

6. EFECTOS DE LA ADQUISIC IÓN DE CRÉDI TOS SOBRE LA POSIBILIDAD DE ADHESIÓN A UNA PROPUESTA DE CONVENI O Y AL DERECHO AL VOTO EN LA JUNTA DE ACREEDORES

Carecerán de voto quienes ostenten créditos adquiridos con posterioridad a la declaración del concurso (art. 122.1.2º LC.) [101] salvo que la adquisición se hubiera producido por título universal o como consecuencia de una realización forzosa.

Sin embargo, si tras la declaración de concurso, un tercero paga a un acreedor, con la aprobación del deudor, el importe total de su crédito, en lugar de comprárselo a bajo precio, entra en juego el art. 1210 C.c. que presume que el solvens se ha subrogado en los derechos del acreedor originario y en tal caso el nuevo acreedor no pierde el derecho de adhesión a un convenio o al voto a favor o en contra del convenio.[102]

Al decir que quienes hayan adquirido créditos concursales, tras la declaración del concurso, carecen de voto en la junta de acreedores (art. 122.1.L.C.), debe entenderse que dichos "nuevos acreedores", que se han subrogado en el derecho de los créditos de origen, carecen también de posibilidad de adherirse a las propuestas de convenio. Por otra parte, si estos nuevos acreedores, son además de acreedores por créditos adquiridos, a su vez acreedores de origen, podrán votar en cuanto a estos créditos de origen (art. 122.2. L.C).

---

[101] Quijano González, J. "*Comentarios a la legislación concursal*" Dykinson S.L. Tomo II pág 1163.: Para que haya privación de voto debe haber adquisición efectiva tras la declaración, de modo que también estarían afectadas aquellas adquisiciones que se hacen efectivas entonces aunque procedieran de un acto preparatorio anterior (un precontrato o una opción formalizados con anterioridad al concurso, que generan obligación de transmitir pero que no equivalen a adquisición efectiva)."

[102] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo de 13 de Octubre 2006, en los Autos 0222/2005:

"Lo que la norma (…) sanciona es (…) la cesión de créditos operada por vía contractual en la que el acreedor cesionario pasa a ocupar la posición del primitivo, manteniendo el crédito su identidad. La situación aquí acontecida es, sin embargo, la del pago llevado a cabo por un tercero (…), quien abonó la suma de (…) en pago de lo que les era debido (…).Tratándose de un pago llevado a cabo con la aprobación tácita del deudor (…) el efecto que de ello se deriva para el solvens no es sólo el nacimiento de un crédito ex novo ejercitable mediante la acción de reembolso, sino el de una auténtica subrogación del tercero en el. crédito del acreedor primitivo (arts 1158,1.159 y 1210 del C.c.) situación que se diluye y confunde con la generada por una cesión convencional de créditos (arts.1256 y stes. del C.c.) al existir una práctica identidad en el tratamiento y resultados entre ambas instituciones (…).
Ahora bien, a pesar de las coincidencias que en la práctica se derivan de los efectos de una y otra figura, y de la posibilidad cierta que se ofrece de anular las sanciones anudadas a la transmisión inter vivos de créditos concursales mediante la vía indirecta del pago por tercero (…) la interpretación que merece la norma ha de ser restrictiva en cuanto que limitativa de los derechos de voto del acreedor concursal (…), consideraciones todas ellas que conducen a acordar que el acreedor (…) consérva su derecho de voto en la junta por el crédito que titula por importe de (…)"

Si los nuevos acreedores, adquirieron sus créditos en el curso de los seis meses anteriores a la declaración de concurso, estando dichos créditos vencidos, tales acreedores no podrán instar la declaración de concurso necesario del deudor (art. 3.2. L.C.).

Aunque los adquirentes de créditos concursales carecen de voto o de posibilidad de adhesión, a favor o en contra de una propuesta de convenio, cabe preguntarse si pueden presentar una propuesta de convenio, si alcanzan una quinta parte del pasivo total, una vez fijada la lista definitiva de acreedores.

La respuesta afirmativa, emitida por algunos juristas, se fundamenta en que el art. 113.L.C. no lo prohíbe, ya que, simplemente indica que también los acreedores (sin excepcionar a los que hayan adquirido sus créditos tras la declaración del concurso), cuyos créditos superen una quinta parte del total pasivo podrán presentar propuesta de convenio.

La respuesta es negativa, según otros juristas y se fundamenta en que, por cuanto el art. 121.4.II establece que la presentación de una propuesta trae como consecuencia la consideración de que el acreedor que la presenta vota a favor de la misma y tal voto lo tienen prohibido los acreedores en cuestión, debe deducirse que no pueden presentar tal propuesta.

Los créditos subrogados, aunque carezcan de voto y de posibilidad de adhesión a una propuesta de convenio, se computan en la formación del quórum de constitución de la junta de acreedores, ya que no se les ha excluido en la regulación de los art.116.4 y124 L.C.

Los acreedores que deseen que no se apruebe un convenio por considerar que les favorece la liquidación del patrimonio del deudor pueden estar interesados en comprar créditos y no comparecer en la junta, si su ausencia va a determinar que no exista quórum para su válida constitución, en cuyo caso no se podrá aprobar ningún convenio y se deberá proceder a la liquidación.

La razón por la que estos acreedores pueden querer que se vaya a la liquidación, es que en ésta deberá calificarse el concurso y si el concursado es una mercantil y el concurso es declarado culpable, los administradores pueden ser condenados a responder de todo o parte del pasivo que quede sin cubrir por el patrimonio de la concursada (art.172.3.L.C.), y si son solventes, su responsabilización puede significar que los acreedores resulten sensiblemente favorecidos.

Contemplemos la posibilidad de que alguien compre un crédito, no sólo tras la declaración del concurso, sino incluso después de que el acreedor originario se haya adherido a una propuesta de convenio o después de que se haya celebrado la junta de acreedores, en la que dicho acreedor originario haya votado, en uno u otro sentido.

La L.C. guarda silencio sobre los efectos que tal adquisición pueda tener sobre la validez de la adhesión ya realizada, o sobre el voto ya emitido, pero la doctrina considera que la transmisión no tiene efectos retroactivos por cuanto lo relevante es que en el momento de la adhesión o de la emisión del voto, el crédito continuara ostentándolo el acreedor originario.

El nuevo acreedor que ha adquirido el voto tras la adhesión del acreedor originario a una propuesta de convenio, si asiste a la junta de acreedores y puede asistir según se deduce del art. 122.1.2º que contempla su presencia en la junta, no podrá votar en contra del convenio, ni a favor, por carecer de voto pero la L.C. atribuye valor de revocación de la adhesión, a la mera asistencia del acreedor adherido (art. 110.2.L.C.)

Quien pretende participar e influir en la negociación de un convenio, no puede hacerlo comprando créditos, tras la declaración del concurso ya que dichos créditos carecen de capacidad de adhesión a un convenio o de votar en la junta de acreedores. Por ello, quienes tengan tal pretensión tienen que recurrir a estrategias tales como convenir:

1º la opción de compra o de venta de créditos concursales,
2º acordar la compraventa de los créditos bajo condición suspensiva.

En ambos casos, el acreedor original compromete su voto en el sentido que le indique el futuro comprador o bien le da poderes notariales para que intervenga en el concurso en su nombre.

La opción de compra consiste en que el concedente de la opción atribuye, al beneficiario de la misma, un derecho que permite que el beneficiario, unilateralmente, dentro de un determinado plazo, decida la celebración de un contrato de compraventa, en este caso de créditos, y pague en consecuencia. El plazo para decidir la compraventa se cuenta desde la aprobación judicial del convenio y las condiciones económicas quedan fijadas en el contrato de opción.

En la opción de venta, es el acreedor concursal quien en el plazo correspondiente, puede ejercitar el derecho de vender y transmitir el crédito

concursal al comprador que queda obligado a comprar al precio que hayan establecido.

Evidentemente con estas fórmulas, los créditos concursales mantienen su voto en el momento de celebración de la junta de acreedores ya que los acreedores mantienen la titularidad de sus créditos e igualmente tienen posibilidad de adherirse a una propuesta de convenio.

El inconveniente de estos procedimientos está en que, en la opción de compra, el vendedor no sabe si el beneficiario de la opción va a ejercitar su derecho. En la opción de venta, es el beneficiario quien no sabe si el acreedor va a venderle el crédito. La solución puede consistir en que el contrato de opción se configure como oneroso, es decir cuando a cambio de la concesión de la opción de compra, el beneficiario debe pagar "el precio de la opción" y en caso de opción de venta es el acreedor quien paga dicho precio. Dicho precio de la opción puede o no puede, a voluntad de los contratantes, quedar absorbido por el precio de la compraventa, en caso de opción de compra, si ésta llega a producirse.

La opción onerosa puede dar pié a la consideración de que el contrato de opción se ha hecho en fraude de ley, es decir para evitar la pérdida de la facultad de votar. En tal caso entraría en juego el art. 6.4.C.c. y podría dar lugar a que los créditos en cuestión careciesen de voto o de capacidad de adhesión a una propuesta de convenio

El contrato de compraventa bajo condición suspensiva es la otra estrategia para mantener los créditos con derecho de voto. Ahora la entidad compradora compra los créditos concursales por precio determinado o determinable bajo la condición suspensiva de que la junta de acreedores apruebe un convenio con determinado contenido, que sea aprobado judicialmente, en cuyo caso la entidad compradora pasa a ser adquirente, mientras que en caso contrario, es decir, si la condición no se cumple, la adqusición no tiene lugar.

Esta fórmula en la que el acreedor originario continúa siendo el titular del crédito, permite que éste lleve anudado el derecho de adhesión a una propuesta o de votar en la junta de acreedores. No se hubiera logrado este resultado si el contrato fuera bajo condición resolutoria, ya que con la firma de este contrato se transmite la propiedad del crédito, ab initio, en el momento de su firma y, por tanto, el crédito quedaría sin derecho de adhesión a un convenio o de voto en la junta de acreedores.

El contrato de compraventa bajo condición suspensiva permite una gran flexibilidad en cuanto a la fijación del precio de la compraventa que puede estar en función del contenido del convenio que finalmente se apruebe.

El comprador, para pagar, debe esperar el cumplimiento de la condición suspensiva, es decir, la aprobación judicial del convenio, pues si pagase antes, podría interpretarse que el contrato de compraventa era firme y no sujeto a la condición suspensiva y alguien podría denunciar tal circunstancia para anular el voto o la adhesión del acreedor.

Tanto en el caso de acudir al contrato de opción de compra o de venta, como en el caso de elegir el contrato de compra con condición suspensiva, en el mismo contrato, el beneficiario de la opción o el comprador bajo condición suspensiva dará las instrucciones al acreedor respecto al sentido de su voto o respecto a la adhesión a una propuesta anticipada de convenio. El. acreedor quedará obligado al cumplimiento de estas instrucciones. Cabría establecer una cláusula penal reduciendo el precio a pagar en caso de incumplimiento.

En lugar de establecer la obligación de cumplir con las instrucciones de voto, cabe firmar un contrato de mandato autónomo, en documento aparte, según el que el concedente de la opción, o el vendedor en caso de compraventa con condición suspensiva, encargue con carácter irrevocable al titular del derecho de opción, o al comprador con condición suspensiva, la negociación profesional del convenio con la concursada y con los demás acreedores, para que se encargue de defender la manera más ventajosa de llegar a un acuerdo, autorizándole para obrar a su arbitrio, otorgándole al efecto el oportuno poder notarial (art. 255 II C.Co.) con exclusión de la obligación de consultar o solicitar instrucciones (art. 1.719 C.c.)

La L.C. contempla en su artículo 118.2.I, que los acreedores con derecho de asistencia puedan hacerse representar en la junta por medio de apoderado, sea o no acreedor, y asimismo permite que varios acreedores están representados por una misma persona.

El contrato de opción de compra o la compraventa con condición suspensiva es aconsejable se firme cuando el crédito concursal haya sido reconocido definitivamente por un importe determinado y una clase determinada. Sin embargo, en caso de que el deudor haya presentado propuesta anticipada de convenio, durante la fase común del concurso, cuando todavía no se ha confeccionado la lista definitiva de acreedores, ni se han clasificado definitivamente los créditos, si el titular de la opción de compra o el comprador con condición suspensiva, desea adherirse a la propuesta

anticipada de convenio, se verá obligado a acordar el correspondiente contrato con el acreedor, antes de que el crédito del acreedor sea reconocido y clasificado definitivamente.

De lo expuesto se concluye que el art. 122.1.2º L.C. que especifica que quienes hubieran adquirido sus créditos por actos inter vivos después de la declaración del concurso no tendrán derecho de voto en la junta, es una prohibición fácilmente soslayable por medio de las complicadas estrategias que se han expuesto.

7. MEDIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO.

Es frecuente, en muchas empresas industriales, que los beneficios generados en sucesivos ejercicios se manifiesten en un constante incremento de existencias de productos terminados, es decir, la empresa va bien, pero carece de liquidez porque los beneficios van financiando las existencias que crecen sin poder contenerlas. Esto sucede en industrias que no trabajan "sobre pedido", sino que producen para almacenar y vender cuando llegue la demanda (p.e. en virtud de la publicidad) o cuando llegue la temporada. Evidentemente estos industriales se esfuerzan por acertar cuál será la demanda futura cuando llegue la temporada pero, si la previsión es baja, pierden ventas, y si es excesiva, les queda mercancía en almacén. Tal es el caso de fabricantes de tejidos o confecciones, para venderlas en verano/invierno, fabricantes de aparatos de aire acondicionadoo de estufas catalíticas de butano, etc…

En este orden de ideas, es frecuente que el deudor que solicita el concurso tenga unas existencias desorbitadas de productos terminados y que, tras la declaración del concurso, la forma de satisfacer a los acreedores consista en una quita y, sobre todo, una espera para proceder a una liquidación paulatina de existencias, que proporcionará la liquidez necesaria, sin tener que vender elementos del inmovilizado y pudiendo, por tanto mantener la estructura industrial y mantener la actividad.

Pero si la situación no es ésta, es decir, si el concursado no tiene grandes existencias de productos terminados ¿cómo podrá dar satisfacción a sus acreedores, tras la declaración del concurso? Tendrá dos opciones:

1ª Reestructurar el proceso de fabricación, rebajando costes para poder vender más barato, buscar nuevos mercados, fabricar artículos distintos, asociarse a la competencia, para generar beneficios con los que pagar las deudas. Estas soluciones y muchas otras, con toda seguridad, se las habrá planteado el industrial antes de solicitar la declaración del concurso y si no encontró la solución adecuada en la etapa anterior a la solicitud del concurso, es dudoso que la encuentre ahora.

El concursado tiene, que conseguir un doble milagro en las circunstancias de carencia de grandes existencias de productos terminados:

a) conseguir que las ventas se atemperen con la producción o al revés que la producción se corresponda a las ventas, trabajando sobre pedido pero, en este caso, la producción disminuye y aumentan los costos y por tanto los precios

de venta, todo ello para reducir el impacto de los ciclos económicos y, en consecuencia, para poder atender a sus obligaciones, cosa que, en la etapa inmediata anterior no consiguió.

b) además de lo dicho en a), tiene que generar beneficios líquidos que le permitan amortizar la deuda (reducida con las quitas), en el tiempo fijado en la espera, puesto que estamos en el supuesto de que no tiene grandes existencias de productos terminados

2ª La otra posibilidad consiste en que el deudor venda elementos patrimoniales superfluos que existan en su activo fijo, con cuyo importe pueda pagar a sus acreedores pero ¿dispondrá el deudor de elementos patrimoniales superfluos de los que pueda desprenderse sin que quede comprometida la marcha de la empresa? Si realmente existen elementos superfluos del inmovilizado y fueran fácilmente vendibles ¿no los habría vendido antes de solicitar la declaración del concurso?

Si estas soluciones no parecen posibles, el industrial no tendrá otra solución que solicitar la liquidación de sus bienes y derechos y dar por terminada su vida mercantil

8. PROHIBICIÓN DE CONVENIO DE CESIÓN DE BI ENES Y DERECHOS POR EL DEUDOR A LOS ACREEDORES, EN PAGO DE SUS CRÉDITOS

a) SITUACIÓN DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY DE SUSPENSIÓN DE PAGOS:

LSP Art 14, último párrafo:
"Se permitirá en caso de insolvencia definitiva, que la propuesta de la Junta de Acreedores tenga el objeto que menciona el art.928 del C.co."

C.Co. Art 928.
"El convenio, en la quiebra de sociedades anónimas que no se hallan en liquidación, podrá tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa con las condiciones que se fijen en el mismo convenio."

Esto significaba que, si el convenio de cesión de bienes en pago de créditos era aceptado por la Junta de acreedores, el deudor quedaba liberado de lo que establece el:

C.C. Art 1911
"Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos los bienes presentes y futuros."

b) SITUACIÓN EN LA LEY CONCURSAL, REFIRIÉNDOSE AL CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE CONVENIO DE CESIÓN DE BIENES:

"Art. 100.3 LC: En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en ninguna forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley,…"

A la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, se le aplica el

"Art 178.2 L.C.: En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso."

Las ejecuciones singulares a las que se refiere el artículo transcrito, serán posibles sólo si aparecen bienes o si el deudor los adquiere, ya que, en principio el concurso ha concluido, precisamente por la inexistencia de bienes.

Esta norma tiene especial trascendencia cuando el concursado sea persona física que, tras la total liquidación de sus bienes, sigue viviendo y por tanto tiene que ejercer nuevas actividades, sea como comerciante o como asalariado, para tratar de volver a mejor fortuna y sobre los futuros bienes que obtenga, los antiguos acreedores podrán iniciar nuevas ejecuciones.

9 LA LIQUIDACIÓN

La liquidación consiste en una ejecución universal de los bienes y derechos del deudor que quedan abocados a su realización para satisfacer, con su producto líquido, los créditos del concurso. La liquidación se contrapone a la ejecución individual. Siendo el interés de los acreedores el único relevante, en la legislación anterior, correspondía a la junta de acreedores acordar la forma de dar a los acreedores la satisfacción de sus créditos, en la medida de lo posible, a través de la liquidación.

A raíz de la depresión norteamericana de 1929 surge una nueva perspectiva del procedimiento concursal, prevaleciendo la reestructuración de la empresa mediante los convenios que deben aprobar los propios acreedores y el órgano judicial. La L.C. recoge estas consideraciones y sitúa el principio de conservación de la empresa por delante de la liquidación que pasa a ser una solución subsidiaria al convenio,[103]

La redacción de la norma parece considerar que la liquidación es la consecuencia de la inexistencia o fracaso del convenio (art. 142.3 y 142.4 L.C.) y no la imposibilidad de recuperación económica de la empresa. Hubiese sido preferible enfocar la necesidad de proceder a la liquidación, en base, no a la inexistencia o fracaso del convenio, sino en base a la imposibilidad del deudor de cumplir sus obligaciones de pago.

En la legislación actual, se da la posibilidad de que el deudor adelante la apertura del concurso a supuestos de insolvencia inminente y que solicite la liquidación en el mismo momento en que solicita la declaración de concurso voluntario, por lo que, en definitiva, en tal caso, se va a decidir la liquidación de una empresa cuya insolvencia se había previsto pero que acaso no hubiera llegado a tener lugar.

Una solicitud de liquidación formulada por el deudor cierra el paso definitivo a la solución de convenio, en virtud del art. 104.1 y 113.1 L.C. y los acreedores no podrán oponerse al auto judicial que, recogiendo la solicitud del deudor, abre la fase de liquidación. Tampoco el deudor, por un cambio sobrevenido de circunstancias, puede desistir de la solicitud de liquidación formulada en el escrito de solicitud de concurso voluntario, sustituyéndola por una propuesta anticipada u ordinaria de convenio. En un caso en que se

[103] Pulgar Ezquerra, J. "*Reforma del Derecho Concursal Español*" Barcelona 2000-1183, CO2-01"…parece por tanto, que la decisión liquidativa del concurso aún cuando formalmente reside en el órgano jurisdiccional, substancialmente recae en gran medida sobre el deudor, condicionándose a la inexistencia o fracaso de un convenio y no de manera clara a la recuperabilidad económica del deudor, aún cuando a lo largo del procedimiento se hayan efectuado juicios sobre su viabilidad"

produjera un cambio sobrevenido de circunstancias, lo que podría hacer el deudor, si el cambio se produjera antes de que el concurso fuese declarado, es desistir de la solicitud de concurso, amparándose en el art. 20 LEC. y proceder seguidamente a formular una nueva solicitud de declaración de concurso aportando una propuesta anticipada de convenio o sin aportarla. En una fase posterior del procedimiento concursal para desistir de la solicitud inicial de declaración de concurso con la solicitud de liquidación, precisaría la conformidad de los acreedores.

La liquidación se inicia a solicitud del deudor, o de los acreedores o de oficio, reconociéndose una amplia autonomía al deudor cuya decisión en el sentido de ir a la liquidación, no puede ser contradicha por los acreedores. Es más, el concursado puede forzar la aprobación de su propuesta anticipada de convenio, o de la posterior propuesta de convenio que pudiera presentar, si no había formulado dicha propuesta, con la insinuación de ir, en caso de que no sea aprobada, a la liquidación con la que, posiblemente poco recuperarán los acreedores y se frustrarán otros intereses generales.

La solicitud de liquidación, desde la perspectiva del concursado, aparece en la L.C. como una facultad alternativa a la de acordar un convenio, como solución residual y subsidiaria aplicable a supuestos extraordinarios y concretos.

En cualquier caso, la apertura de la fase de liquidación trae consigo necesariamente la formación de la sección de calificación del concurso (art. 163.1.2º y 167.1.L.C.)[104] y cualquiera que sea el momento en que el deudor solicite la liquidación, la apertura de la fase de liquidación sólo se producirá tras la finalización de la fase común del concurso o sea que no será posible anticipar la liquidación, ni aunque el deudor presente la solicitud de liquidación con la declaración de concurso. Esto es así porque aunque se vaya a la liquidación, es precisa la previa determinación de la masa pasiva y de la lista de acreedores, así como el inventario de la masa activa, cuya determinación tiene lugar en la fase común del concurso y cuyo conocimiento resulta imprescindible para poder liquidar.

Como consecuencia de la apertura de la liquidación, en virtud del art. 145.1 L.C. la situación del concursado durante dicha fase de liquidación, será la de

[104] Alcocer Garau, G., *"Comentarios a la legislación concursal"* Dykinson S.L. pág 1409: Los concursos en los cuales se abre la fase de liquidación, "son los más graves para los administradores de la sociedad concursada, ya que en los mismos se abre la sección de calificación en la cual, si el concurso es culpable, no sólo se verán inhabilitados, sino que pueden asumir el déficit concursal. Por tanto parece claro que los administradores tienen en esta norma un fortísimo incentivo para que las sociedades concursadas alcancen un convenio con sus acreedores."

suspensión del ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. Esto no quiere decir que el concursado quede al margen del proceso de liquidación, pues podrá formular proposiciones o propuestas de modificación del del plan de liquidación (art.148.2.L.C.).(ver también art. 155.4.L.C.).

Si los administradores concursales hubiesen cesado, el juez, acordada que haya sido la apertura de la liquidación, los repondrá en el ejercicio de su cargo o nombrará a otros.

Si el concursado fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción de su derecho a alimentos con cargo a la masa activa (art. 145.2.L.C.) y si fuera persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución de la sociedad, si no estuviese ya acordada, y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores que serán sustituidos por la administración concursal para proceder conforme a lo establecido en la L.C.

La apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 146 L.C.) y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones. Dicho artículo dió lugar a la derogación del art. 1915 C.c. que decía que con la declaración de concurso y, no como ahora con la decisión de liquidación, vencían todas las deudas a plazo del concursado. Sin embargo, es digno de comentario que, en situación no concursal, subsiste como válido el art.1.129 C.c. en el que se establece cuando el deudor (no concursado) pierde todo derecho a utilizar el plazo, perdiendo la inexigibilidad de cumplimiento anticipado que le protegía según el art. 1125 C.c.

En cuanto a los efectos de la liquidación sobre los contratos será aplicable lo regulado en los art. 61 á 70 L.C.

En cuanto a las operaciones de liquidación, notificado el auto por el que se declara la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal, en un plazo de 15 días (ampliable) debe presentar al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea posible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos o unidades productivas del concurso (art. 148.1. L.C.). El objetivo de tal enajenación unitaria es facilitar la continuidad de las unidades productivas y el mantenimiento de los puestos de trabajo. Es oportuno recordar que el art. 100.3. L.C. prohíbe la “liquidación global del

patrimonio del concursado para satisfacción de deudas", cosa que era posible en la anterior legislación al amparo del art. 1175 C.c.

El plan de liquidación puede ser objeto de observaciones o propuestas de modificación por el deudor, los acreedores y los representantes de los trabajadores (art. 148. apartados 2 y 3 L.C.) y el juez podrá resolver en el sentido que crea oportuno o solicitará previamente informe a la administración concursal y actuará en consecuencia. La liquidación se hará según las reglas que aparecen en el art. 149.1.1º L.C. mediante subasta y si queda desierta, el juez podrá acordar la enajenación directa conforme a las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio (Libro III, título IV, Capítulo IV).

Si el plan de liquidación supone la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo, antes de aprobarlo, deberá darse cumplimiento al art. 64 L.C. según el art. 148.4.L.C.)

La realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará también en subasta "salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado." (art. 155.4.L.C.)

El art. 151.1 L.C. contiene la lógica prohibición de que los administradores concursales no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aún en subasta, los bienes y derechos que integran la masa activa, estableciendo el apartado siguiente las sanciones que corresponderían en caso de infracción, Ya el art. 1.809 del C.Co. de 1829 se manifestaba en sentido parecido.[105]

La sanción al administrador concursal acreedor, que infringiese la prohibición en cuestión, implicaría la pérdida de su crédito (art. 151.2 in fine L.C)

La administración concursal deberá presentar al juez del concurso, trimestralmente desde la apertura de la fase de liquidación, un informe sobre el estado de las operaciones. La omisión del cumplimiento de emisión de tal informe implica para los administradores la aplicación de las sanciones de los art. 36 y 37 L.C. (art. 152.L.C.).

[105] Valpuesta Gastaminza, E. "*Comentarios a la Ley Concursal*" Director Cordón Moreno, F. Thomson Aranzadi pág.1006: "La administración (concursal) debe buscar el mejor precio posible, y esta gestión de un interés ajeno quedaría viciada si a su vez los administradores tuvieran un interés propio en la venta."

Procederá la separación de los administradores concursales si no finalizan la liquidación en el plazo de un año, a solicitud de cualquier interesado, si no existiera causa que justifique la dilación (art. 153.L.C.) y los administradores separados por prolongación indebida perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas y deberán reintegrar las percibidas desde la apertura de la fase de liquidación.[106]

La separación de los administradores concursales, por no haber finalizado la liquidación en el plazo de un año, implicaría el nombramiento de otros administradores concursales que, incorporados a su función, sin conocimiento de cuál ha sido el desarrollo del procedimiento concursal hasta el momento, tendrán una misión especialmente delicada, por lo que, es de suponer que el juez, sólo separará a los administradores concursales si está muy convencido de que su actuación hace necesaria tal medida.

LOS CRÉDITOS NACIDOS TRAS LA APROBACIÓN DE CONVENIO, EN CASO DE APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

La L.C. ha diseñado el concurso de acreedores desglosándolo en dos fases: la fase común de tramitación del concurso en la que se determinan la masa activa y la pasiva con detalle de la lista de acreedores e indicación de la cuantía de sus créditos y clasificación de éstos, y la fase de convenio. En esta fase de convenio se soluciona el problema de la insolvencia sea, por medio del convenio concursal, que es una solución pactada entre el deudor y los acreedores, basada en la autonomía de la voluntad (art.1255 Cc.) limitada por las normas del art. 100 L.C. Si no se alcanza el convenio se pasa a la fase de liquidación consistente en la conversión del patrimonio en dinero para su reparto entre los acreedores.

La fase común puede tener un solape con la de convenio cuando el deudor, que no lo tenga prohibido por el art. 105 L.C., presenta una propuesta anticipada de convenio. En los demás casos el concurso de acreedores se desarrolla a través de la fase común, seguida por la de convenio y ésta por la liquidación, si la solicita el deudor o si el convenio no ha podido cumplirse.

La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación puede contemplarse atendiendo al procedimiento de la conversión, o al momento en que tiene lugar.

[106] Valpuesta Gastamiza,E: *"Comentarios a la Ley Concursal"* obra citada en pié de pág. nº 105: pág 1014: "Por último el juez procederá al nombramiento de nuevos tres administradores (menos problema será si sólo hay que nombrar uno, por tratarse de procedimiento abreviado) para seguir una liquidación ya iniciada, puede no ser lo más adecuado, pues ya solamente la toma de razón de la situación del concurso puede llevar a perder aún más tiempo…Quizás esto también lo valore el juez a la hora de tomar su decisión."

En cuanto al procedimiento de la conversión, ésta puede tener lugar por solicitud de liquidación formulada por el deudor sin necesidad de justificarla (art. 142 L.C.), o bien de oficio (art. 143.1.L.C.), al haber quedado en evidencia que no se ha podido alcanzar un convenio o a que éste no se puede cumplir, habiéndolo reconocido el deudor en cumplimiento de su deber en tal sentido (art. 142.3.L.C.), o bien tras la declaración por resolución judicial firme de incumplimiento de convenio instada por algún acreedor que demuestre que se han producido los hechos que manifiestan la insolvencia y que se relacionan en el art. 2 L.C.

Dichas razones para la conversión de la fase de convenio, en fase de liquidación, son indiferentes a los efectos de determinar la calificación de los créditos que hubiera podido contraer el concursado, desde la declaración de concurso y que estuviesen pendientes de pago, para su inclusión en el régimen de la liquidación.

En cuanto a los efectos de la conversión:

a) si antes de que se apruebe judicialmente el convenio se decide la liquidación, las deudas asumidas desde la declaración de concurso y pendientes de pago, engrosarán la masa pasiva del concurso (art. 133.L.C.)

b) Si, por el contrario , la conversión optando por la liquidación tiene lugar después de la aprobación judicial del convenio, el art. 145 L.C. establece: la suspensión del ejercicio de las facultades de administración del deudor, la reposición de los administradores concursales que habían cesado desde la aprobación de convenio, la extinción del derecho a alimentos del deudor persona física con cargo a la masa activa, la disolución de la sociedad, si el deudor es persona jurídica, pero, la L.C. deja sin solución el régimen que en la liquidación han de tener los créditos surgidos desde la declaración de concurso.

Los pagos realizados por el concursado de conformidad con el convenio hasta el momento de la conversión a procedimiento de liquidación, serán válidos salvo que se probara la existencia de fraude (art. 162.1.L.C.). Serán igualmente válidos los pagos por razón de los créditos surgidos desde la declaración de concurso y que hayan vencido. Esta igualdad de trato da lugar a que cuando el deudor vea que no va a poder atender los pagos establecidos en el convenio o los surgidos tras la declaración de concurso, deberá solicitar la liquidación (art.142.3.L.C.)

Los créditos surgidos tras la declaración de concurso no son concursales, por cuanto los concursales son anteriores a la declaración de concurso, pero tampoco son créditos contra la masa, puesto que, desde el momento en que el convenio adquiere eficacia, cesan todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 L.C.) y por tanto la distinción entre créditos concursales y créditos contra la masa.

La condición de créditos contra la masa de los créditos surgidos después de la declaración de concurso, es válida sólo hasta la aprobación del convenio, pero no después (art. 84.2.2º y 84.2.5º L.C.), o sea que con la aprobación judicial del convenio desaparece la separación entre créditos contra la masa y créditos concursales (art. 133.2. L.C.). A este grupo de créditos que, por no ser créditos concursales, ni créditos contra la masa y que constituyen una nueva categoría de créditos, podríamos denominarlos “nuevos créditos contraídos”.

El hecho de que dichos nuevos créditos concursales, no sean ni concursales, ni contra la masa, no exime al concursado de su pago mientras pueda atenderlo, como es lógico y según además resulta del art. 142.3.L.C., al recordar que el deudor debe pedir la liquidación cuando no pueda cumplir las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio.

El tratamiento de los nuevos créditos contraídos posteriormente a la aprobación judicial del convenio hubiese sido contra la masa, tanto durante el tiempo de cumplimiento del convenio, como en caso de liquidación, pero, salvo que hubiesen sido concedidos para fianciar el plan de viabilidad, en cuyo caso tendrían el tratamiento que el convenio les hubiese conferido (art. 100.5.II L.C.), la L.C. ha negado a los nuevos créditos contraídos la condición de créditos contra la masa (art. 84.2.2º y 84.2.5º L.C.), sin precisar su condición. Dado que los créditos que se conceden al concursado para financiar el plan de viabilidad tienen el tratamiento que se determine en el convenio, cabe considerar que el tratamiento y calificación de los nuevos créditos contraídos, posteriores a la aprobación del convenio, puede haberse previsto en dicho convenio ya que la L.C. no prohíbe un acuerdo en tal sentido.

Si el convenio no ha previsto nada sobre los nuevos créditos contraídos, éstos deberán ser satisfechos de forma ordinaria, sin quedar afectados por el concurso (como si éste no existiera) y en caso de conversión del convenio en liquidación, los nuevos créditos contraídos, que constituyen una categoría autónoma, no pueden ser tratados como los créditos concursales que dieron lugar al concurso de acreedores y deben recuperar su carácter de créditos

contra la masa,[107] respetando los pagos realizados a los acreedores concursales según el convenio (art. 162.L..C.).

Si los nuevos créditos contraídos se contemplan en el convenio concursal, aceptado por los acreedores expresamente en la propuesta de convenio o en la junta de acreedores, habrán de atenderse en el orden que corresponde a la calificación convencionalmente fijada, que deberá ser alguna de las previstas en los art. 154 á 158 L.C. (créditos contra la masa, o créditos con privilegio especial, o con privilegio general, o créditos ordinarios, o créditos subordinados).

Los nuevos créditos contraídos, que si no se contemplaron en el convenio concursal, han recuperado la condición de créditos contra la masa deberán atenderse a su vencimiento, tras la conversión del convenio en liquidación (art. 154.2.L.C.) no produciéndose para ellos el vencimiento anticipado previsto en el art. 146 L.C. para los créditos concursales. Sin embargo, en virtud del art. 1129.1º C.c., que establece que el deudor pierde todo derecho al plazo "cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda" podría considerarse que los créditos contra la masa tambien vencen al abrirse la liquidación con lo que además se abrevia ésta.

[107] Beltrán,E. "*Los créditos nacidos tras la aprobación del concurso*", Anuario de Derecho Concursal, Tomo 10, Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navara) 2007. pág. 517.

10. CONSIDERABLE LIBERTAD EN EL CO NTENIDO DEL CONVENIO CONCURS AL FRENTE A LA RIGI DEZ DE LA TRAMITACIÓN ESTABLECIDA PARA LA LIQUIDACIÓN.

La aplicación al convenio concursal de la libertad de contratación establecida en el art. 1255 C.c. viene limitada en el art.100.1.I L.C., relativo al contenido de la propuesta de convenio que establece que, para los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad de su importe, ni las esperas superar los cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio.

En el apartado II de dicho art. 100.1.L.C., se establece que el juez, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda trener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y que se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente, puede autorizar motivadamente la superación de dichos límites.

En el art. 100.2. L.C., se prevé que la propuesta de convenio podrá contener además proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, separándose por tanto la L.C., una vez más, del principio de la "par conditio creditorum".

En definitiva, los convenios concursales tienen un margen de maniobra considerablemente amplio, aunque evidentemente mucho menos amplio que los convenios amistosos extrajudiciales pero éstos últimos, tienen el inconveniente de que no obligan a quienes estén al margen del convenio amistoso que podrán, por tanto, iniciar ejcuciones singulares contra el patrimonio del concursado, si no cobran sus créditos.

Esta considerable libertad en la redacción de los convenios concursales, si se produce la apertura de la liquidación, sea a solicitud del deudor o de un acreedor, en este último caso si durante la vigencia del convenio concursal que haya logrado aprobarse, se dan los hechos del art. 2.4.L.C. (art.142.4.L.C.) o de oficio, en los casos previstos en el art. 143. L.C., los efectos de la apertura de la liquidación son automáticos (art. 145,146 y 147 L.C.) y el plan de liquidación se ajustará a los establecido en los art. 148 al 162 L.C.

Por tanto, la actitud de los acreedores tras la apertura de la liquidación es un tanto pasiva ya que no cabe acordar lo que podríamos llamar un "convenio de liquidación" (con sus acuerdos y cláusulas propios al caso), en el que se

acordase la forma de llevarla a cabo. Observemos al efecto que el art. 100 L.C. titulado “Contenido de la propuesta de convenio”, en su apartado 100.3., ya se dice que la propuesta de convenio, en ningún caso, podrá consistir en la cesión de bienes y derechos por el concursado a los acreedores en pago, o para pago, de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado, para satisfacción de sus deudas. Es evidente que dicho apartado está mal colocado en el texto de la L.C. pues habla de liquidación de patrimonio en un artículo dedicado a la propuesta de convenio concursal y regula la prohibición de liquidación global del patrimonio, pero a pesar de la mala colocación de la norma, lo que está claro es que el legislador prohibe tales cesiones.

En la legislación anterior a la L.C., el C.Co. de 1885, en sus art.998 y stes. se regulaba el convenio entre el quebrado y sus acreedores y era posible que el quebrado se desvinculase de la quiebra en virtud de un convenio de cesión de bienes que le liberaba y tras el cual no cabía reclamarle nada en el supuesto de que vlniera a mejor fortuna.

Ahora, por el contrario, tras la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, si aparecen más bienes o si el concursado viniese a mejor fortuna, antes de que los créditos pendientes de pago prescriban, cabrá la reapertura del concurso por cuanto el concursado responde de sus deudas con sus bienes presentes y futuros (art. 1911 C.c.)

Puede ser motivo de reflexión si es justo que el concursado, persona física, debe responder con los bienes futuros de una situación de insolvencia que haya dado lugar a la calificación del concurso como fortuito y en la que el concursado ya perdió todo su patrimonio anterior.

CAPITULO VIII
LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

La formación de la Sección Sexta de calificación del concurso tendrá lugar cuando la quita del convenio concursal sea superior a un tercio del importe de los créditos o cuando la espera sea superior a tres años y en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

El concurso será calificado como fortuito o como culpable, pero no vinculará a los jueces y tribunales penales (art. 163.L.C.).

La generación o agravación del estado de insolvencia, como consecuencia de dolo o culpa grave del deudor, motivará la calificación del concurso como culpable (art. 164.L.C.).

La culpa leve, como criterio de imputación subjetiva, queda excluida del régimen de responsabilidad concursal. El ámbito de aplicación de la responsabilidad concursal resulta ser menos amplio que el de las acciones societarias de responsabilidad y, en general, que el régimen de responsabilidad civil. La negligencia leve que no resulta sancionada en el ámbito del concurso debe identificarse con los casos de deficiencias de juicio, caracterizados por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas.[108] Es oportuno mencionar que los administradores únicamente respondenden de la forma en que se realizan las operaciones, pero no del resultado de las mismas, pero quedan fuera de la "zona de inmunidad" de la responsabilidad concursal todos los casos en que la insolvencia o su agravación se produce como consecuencia de: a) un comportamiento contrario a la Ley o a los Estatutos;

---

[108] Verdú Cañete, M.J "*La responsabilidad civil del administrador de sociedad decapital en el concurso de acreedores*" Editorial "Wolters Kluwer España,S.A" Las Rozas (Madrid)2008.pág.232:
"La doctrina jurisprudencial norteamericana conocida como "business judgment rule" cuya principal finalidad es evitar que las decisiones técnico-emprearíales sean revisadas por los jueces en el procedimiento de determinación del deber de diligencia. Los argumentos que aporta la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas para justificar la adopción de la "business judgment rule" son varios y han sido expuestos por nuestra doctrina: incluso los administradores más diligentes pueden tomar decisiones que juzgadas con posterioridad pueden parecer negligentes por haber causado daños al patrimonio social; b) la asunción de riesgos es un elemento inherentre a las decisiones empresariales; c) es perjudicial para la propia sociedad que las decisiones sean tomads por los accionistas, por ello la competencia para tomarlas es un poder atribuido no a los accionistas sino a los administradores: d) los jueces no tienen experiencia empresarial para sustituir con sus decisiones a las tomadas por los administradores."

En la pág.234 de la misma obra:

"Ahora bien, la aplicación de dicha doctrina se supedita a varios requisitos: a) que la decisión empresarial se haya tomado, con la suficiente información, siguiendo los procedimientos formalmente establecidos; b) que el administrador actúe en defensa del interés social, esto es, que no tenga interés personal en cualquier consecuencia directa o colateral de la decisión; c) y que se trate de decisiones objetivamente razonables y adecuadas para la satisfacción del interés social."

b) una conducta desleal; c) adopción de decisiones empresariales sin una adecuada planificación y estudio.

La gravedad de la culpa, como presupuesto de la responsabilidad concursal, constituye por tanto una especialidad respecto al sistema de responsabilidad civil de los administradores.

Por otra parte, para que el concurso sea califcado como culpable es preciso que se haya abierto la fase de liquidación. Si el concurso concluye con un convenio con los acreedores no procede la imputación de la responsabilidad por el déficit, aunque el estado de insolvencia o su agravación sea consecuencia de la conduca dolosa o gravemente negligente de los administradores. La apertura de la fase de liquidación constituye, por tanto, otro presupuesto específico de la responsabilidad por el déficit, que reduce en gran medida su ámbito de aplicación.

Por tanto, junto a los presupuestos generales de la responsabilidad civil de los administradores, deben concurrir otros propios o específicos para imputarles la responsabilidad del descubierto: a) que su conducta antijurídica haya sido dolosa o gravemente negligente y b) que el concurso haya desembocado en la fase de liquidación.

La calificación del concurso como culpable se basa en el perjuicio causado a los acreedores y en general al tráfico jurídico económico, sea porque el deudor, o los administradores sociales de la persona jurídica concursada, hayan provocado o agravado el estado de insolvencia o porque hayan obstaculizado o dificultado el desarrollo del propio concurso, impidiendo a los administradores concursales el desempeño de sus funciones (culpabilidad “en” el concurso). En el primer caso, la conducta del administrador social es determinante de la insuficiencia patrimonial de la sociedad y, por tanto, de la imposibilidad de hacer frente a todos los créditos y habrá lugar a la responsabilidad concursal de los administradores sociales (art. 172.3.L.C.). En el segundo caso, la obstaculización del desarrollo del procedimiento concursal impide o retrasa la consecución del objetivo principal del mismo, cual es la satisfacción de los acreedores y en virtud del art 165.2º L.C. constituye presunción de dolo o culpa grave del concursado y por tanto puede dar lugar a la consideración de que el concurso es culpable y la sentencia que así lo declare se pronunciará sobre la responsabilidad del deudor o de los administradores de la sociedad concursada art. 172.3.L.C.).

En cuanto a las obligaciones del deudor en concurso, o de los administradores de la sociedad concursada, relativas a la información necesaria o conveniente

para el interés del concurso (art. 165 2º L.C.), a facilitar a la administración concursal, aparece la posible colisión entre el deber de información con los derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art.24.2 C.E.), cuando la información se refiera a hechos que pudieran dar lugar a la calificación del concurso como culpable, con los consiguientes efectos perjudiciales (pérdida de derechos frente a la masa, inhabilitación y posible responsabilidad concursal).

Con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación no podrían alegarse los citados derechos constitucionales pues el procedimiento todavía no reviste carácter sancionador. Pero esta información será utilizada por la administración concursal y por el Ministerior Fiscal en fase de calificación. En este caso podría entenderse que la calificación culpable del concurso se realiza sin las garantías correspondientes, en la medida en que los obligados por el deber de información no han sido informados de sus derechos constitucionales de no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Por otra parte no debe olvidarse que puede no abrirse la sección de calificación y, por tanto, no sería enjuiciada la conducta del deudor en relación con el concurso. No tendría sentido la alegación de los derechos constitucionales con carácter previo a una fase de carácter sancionador que no es seguro que se vaya a desarrollar.

El deudor concursado, o los representantes de la sociedad en concurso, podrían negarse a facilitar información sobre determinados hechos que puede derivar en la calificación culpable del concurso, pero el incumplimiento del deber de información puede constituir una *presunción iuris tantum* de que la generación o agravación del estado de insolvencia ha sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente negligente del deudor o de los administradores de la sociedad, recayendo sobre éstos la carga de la prueba de que no hubo conducta dolosa o gravemente negligente por su parte.

Con la responsabilidad concursal del deudor, o de los administradores de la sociedad concursada, si el concurso es declarado culpable, se pretende resarcir el daño producido por los créditos insatisfachos. Como en todo supuesto de responsabilidad civil, la producción de un daño es presupuesto de imputación de responsabilidad (concursal en este caso) pero el daño resarcible a través de esta institución ostenta una especial cofiguración. El perjuicio puede

identificarse con la insuficiencia de activo[109], o sea con el importe de créditos insatisfechos como consecuencia de la insolvencia del deudor concursado. La particular configuración del daño resarcible incide directamente tanto en la concreción de la cuantía de la indemnización, como en la forma en que debe llevarse a efecto el resarcimiento del mismo durante la tramitación del procedimiento. El daño resarcible mediante la responsabilidad concursal puede configurarse como un daño común o colectivo causado al conjunto de acreedores y puede individualizarse en la parte del crédito que cada acreedor ha dejado de percibir con cargo al patrimonio social, si el impago es consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable del concursado. La relación causal entre la conducta dolosa o gravemente negligente del concursado y el perjuicio causado a los acreedores constituye presupuesto de la responsabilidad concursal. Así se deduce de la interpretación de las expresiones "podrá" y "total o parcialmente" que aparecen en el art.172.3 L.C. Parece pues, que el juez del concurso decidirá sobre la imputación o no de responsabilidad concursal, así como sobre la concreción del quantum indemnizatorio en atención a la relación causal existente entre el comportamiento del concursado y el resultado dañoso. El juez deberá, por tanto indagar en las causas reales del estado de insolvencia del concursado, para determinar cual ha sido la consecuencia efectiva de su conducta ilícita en el resultado dañoso. Esta tarea resulta compleja por las dificultades que derivan de la propia noción de causalidad[110]. Por otro lado, la insolvencia, rara vez es resultado de un hecho concreto. Normalmente, concurren multitud de circunstancias (crisis económica generalizada, evolución del mercado, obsolescencia del proceso productivo que lo convierte en no competitivo etc…) y, entre ellas puede encontrarse el comportamiento doloso o gravemente negligente del concursado. Aislar los efectos dañosos de la conducta ilícita del concursado, de los efectos derivados del resto de circunstancias concurrentes es complicado. Además, la conducta ilícita tampoco se concreta normalmente en un solo acto sino en un conjunto de

[109] Guyon,Y *"Droit des affaires"* pag 428.

"El daño es la insuficiencia de activo, es decir la parte de créditos que no han podido ser reembolsados,gracias a los fondos provenientes del patrimonio de la sociedad"

[110] Pantaleón Prieto, F *"Causalidad e imputación objetiva:criterios de imputación" (Centenario del Código Civil II)* Madrid (Ceuta) 1990:
"El problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso (…) no debe ser en modo alguno confundido, con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso causalmentel ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser puesto a cargo de aquella conducta como obra de su autor (…) No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no es objetivamente imputable a la conducta del demandado, lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa causalidad jurídica"

actos que integran la función de administrar. En concreto, la conducta ilícita o antijurídica se identifica con una mala gestión.

Un criterio aplicable para concretar el quantum indemnizatorio podría ser el relativo a la gravedad de la conducta. Así, el art. 1107 C.c. relativo a la responsabilidad contractual, distingue entre dolo o simple negligencia para determinar la extensión de la indemnización de daños y perjuicios.[111] De modo similar, el art.164.1.L.C. se refiere a la concurrencia del dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia para determinar la calificación culpable del concurso. Pudiera pensarse que el pago del déficit deberá ser total cuando sea consecuencia de una conducta dolosa y, por el contrario, será parcial cuando sea consecuencia de una conducta gravemente negligente.

El contenido del art. 172.3 L.C. donde se dice que:

"…la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable… a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa."

parece redactado pensando en muy pequeñas sociedades mercantiles donde el patrimonio personal de los administradores (en muchos casos, los propios socios) está en concordancia con el déficit a que puede dar lugar la liquidación de la sociedad pero, evidentemente tratándose de una gran compañía, la responsabilización de los administradores no va a resolver el tema del déficit en el pago a los acreedores y sólo servirá para sumir a dichos administradores en la miseria.

Es de observar que la responsabilidad por el déficit concursal es un supuesto de responsabilidad civil por daños, con especialidades, lo que podría parecer incompatible con su aplicación restringida a los supuestos en que la sección de calificación haya sido abierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, pudiendo cuestionarse por qué no son resarcibles los daños causados a los acreedores cuando el concurso concluye con un convenio, consistente en las quitas y esperas convenidas que dan lugar a que los créditos no resulten totalmente satisfechos. En estos casos, aunque la insolvencia de la sociedad sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente negligente de

[111] Fraga, J. *"La responsabilidad contractuial"* Madrid (Civitas) 1987 pag. 106:
"El dolo (en el art. 1107 C.c.) es un criterio de agravación de responsabilidad, es decir, supone un agravamiento de las consecuencias que el ordenamiento normalmente conecta al incumplimiento"

los administradores, éstos no se verían obligados a hacer frente al déficit concursal aunque el concurso sea calificado como culpable.[112]

La formación de la sección de calificación tiene lugar (art. 163 L.C.) cuando se aprueba un convenio en el que se establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años y, en todo caso, cuando se produzca la apertura de la fase de liquidación.

Si el concurso se califica como culpable, en ambos supuestos (convenios gravosos o liquidación) procede la imposición de los efectos civiles previstos en el art.172.2.2º (la inhabilitación) y 3º (la pérdida de cualquier derecho como acreedores concursales o de la masa) L.C. Sin embargo la responsabilidad concursal como otro efecto vinculado a la calificación culpable del concurso sólo procede en los supuestos en que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art. 167.2.1º L.C.).

La restricción del ámbito de aplicación de la responsabilidad concursal a los supuestos en que el concurso concluya en fase de liquidación, ha sido interpretada por un sector doctrinal como un indicio de que tiene carácter punitivo y no indemnizatorio, negando a la responsabilidad concursal el carácter de responsabilidad civil por daños atribuyéndole la naturaleza de responsabilidad sanción.

El daño resarcible a través de la responsabilidad concursal resulta de la existencia de un déficit concursal que se manifiesta una vez se ha liquidado el patrimonio cuando se constata su insuficiencia para pagar a los acreedores. El órgano judicial deberá valorar la relación causal existente entre la conducata antijurídica del concursado o de los administradores de la sociedad concursada y el estado de insolvencia que motiva la existencia de créditos insatisfechos, para determnar el quantum indemnizatorio, cuyo importe podrá ser inferior a dicho déficit pero nunca superior.

[112] Fernández de la Gándara, L ·"Comentarios a la Ley Concursal" Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2004, pág. 713:
"Lo que el legislador ciertamente persigue es vincular la responsabilidad concursal a la liquidación. El auto de apertura del convenio, cualquiera que sea su contenido- con independencia, por tanto, de que llegue a ser gravoso para los acreedores o de que los administradores hayan contribuido dolosamente o con culpa grave a la generación o agravación del estado de insolvencia-, deja sin efecto el régimen de responsabilidad. El art. 172.3.L.C. no ofrece dudas sobre este particular aún en aqurellos casos en que el convenio, aceptado por la mayoría de los acreeedores, no baste por sí sólo para excluir el posible daño a la sociedad como consecuencia del comportamiento negligente de los administradores."

La limitación de la responsabilidad por el déficit concursal, a los supuestos en que se produzca la fase de liquidación puede comprenderse considerando que el concursado o los administradores de la sociedad concursada, no deben responder de la parte de crédito no satisfecha a los acreedores por cuanto éstos han aceptado previamente la quita mediante su aprobación de un convenio en tal sentido.

La responsabilidad concursal sólo se extiende a los supuestos en que existan créditos insatisfechos tras la liquidación, pero no cuando existen créditos insatisfechos tras el cumplimiento del convenio en el que, antes de su puesta en práctica, los acreedores han dado su conformidad a la quita y esto es así aunque la insolvencia haya sido provocada o agravada dolosamente o con culpa grave del concursado o de los administradores de la sociedad concursada.

A los efectos de la calificación del concurso, será indudablemente favorable haya habido informes de auditoría, que no son obligatorios para las pequeñas empresas pero que, cuando sean favorables ayudarán a la calificación del concurso como fortuito y a que los administradores sociales de la persona jurídica sean liberados de las consecuencias que puede implicar la calificación del concurso como culpable.

En el art. 171.L.C. se trata de la oposición del deudor a la calificación del concurso que se sustanciará por los trámites del incidente concursal con dualidad de partes. La posición activa para que la calificación del concurso sea fortuita o culpable corresponde a la administración concursal y al Ministerio Fiscal, que podrán así proponerlo al juez. También podrán estar en la posición activa los acreedores y terceros interesados, quienes tienen derecho a ser oídos, pudiendo alegar, por escrito, cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable.

La posición pasiva corresponde al deudor, los cómplices y, en general a las personas afectadas por la calificación, que podrán oponerse a la calificación del concurso como culpable. La L.C. no contempla que los acreedores puedan intervenir en la posición pasiva, ni tampoco los terceros interesados, pero aunque la ley no lo contemple, tampoco lo prohíbe, por lo que el deudor, los cómplices o las personas afectadas por la calificación podrían llamar al proceso a los acreedores o terceros interesados con el fin de facilitarles el derecho de defensa.

Si el informe de la administración concursal califica el concurso como fortuito y el Ministerio Fiscal, en su dictamen, coincide con tal consideración,

el juez acordará mediante auto el archivo de las actuaciones, contra cuyo auto no cabrá recurso alguno, dándose por finalizada la tramitación de la Sección Sexta (art. 170 L.C.).

Si el informe de la administración concursal o el dictamen del Ministerio Fiscal califican el concurso como culpable, el juez dará audiencia al deudor, por el plazo de diez días y ordenará emplazar a todas las personas afectadas por la calificación del concurso y a sus cómplices para que, en el plazo de cinco días, comparezcan en la Sección, si no lo hubieran hecho con anterioridad (art. 170.2.L.C.).

Las personas afectadas por la calificación, podrán dejar precluir su oportunidad de defensa, u oponerse. Obsérvese que las peticiones iniciales de calificación del concurso como culpable formuladas por la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal cumplen con la función propia de la demanda del incidente concursal y los escritos de oposición hacen la función de la contestación a la demanda del incidente concursal.

El deudor y las personas afectadas por la calificación, si optan por oponerse, tras haber sido emplazadas por el término de cinco días, si no estvieran personadas (el deudor por supuesto que estará personado por ser parte), una vez comparecidos, se les dará vista del contenido de la Sección, para que en un plazo de diez días puedan presentar escrito de alegaciones de oposición, lo que será la contestación a la demanda del incidente concursal.

En cuanto a los cómplices, que según el art. 166 L.C. son quienes, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor, persona física, o con sus representantes legales, o con los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o con sus apoderados generales, si el deudor es persona jurídica, en la realización de cualquier acto que haya motivado la calificación del concurso como culpable, una vez comparecidos, se les tendrá por parte.

Si hay pluralidad de oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente concursal (art.171.1.L.C.)

El deudor y demás personas afectadas por la calificación, en su escrito de oposición, presentado en forma de contestación a la demanda de juicio ordinario (art. 405.2.LEC), podrán alegar en su defensa lo que consideren oportuno, admitiendo o negando, pura y simplemente los hechos aducidos de adverso. Asimismo podrán negar las consecuencias jurídicas que la administración concursal (o el Ministerio Fiscal, en su caso) deduzcan de los hechos. También podrán alegar las excepciones procesales del art. 405.3 LEC

y las materiales del art. 405.1 LEC. Al escrito de oposición a la calificación del concurso se acompañarán, los poderes del procurador y cuantos documentos puedan servir de base a la oposición

El escrito de oposición se presentará en el plazo de diez días desde el día en que los demandados hayan tenido conocimiento del contenido de la Sección Sexta, en la forma prevista en el art. 405 LEC. Una vez presentado tal escrito o transcurrido el plazo para presentarlo, el incidente concursal continuará conforme a los trámites del juicio verbal citando a las partes a la celebración de la vista (art. 194.3.L.C.). La citación para la vista indicará también a las partes que deben indicar las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista, para que declaren en calidad de partes o de testigos. A tal fin facilitarán todos los datos y circunstancias precisas para llevar a cabo la citación (art. 440.1.III LEC)

La parte actora, en la vista, será la administración concursal, el Ministerio Fiscal, los acreedores y terceros interesados. La parte demandada estará integrada por el deudor, los declarados cómplices, en su caso, y las personas afectadas por la calificación, en su caso, que pretenderán evitar las sanciones que puede imponerles el juez del concurso en la sentencia (art. 172.L.C.). Al iniciar la vista, el juez examinará los eventuales defectos procesales apreciados de oficio o los denunciados por la demandada.

Concluida la vista, el juez del concurso deberá dictar sentencia en el plazo de diez días. La forma de la sentencia se ajustará a lo previsto en el art. 209 LEC, cumpliendo los requisitos internos de los art. 216 y stes. LEC.

La calificación del concurso como fortuito dará lugar a la condena en costas a la administración concursal y la calificación del concurso como culpable dará lugar o no a la condena en costas, según se hayan estimado total o parcialmente los pronunciamientos solicitados por la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal en sus respectivos escritos.

Según el art.197.4. L.C., las partes pueden recurrir, en apelación, la sentencia de declaración de culpabilidad o complicidad en el concurso y se sustanciarán según establecen los art. 457 á 465 LEC. Se entiende que también cabe recurrir ante la sentencia que declare el concurso fortuito.

Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial resolviendo el recurso de apelación, cabrán los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal (art. 197.6. L.C.), si se cumplen los criterios de admisión previstos en los artículos 483 y 473 LEC respectivamente.

Cuando la sentencia de calificación sea firme por haberse resuelto los recursos o por haber precluido los plazos para interponerlos, la sentencia producirá efectos de cosa juzgada (art. 222 LEC).

La sentencia de calificación del concurso se pronunciará sobre los extremos que se indican en el art. 172. L.C. y sobre la condena a los administradores de la persona jurídica, cuya condena tendrá naturaleza indemnizatoria y sancionadora.

Efectivamente, el art. 172.3.L.C. establece que la sentencia de calificación del concurso como culpable podrá condenar a los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de la persona jurídica concursada a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (naturaleza indemnizatoria).

Por otra parte, en el art. 172.2.3º L.C. se prevé sancionar a dichos administradores con la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubieran recibido de la masa activa (naturaleza sancionadora).

CAPITULO IX
REFLEXIONES FINALES

1. SOBRE LA DESEABLE ANTE LACIÓN DE LA DECLARACI ÓN DE CONCURSO Y SOBRE LA "PAR CONDICIO CREDITORUM".

Al deber del deudor de solicitar la declaración del concurso, ante su insolvencia actual, se enfrenta su tendencia natural a querer demorar tal solicitud por querer intentar salvar la situación, hasta el último momento. De hecho un deudor que presentara la solicitud de declaración de concurso, en la fase en que su insolvencia, todavía es inminente, pero con posibilidades de recuperación, podría ser considerado como comerciante poco luchador.

Decimos que la mentalidad del deudor diverge de la consideración de la conveniencia de la declaración pronta del concurso, por cuanto el deudor, hasta el último momento, intentará ir liquidando o reduciendo los créditos de sus acreedores, según su criterio personal, pero no por ello necesariamente injusto y mientras no se declare su concurso, lo hará libremente (aunque posteriormente puedan ser rescindidos alguno de sus actos), pero al deudor no se le permiten consideraciones personales de preferencia de unos acreedores sobre otros, ni tener un sentido propio de "justicia" que puede no ser el de la "par condicio creditorum".

Por otra parte, el éxito del proceso concursal radica en buena parte en la pronta solicitud de concurso voluntario y para motivarla, la L.C. establece el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia actual (art. 5.1.L.C.) y asimismo incentiva a los acreedores a que insten el concurso necesario, reconociéndoles en compensación, el carácter privilegiado de su crédito en cuanto al 25 % de su importe, si no es subordinado (art.91.6º L.C.).

La pronta solicitud de concurso voluntario permitirá que en un momento todavía no desesperado, sea la administración concursal la que, de acuerdo con la ley concursal, reconozca o excluya los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento (art. 86 L.C.) y los califique según el art. 89 L.C. y, en caso de proceder a la liquidación del patrimonio, será también la administración concursal quien presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso (art. 148 L.C.), para proceder al pago de los créditos concursales, en la medida de lo posible y según los criterios de la Ley concursal.

Indudablemente es comprensible que la Ley concursal intente promover el adelanto de la solicitud de declaración de concurso voluntario a un momento

en que todavía se puede hacer algo para salvar a la empresa o para liquidarla de una forma equitativa y justa.

La Ley concursal ha establecido la "par condicio creditorum" y por tanto hemos de pasar por ella, pero no olvidemos que la propia L.C. infringe la "par condicio creditorum" al establecer categorías de créditos: créditos privilegiados con privilegio especial, créditos privilegiados con privilegio general (con, nada menos que seis categorías jerarquizadas), créditos ordinarios y créditos subordinados (también con seis categorías jerarquizadas), es decir, establece las excepciones positivas para los créditos privilegiados y las negativas para los créditos subordinados basándose en causas objetivas y reconocidas por un principio de legalidad.

Además, la L.C. previene que puede darse un trato singular a ciertos acreedores o grupos de acreedores determinados por sus características, separándose por tanto de la "par condicio creditorum" cuando en el art. 125 establece que "para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o grupos de acreedores determinados por sus características, será preciso, además de la obtención de la mayoría que corresponda conforme al artículo anterior, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular".

La imposición de la "par condicio creditorum" (sin más excepciones que las de las categorías de los créditos que establece la Ley) no nos impide pensar que no todos los acreedores merecen el mismo trato, ni deberían tenerlo, dadas las circunstancias de unos y otros acreedores, según veremos con los siguientes ejemplos:

1. Si el concursado tiene dos acreedores ordinarios por el mismo importe, y se va a proceder a la liquidación, pagándoseles p.e. un 30% a cada uno, cabe pensar que no deberían tener el mismo trato al pagarles, parcialmente sus créditos concursales, si uno de los acreedores es una gran empresa a la que la parte impagada de su crédito en nada le va a trastornar mientras que el otro acreedor que es una pequeña empresa verá su subsistencia gravemente afectada por el impago del 70% de su crédito.

2. Tampoco parece merezcan igual trato dos acreedores ordinarios de igual envergadura económica y con créditos de igual cuantía, si uno de los acreedores ha estado cobrando puntualmente sus ventas durante años y el otro se ha visto afectado por el concurso cuando la operación impagada era la primera que realizaba con el concursado.

Pero, tras la declaración de concurso, y decidida la liquidación, las funciones de la administración concursal, se realizarán según las directrices de la L.C., inspiradas en la "fría" "par condicio creditorum", a la que se ven sometidos los acreedores del concursado y que implica la igualdad de trato de todos los que se encuentren clasificados en el mismo orden jerárquico como p.e los acreedores concursales ordinarios.

Esta igualdad de trato para los acreedores clasificados dentro de un mismo grupo (p.e. el de los acreedores ordinarios), parece ignorar que, aunque los acreedores estén en el mismo grupo jerárquico, pueden ser desiguales, como hemos visto en los ejemplos anteriores, por sus circunstancias particulares y por el desigual perjuicio que les causa el concurso del deudor común por lo que cabría considerar que tienen derechos desiguales. Darles el mismo trato, parece contradecir el principio de que a los desiguales se les debe tratar de forma desigual.

Sin embargo hemos de reconocer que el legislador no puede prever ni corregir el efecto de la consideración de que se presuma que los acreedores de un mismo "grupo" son iguales, pues sería utópica la pretensión de analizar cada caso concreto para establecer las consecuencias que le ha producido el concurso y jerarquizar a cada uno de los acreedores respecto a los demás.

La Constitución Española, en su art. 14, establece la igualdad de los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, pero este principio de igualdad no se aplica a las relaciones entre particulares.

El principio de igualdad desaparece en el ámbito del Derecho privado, cuando se pone en relación con la autonomía privada. Ésta determina que los particulares, cuando regulan sus relaciones entre sí, obran en virtud de la libertad contractual (art. 1255 C.c.). Así, p.e. la libertad de testar, respetando las legítimas, permite dedicar, un tercio de mejora a unos herederos forzosos (en Derecho Común) en detrimento de otros, es decir, no todos los herederos forzosos tienen igual trato, por cuanto los actos jurídicos no están vinculados por el principio de igualdad, sino por la regulación que libremente decidan los particulares o por la que establezca la legislación aplicable.

En la L.C. se establecen normas que deben cumplirse a partir del momento en que exista un presupuesto objetivo de los que indica el art. 2 L.C. quedando considerablemente limitada la libertad contractual del art. 1255.C.c. de todos los implicados en el concurso. Esto es así, por cuanto, el legislador ha

considerado que la regulación del concurso debe considerarse una cuestión de Derecho Público, dada la amplitud de consecuencias que conlleva un concurso, para los acreedores, para los trabajadores, para el deudor persona física, o para los socios de la persona jurídica concursada, para los proveedores que, si la concursada va a liquidación, pierden un cliente y, en general, por el impacto que el concurso causa en el sector del comercio en el que tiene lugar.

2. CONSIDERACIÓN DE LOS CÉDITOS DE PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR COMO CRÉDITOS SUBORDINADOS

Los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, según el art. 92.5 L.C tienen el carácter de subordinados.

La L.C. no hace distinción respecto a la razón de ser de estos créditos. Si son una necesidad como consecuencia de una infracapitalización de la sociedad, hacen la función de capital y parece lógico que tengan el tratamiento de créditos subordinados por analogía con el tratamiento que tienen las aportaciones de capital que, en caso de liquidación de la sociedad, sólo se devuelven a los socios, si restan recursos tras haber pagado a todos los acreedores (C.Co. art 235) y a prorrateo si el remanente no es suficiente para la total devolución de aportaciones.

Puede ser un indicio de que los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor tienen una función sustitutiva de la aportación de capital cuando están concedidos sin devengo de intereses, o sin vencimiento determinado.

Es lógico que tales créditos no tengan la misma consideración que los de los acreedores por operaciones mercantiles, que incluso podrían considerarse engañados pues es el capital el que debe responder del riesgo de la empresa y si se han aportado créditos con la función de capital, deben ser tratados como aportaciones de capital o lo que viene a ser lo mismo, como créditos subordinados.

Si, por el contrario, los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor, generalmente los socios, son créditos puntuales, para resolver una situación de falta de tesorería y han sido concedidos a plazo corto, si se produce la declaración de concurso, antes de su vencimiento, podría considerarse injusta la subordinación de tales créditos.

Una sociedad anónima constituida por el capital mínimo que permite la ley (art. 4 LSA: 10 millones de pesetas o sea 60.000 euros), adquiere plena personalidad jurídica con su inscripción en el Registro Mercantil, pero si su actividad requiere medios financieros por un importe de un millón de euros y este millón lo aportan como créditos los socios y otras personas especialmente relacionadas con el deudor (es decir, con la sociedad), con vencimientos a muy largo plazo o incluso renovables o quizás incluso sin vencimiento

convenido, estamos claramente ante un caso de infrcapitalización y el tratamiento de estos créditos como subordinados es lógico.

Pero, en caso contrario, si el capital social es de un millón de euros y el administrador, persona especialmente relacionada con el deudor, desembolsa sesenta mil euros, de su propiedad privada, que presta a la sociedad para poder efectuar el pago de una letra, cuyo vencimiento no puede aplazar, estamos ante un caso distinto que no merece que, si la sociedad es declarada en concurso, tal crédito sea subordinado.

Mucho más grave sería que las personas especialmente relacionadas con el deudor pretendieran, ante la sociedad deudora, que tales créditos son con vencimiento en el momento de su reclamación (a la vista) o que se hubiesen establecido con un vencimiento determinado a corto plazo, anterior a la fecha de dificultades del deudor. En tal caso, si la situación de la sociedad se pone difícil, tales acreedores que disponen de un crédito vencido hace tiempo, tendrían la posibilidad de reclamar su pago y de cobrar lo acreditado, poco antes de la declaración de concurso, por cuanto reclamarían un crédito vencido, y la sociedad deudora todavía no está en concurso, con lo que tales créditos, no solo no habrían quedado subordinados, sino que, ya no aparecerían en el balance de la concursada

Ahora bien, en todos los casos, la administración concursal deberá hacer toda clase de averiguaciones para cerciorarse de la existencia real de dichos créditos, pues también podría ser que fueran amañados, y deberá igualmente comprobar la veracidad de los vencimientos con los que se establecieron, si se han amortizado poco antes de la declaración de concurso.

Lo que no parece oportuno es la degradación automática de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor a la condición de créditos subordinados.

El efecto automático de la consideración de tales créditos como subordinados puede motivar que el deudor en apuros se sienta abandonado, porque acudir en su ayuda, si incluso con ella tiene lugar el concurso, puede significar la ruina de sus parientes o personas especialmente relacionadas con él, que habían tratado de ayudarle.

3. CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS AFIANZADOS

Las distintas interpretaciones del el art. 87.6 L.C., (la gramatical o literal y la teleológica o correctiva) han motivado consideraciones de interés:

1. Antes de la actual L.C. quienes solían disfrutar de fianzas o avales en sus préstamos o créditos al deudor, eran las entidades financieras en cuyos contratos de préstamo o de crédito aparecían las fianzas o avales consituidos por los fiadores o avalistas.

Si la mera existencia de la fianza diera lugar, en virtud de la interpretación gramatical o literal del artículo 87.6.L.C., a la subordinación del crédito afianzado, las entidades financieras, ante la dificultad de cobrar al concursado, podrán dirigirse contra el garante, pero su reacción lógica al conceder préstamos será en el futuro buscar otras garantías y no la de un fiador.

Si por el contrario se estima la interpretación teleológica o correctiva como válida, la subordinación se producirá en el momento del pago por el garante, que se subrogue en el crédito de la entidad financiera, lo que dará lugar a que los fiadores se resistan a afianzar tales créditos ante la subordinación que tendrán que padecer si se produce el concurso del deudor.

Si las garantías ofrecidas a la entidad financiera fueran garantías reales sobre bienes del garante, el crédito de la entidad financiera quedaría al margen de la degradación establecida en el art. 87.6.L.C. concebido para fianzas (si se considera la interpretación gramatical o literal) por lo que, las entidades financieras mantendrían sus créditos calificados como ordinarios, si así les correspondía y además tendrían la garantía real del garante. Pero, el garante en cuestión, es probable que sea persona especialmente relacionada con el deudor (socio, pariente), por lo que en caso de que llegue a subrogarse en la posición de la entidad finnciera, su crédito se convierte en subordinado, lo cual determinará que la persona especialmente relacionada con el deudor se resista a dar garantías reales o personales.

2. Aquellas entidades financieras que estén dispuestas a conceder préstamos o créditos al deudor en virtud de sus posibles garantes, para evitar la subordinación de la interpretación gramatical o literal, puede que opten por prestar directamente al garante, ante la perspectiva de que si prestan al deudor, su crédito vaya a ser sobordinado y deban igualmente dirigirse contra el fiador y que sea éste el que preste a su vez al deudor en apuros, en cuyo caso, nadie queda subordinado salvo que el garante sea persona especialmente

relacionada con el deudor, cosa que es de suponer, en cuyo caso su crédito será subordinado.

3. Los acreedores (proveedores) por créditos propios de la actividad mercantil no suelen tenerlos garantizados, pero si observan indicios de insolvencia, es frecuente que soliciten garantías.

Esta presión de los acreedores, es posible que se diluya al constatar dichos acreedores que la concesión de garantías, implicaría la subordinación automática de su crédito, si prevalece la interpretación gramatical y literal del art. 87.6.L.C.

4. La posible negativa general de los posibles garantes a garantizar las operaciones del deudor en dificultades, al ver el trato que van a recibir si garantizan, endurecerá la situación del deudor, resultando más probable que incurra en el deber de solicitar la declaración de concurso.

5. Con la interpretación gramatical o literal del artículo 87.6.L.C., se produciría la sorprendente situación de que, si en un concurso hay diez acreedores ordinarios y de ellos nueve tienen sus créditos afianzados, resultaría que en definitiva, el único acreedor que no tiene el crédito afianzado es el único que mantendría su crédito como ordinario y por tanto con elevada probabilidad de cobro, aunque evidentemente los demás podrán dirigirse a sus garantes para cobrar.

6. Puede darse el caso de que un acreedor tenga un contrato de fianza solidaria que ampare su crédito, pero que dicha fianza se contenga en documento separado al del contrato de préstamo o crédito. En este caso, si el acreedor no declara a la administración concursal, la existencia de la fianza podrá cobrar, en el concurso, lo que le corresponda como acreedor ordinario, si es ésta la calificación que en un principio correspondía a su crédito, y luego dirigirse al fiador solidario reclamando el resto. Si el fiador quiere reclamar el reconocimiento del crédito subordinado que le corresponde por la parte que haya pagado al acreedor, se descubrirá la maniobra y el acreedor tendrá que devolver a la masa activa del concurso lo que ha percibido (si se aplica la interpretación gramatical o literal del artículo 87.6.L.C.) y dirigirse al fiador para cobrar ahora la totalidad de su crédito por lo que no parece probable que el fiador denuncie la existencia de la fianza y reclame por la cantidad satisfecha por él. Esta maniobra sería fraudulenta pero cabe considerarla como posible.

7. Las razones del legislador al establecer la degradación de los créditos afianzados, según la interpretación gramatical y literal del art 87.6.L.C., puede haber sido el deseo de reducción de la masa pasiva de los créditos ordinarios en beneficio de los demás acreedores ordinarios, reducción lograda evidentemente a costa de los acreedores con crédito afianzado y de los fiadores. Cabe preguntarse si esta intención es justa.

Recordemos que la polémica sobre la interpretación del art. 87.6. L.C.,puede verse resuelta, a la vista de que la Junta de Jueces de lo Mercantil de Madrid, en su reunión del 8 de Abril de 2005, según consta en el Acta 14/2005, manifestó la unánime coincidencia de opinión interpretando el art. 87.6.L.C. en el sentido de que la calificación menos gravosa para el concurso, entre las que corresponden al acreedor y al fiador, sólo operaría en caso de que el fiador hubiese sustituído por el pago al acreedor, no siendo aplicable al crédito del acreedor cuando éste siga teniendo tal consideración.

8. Tanto la fianza como el seguro de crédito de caución tienen una función de garantía de los créditos, pero en la fianza, el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, mientras que en el seguro de crédito de caución, el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido. En consecuencia el art. 86.7 L.C. no se aplica a los seguros de crédito de caución y, por tanto la compañía de seguros, en su caso, se subrogará en la posición del asegurado-acreedor en la lista de acreedores del concurso, sin variación en la calificación del crédito.

La fianza se regula en el C.c.(título XIV) y el seguro de crédito en la Ley de Contrato de Seguro (Art. 68).

4. MANTENIMIENTO DE CONS IDERABLE PROTAGONISMO DEL CONCURSADO DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO.

Recordemos que, en el C.Co. de 1829 (derogado), en su art. 1035 ya se decía que el quebrado queda, de derecho, separado e inhabilitado de la administración de todos sus bienes, desde que se constituye en estado de quiebra y que en el art. 1044,2º se decía que en el acto de hacerse por el juzgado la declaración de quiebra, se proveerá también el arresto del quebrado en su casa, si diere en el acto fianza de cárcel seguro y en defecto de darla, en la cárcel.

El Código de Comercio de 1885 (derogado), en el art. 878 se repetía que el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes, en el art. 878.II el deudor podía ser declarado en quiebra "inaudita parte" en el art. 920 se decía que los quebrados fraudulentos no serían rehabilitados.

Es evidente que el legislador de 2003 ha reflexionado sobre tan extremas medidas represivas y que ha reconocido que las situaciones de insolvencia, en muchos casos, no son debidas a una conducta negligente o fraudulenta del deudor, sino que pueden ser ocasionadas por causas fuera de su control, como pueden ser situaciones generales o sectoriales de recesión, restricciones o encarecimiento del mercado crediticio, innovaciones técnicas que han convertido en obsoletos los productos que fabricaba el deudor, variaciones de la moda y un largo etcétera.

Ahora, con la declaración de concurso, el deudor no desaparece en absoluto de la escena, ni durante la fase común, ni en la de convenio durante la tramitación del concurso, ni mucho menos tras la aprobación del convenio ya que desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el art. 42.L.C. Asimismo, cesarán en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o a alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento y de lo previsto en el capítulo II del título VI. Producido el cese, los administradores concursales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale (art. 133.2.L.C.).

Tras la aprobación del convenio, la posibilidad de reflote de la empresa concursada, queda nuevamente en manos del deudor que es quien ha de cumplir el convenio y recordemos, que su eventual éxito, depende en buena medida de la cuantía de la quita y de la espera acordadas en convenio, o bien

de la posibilidad de asociación con otra empresa solvente que disponga de medios financieros suficientes, o bien de la posibilidad de admitir como socio a un tercero en una ampliación de capital, etc…

Es cierto que el objetivo principal de la L.C. es dar la mayor satisfacción posible a los acreedores con un criterio de equidad basado en la "par condicio creditorum" y en la clasificación de sus créditos. El objeto del concurso no es el saneamiento de la empresa según dice la Exposición de Motivos de la Ley (VI, en su párrafo séptimo), pero el mantenimiento de la actividad empresarial es un bien deseable para los trabajadores, para los acreedores y para los socios, si el deudor es una mercantil.

La actual L.C. respeta al deudor la facultad de pedir la liquidación, incluso si los acreedores han presentado propuesta de convenio (art. 142.1.4º LC.), mientras que los acreedores sólo pueden solicitar la liquidación, si el deudor no lo hiciere durante la vigencia del convenio y hubiese incurrido en los hechos del presupuesto objetivo de insolvencia que detalla el art. 2.4.L.C.

No obstante, de forma indirecta los acreedores pueden dar lugar a que el concurso acabe en liquidación rechazando todas las propuestas de convenio en la junta de acreedores.

El art. 42 L.C. establece el deber de colaboración e información del deudor con el juez de lo mercantil, y con la administración concursal y parece que en la generalidad de los casos esta colaboración es esencial y ello justifica la imposición de ese deber. Confirma, por tanto el considerable protagonismo del concursado.

Esta visión del desarrollo del concurso parece mucho más lógica que el procedimiento de la antigua quiebra.

Puede ser oportuno, a los efectos de ver la evolución de la consideración de las insolvencias, recordar aquí que, en la Grecia clásica, el legislador ateniense Dracon, a fines del s VII a JC. redactó un código de leyes para que se restableciera la calma en la república y estableció que un ciudadano incapaz de pagar su deuda, por condena judicial podía quedar sometido como esclavo de su acreedor. El estadista y también legislador Solon, pocos años después, puso fin a esta norma.

CAPITULO X
CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA:
Asignatura pendiente en la Ley Co ncursal: La regulación de los convenios amistosos extrajudiciales.

La modernización de la legislación concursal era necesaria y la Ley 22/2003, L.C. la ha acometido con acierto, en un solo texto legisltativo pero, el panorama de las insolvencias en España, se ha tratado sólo dese el punto de vista judicial, no regulando los convenios amistosos extrajudiciales que en los países de nuestro entorno (Francia e Italia) son objeto de especial atención.

Sólo en un aspecto ha influído esta tendencia a la admisión de convenios extrajudiciales: la posibilidad de admitir una propuesta anticipada de convenio formulada por el deudor, con la adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 106.1 L.C.). Si dicha propuesta anticipada es admitida por el juez y alcanza posteriormente adhesiones suficientes para alcanzar la mayoría legalmente exigida (art. 109.1 L.C.), el convenio podrá quedar aprobado sin que llegue a celebrarse junta de acreedores, con el consiguiente importante ahorro económico y de tiempo.

Pues bien, para presentar la propuesta anticipada de convenio, si se presenta junto con la solicitud de concurso voluntario, será preciso que el deudor haya gestionado, con los acreedores más adictos, su adhesión a la propuesta y tales gestiones por ser previas a la declaración de concurso tienen lugar fuera del mismo, en forma comparable a un acuerdo amistoso extrajudicial.

Fuera de las situaciones de insolvencia, las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (art. 2, Ley 60/2003 de arbitraje) pueden someterse a la jurisdicción o al arbitraje, en este último caso en virtud del convenio arbitral, pero tratándose de una situación de insolvencia, la regulación legal sólo prevé la sumisión a la L.C. y los acuerdos amistosos extrajudiciales que pudieran acordarse, sólo tienen el apoyo de la libertad de pactos del art. 1255 y del art. 1809 (referente a las transacciones), ambos del C.c. y tal acuerdo amistoso extrajudicial no impide actualmente, ni las ejecuciones singulares de los acreedores que no hayan firmado el acuerdo amistoso extrajudicial, ni que éstos presenten una solicitud de concurso necesario, si llegan a darse los hechos indicativos de insolvencia que se determinan en el art. 2.4. L.C., cuya declaración de concurso llevará al traste al convenio amistoso, si se ejercen acciones rescisorias de integración al amparo del art. 71.L.C.

Parece necesaria una regulación de los convenios amistosos extrajudiciales. Esta futura regulación es la asignatura pendiente en materia de tratamiento y solución de las insolvencias.

SEGUNDA:
Ineficacia de las medidas para evitar que eventuales acreedores derivativos, que hayan adquirido sus cr éditos a acreedores originarios, puedan dominar el concurso

El legislador ha sido consciente de las maniobras que en la anterior legislación concursal, alguien podía efectuar, comprando créditos a los acreedores del concursado, para llegar a dominar con sus votos adquiridos, a la junta de acreedores, sea a favor o en contra de la aprobación del convenio.

Para evitar estas influencias de quien ha adquirido un crédito, la nueva L.C. niega legitimación para solicitar la declaración de concurso necesario a quien sea acreedor, por razón de un crédito vencido, que haya adquirido por actos entre vivos y a título singular, en los seis meses anteriores a la, por el acreedor derivativo, pretendida presentación de solicitud de declaración de concurso necesario (art. 3.2.L.C.). Este artículo pretende evitar que alguien adquiriendo un crédito a bajo precio, pueda hacer uso de él, para solicitar la declaración de un concurso, al que en realidad era originariamente ajeno (aunque el adquirente puede ser además acreedor originario).

Después de la declaración de concurso, los acreedores que hayan adquirido su crédito por actos inter vivos (salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa), no tendrán derecho de voto en la junta de acreedores, según el art. 122.1.2º L.C., debiendo interpretarse que tampoco tendrán derecho de adhesión a una propuesta de convenio, ni a formular una propia propuesta de convenio, aunque el artículo no lo diga expresamente.

Obsérvese que el penúltimo párrafo, que antecede, se refiere a la no legitimación para solicitar la declaración de concurso necesario a los acreedores que hubiesen adquirido su crédito por actos inter vivos y a título singular, después de su vencimiento en los seis meses anteriores a la fecha de la pretendida presentación de la solicitud de concurso pero, en el párrafo que sigue al que comentamos, es decir en el párrafo anterior al presente, se niega derecho de voto a unos acreedores definidos por un criterio distinto: el de haber adquirido sus créditos DESPUÉS de la declaración de concurso. Cabe preguntarse si los que adquirieron su crédito antes de tal declaración, a los que

se ha negado legitimación para solicitar la declaración de concurso, carecen igualmente de voto en la junta de acreedores y de la posibilidad de adhesión a una propuesta de convenio o a formular una propuesta propia. El art. 122.1.2º L.C. habla de quienes han adquirido sus créditos en determinadas circunstancias, pero no engloba a los adquirentes de créditos en las circunstancias a las que se refiere el art.3.2 L.C., por lo que, por muy lógico que pudiera parecer que los adquirentes de créditos en los términos del art. 3.2.L.C. carecieran igualmente de voto en la junta de acreedores y de la posibilidad de adhesión a una propuesta de convenio o a formular una nueva, la realidad es que quedan fuera del art. 122.1.2º y que por tanto gozan de voto en la junta de acreedores y tienen derecho de adhesión y de formular una porpuesta. Es muy sorprendente, pero a la vista del texto legislativo es así. Habrá que ver si la Jurisprudencia resuelve lo que podría considerarse una laguna legal

Ahora bien, ésta justificada intención de exclusión del derecho a adhesión o voto de quien haya adquirido el crédito, no es eficaz, por cuanto el acreedor derivativo puede convenir con el acreedor originario una opción de compra o de venta, o acordar la compraventa con condición suspensiva. En estos casos, el acreedor originario puede adherirse a una propuesta de convenio, o votar en la junta de acreedores, por cuanto todavía es titular del crédito y evidentemente se habrá comprometido con el presunto acreedor derivativo a votar en un sentido determinado o incluso le habrá apoderado para que vote en su nombre.

Mayor detalle sobre estas fórmulas se expone en el Capítulo VII.6 de este trabajo.

En definitiva, el legislador no ha conseguido, con el art. 122.1.L.C., su objetivo de evitar que una persona que no sea acreedor original, pueda influir en la aprobación o denegación de un convenio concursal.

TERCERA:
Anormal capacidad decisiva de los pe queños acreedores, en la junta de acreedores, cuando el quórum de asis tencia supera en poco al 50% del pasivo ordinario, necesario para la validez de la constitución de la junta

La válida constitución de la junta de acreedores tiene lugar con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 116.4.L.C.). Los acreedores privilegiados están expresamente excluidos del cómputo del quórum de constitución (art.123.1 L.C.), aunque puedan votar posteriormente a favor de

la propuesta (art. 124.3 L.C.), lo que es improbable que hagan, porque si así lo hacen, quedan vinculados a la quita y a la espera en que consista el convenio (art. 123.2. L.C.). Los acreedores subordinados, aunque tienen derecho de asistencia a la junta, no tendrán derecho a voto (art. 122.1.1º L.C.), ni se les computará a los efectos de quórum. Los asistentes podrán ostentar créditos propios o ajenos, mediante el oportuno apoderamiento (art. 118.2.L.C.) Los firmantes de las propuestas de convenio y los adheridos a éstas en tiempo y forma, se considerarán presentes a efectos del quórum (art. 118.3.L.C.) y del voto favorable a la propuesta de convenio (art. 121.4.II L.C.)

Para que se considere aprobada por la junta una propuesta de convenio será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 124.I.L.C.), salvo en los caso a los que se refiere el art.124.II L.C.

Pues bien, supongamos que concurren acreedores que representen el 51 % del pasivo ordinario del concurso. En tal caso, la junta queda validamente consituída, por superar el quórum mínimo necesario, pero el convenio requiere para su aprobación el voto favorable del 50% del pasivo ordinario total por lo que, si entre los asistentes hay uno o varios acreedores que ostenten créditos por ejemplo del 2 % del pasivo ordinario, uno cualquiera de ellos puede impedir la aprobación del convenio votando en contra. Es decir, en el caso expuesto, los reunidos deberán aprobar el convenio por unanimidad.

Esto parece inadecuado. Posiblemente hubiera sido mejor que el convenio fuera aprobado por al menos el 51% del pasivo ordinario presente.

Si los asistentes representan, por ejemplo, el 80 % del pasivo ordinario del concurso, aunque haya algún acreedor titular de un 2 % del pasivo ordinario que se oponga a la aprobación del convenio, no podrá obstaculizar su aprobación.

CUARTA:
Inapropiado uso de l concepto de “res cisión” cuando al acreedor por la operación rescindida, en la sentencia aprobatoria de la rescisi ón se considera que obró de mala fe, en cu yo caso, en lugar de pagarle en el acto, se le reconoce un crédito subordinado de la clase sexta.

El C.c. define la rescisión en su art. 1295 diciendo que “obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus

intereses, en consecuencia sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado."

Consecuentemente, si la administración concursal estima que una compraventa realizada en los dos años anteriores a la declaración de concurso es perjudicial para la masa activa del concurso, podrá demandar de rescisión al deudor y a quienes hayan sido parte en el acto impugnado (art. 71 y 72 L.C.)

Veamos lo que dice el art. 73,3 L.C.: "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados, como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido…" Tal regulación concuerda sensiblemente con lo establecido en el art. 1295 C.c. transcrito más arriba.

Esto significa que una reintegración deseable para la masa activa del concurso no podrá llevarse a efecto, si dicha masa activa no dispone de medios de pago suficientes para la contraprestación a la reintegración.

Pero el antes parcialmente transcrito art. 73.3 L.C. "in fine", sigue diciendo "…salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado". Por su parte, el art. 92. L.C., al establecer qué créditos tienen el carácter subordinado dedica la clase 6ª, que es la más desfavorecida a "Los créditos que como consecuencia de *RESCISIÓN* concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado." La jerarquía de este crédito subordinado es la peor en la clasificación de los créditos e implica que, con toda probabilidad, si el concurso va a liquidación, dicho acreedor subordinado no cobre absolutamente nada. Esto más que una rescisión es una expoliación.

Este castigo, basado en la mala fe del acreedor, podrá considerarse justo o injusto, pero contraría claramente la simultaneidad de las devoluciones de las cosas que fueron objeto del contrato, con sus frutos, y el precio, con sus intereses, que es el rasgo de la rescisión, pero el problema principal no es la falta de simultaneidad, sino la probabilísima falta de contraprestación a la reintegración.

Es más, el art. 1294 C.c. establece que "la acción de rescisión es subsidiaria: no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio."

Podría parecer que, el buen proceder sería valorar el perjuicio causado por la mala fe del que fué comprador y demandar el completo resarcimiento de dicho perjuicio al amparo del art. 1101 C.c.y olvidarse de la reintegración por la vía de la rescisión.

QUINTA:
Punto negro de la L.C.: la regulación de los cré ditos concursales en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero (art.87.6. L.C.)

En el epígrafe "G" del Capítulo VI de este trabajo, se ha tratado ampliamente del reconocimiento que merecen los créditos concursales con fianza de tercero (art. 87.6. L.C.) y se ha visto que el referido artículo es objeto de dos interpretaciones divergentes que resultan de

- la interpretación gramática o literal, y
- la interpretación teleológica o correctiva.

También en la reflexión final nº3 de este trabajo, se ha hecho referencia al mismo tema de los créditos concursales con fianza de tercero, sobre el que volvemos ahora en esta conclusión quinta por cuanto el interés de la cuestión parace justificar que se vuelva a tratar de la misma.

Si las leyes dicen lo que dicen, parece debería prevalecer la primera interpretación, pero su aplicación considerando subordinados todos los créditos por el mero hecho de estar afianzados por tercero, produciría un enorme trastorno al sistema financiero, que muchas veces basa los créditos que concede, en la fianza y probablemente es ésta la razón de que se haya buscado la interpetación teleológica que, en cuanto al texto de la Ley, tiene su mejor soporte en el hccho de que "los créditos afianzados" no aparecen, de forma expresa, en la relación de los créditos subordinados del art. 92. L.C., si bien es cierto también, que tampoco aparecen de forma expresa los créditos frente a los fiadores, surgidos como consecuencia del pago por éstos a los acreedores originarios, de las cantidades afianzadas. Sin embargo a estos fiadores, que han cumplido su obligación de pago cabría encuadrarlos en el apartado 5º del art. 92 L.C., dedicado a los "créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor," ya que normalmente quien afianza un crédito está especialmente relacionado con el deudor (familiar de la persona física concursada, socio o administrador de la sociedad concursada, etc…)

Lo que es evidente es que dicho artículo tiene gran trascendencia y su redacción, si la intención era la que resulta de la interpretación gramática o literal, hubiera podido ser más contundente de lo que es.

Si la intención hubiera sido que la interpetación del artículo, fuera la teleológico o correctiva, podría haber sido explícita en este sentido.

Bien es verdad que la Junta de Jueces de lo Mercantil de Madrid, en su reunión del 9 de Abril 2005, manifestó la unánime coincidencia de opinión interpretando el art. 87.6 L.C., en el sentido de que la calificación menos gravosa para el concurso sólo operaría, para el fiador, en caso de que éste hubiese sustituído por pago al acreedor originario pero, en definitiva, esta opinión por mucho respeto que genere, es una opinión, por cierto no compartida por otros eminentes juristas.

Cabe consderar que tampoco es muy afortunada la expresión que contiene el artículo comentado de que "en la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso." y que sea el intérprete quien decida que se tratará, por tanto de un crédito subordinado. A las cosas hay que nombrarlas por su nombre y no por sus consecuencias por lo que, en este caso hubiera sido más claro decir: "serán calificados como créditos subordinados de la clase ¿quinta? (no, porque no es la más desfavorable para el acreedor y favorable para el concurso), ¿sexta? (no, porque acoge a los créditos que resulten como consecuencia de quien haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado y el título no se corresponderia con el contenido), ¿séptima? (no, porque no existe una clase séptima, pero podría haberse creado).

La clara e indiscutible regulación de este tema justificaría una ley modificativa y explícitamente aclarativa de lo que se pretende con dicho artículo o, mejor dicho, del artículo de nueva redacción que procediera. En tanto no sea el legislador quien lo aclare, deberemos guiarnos por la jurisprudencia.

SEXTA:
¿Es adecuado que la propuesta de convenio tenga vedada, por el art 100.3.L.C., la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos? Consecuencias de tal prohibición.

El art.100.3.L.C. prohíbe que la propuesta de convenio consista en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago, o para pago (dación en pago) de sus créditos, así como cualquier forma de liquidación global del patrimonio

del concursado para satisfacción de sus deudas. Al contemplar, en el art.148.1 L.C., el plan de liquidación se habla de ENAJENACIÓN unitaria del conjunto de los establecimientos, pero no de su cesión en pago, o para pago, en conformidad con el referido art. 100.3. L.C. En el art.149 L.C. se dan las reglas supletorias para el caso en que no se hubiera aprobado el plan de liquidación, y también aquí se habla de enajenación de las unidades productivas como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso la realización aislada de alguno de ellos. La enajenación se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa.

La prohibición de cesión en pago, o para pago, no existía en la Ley de Suspensión de Pagos, cuyo art. 14 se remitía al art. 928 C.Co. de 1885, que permitía el traspaso de la empresa en las condiciones que fijase el convenio, que podían consistir en la cesión de la empresa para pago de los créditos, (dación en pago), en cuyo caso el deudor quedaba liberado de de sus deudas.

Ahora, una vez liquidado el patrimonio, el concursado sigue respondiendo de sus deudas por el déficit remanente en virtud del art. 1911 C.c. Si el concursado es persona jurídica, la subsistencia de sus obligaciones, si aparecen nuevos bienes, da lugar a la reapertura del concurso, aunque la sociedad se haya disuelto con la apertura de la fase de liquidación (art.145.3.L.C.), pero si el concursado es persona física, esto significa que tras la liquidación, el concursado sigue respondiendo por el déficit resultante de la liquidación y el concursado arrastra una carga que no le va a permitir superar su situación, en tanto sus deudas no prescriban, pues si viene a mejor fortuna, corre el riesgo de que los acreedores le reclamen lo que todavía debe.

Esta situación no parece justa ya que al concursado le han liquidado todo lo que tenía, salvo sus bienes personales inembargables, y en prevención de esta situación, es lógico que el empresario, persona física, al decidir sobre emprender una actividad mercantil, la ejerza bajo la rúbrica de una sociedad de capital, aunque sea unipersonal.

BIBLIOGRAFÍA

Albiol Montesinos, I.
ASPECTOS LABORALES DE LA LEY CONCURSAL
tirant lo blanch, Colección laboral
Valencia 2004

Álvarez San José, M.
EL PODER DE DECISIÓN DE LOS ACREEDORES (2005)
Civitas Ediciones,S.L.

Andino López, J.A.
¿DÓNDE ESTÁ MI CRÉDITO?: UNA GUÍA PRÁCTICA DE LA NUEVA LEY CONCURSAL PARA EMPRESARIOS (2005)
Difusión Jurídica y Temas de Actualidad,S.A.

Arroyo González, M.; Amo Baraybar,F.; Encinar Telles, J.L.
CUESTIONES PRÁCTICAS DE LA NUEVA LEY CONCURSAL: PRINCIPALES NORMAS JURÍDICAS Y ECONÓMICAS (2004)
Editorial Tecnos
Madrid 2004

Asociación Española Contabilidad y Administración de Empresas
LA GESTIÓN DEL RIESGO FINANCIERO Y LA NUEVA LEY CONCURSAL (2004)

Ávila de la Torre,A.
LA EXTINCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACINADAS CON EL CONCURSADO
Anuario de Derecho Concursal, Tomo7, pág.153-176
Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navarra) 2005

Beltrán, E
LA REGULARIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES
Anuario de Derecho Concursal, Tomo11, pág.29-52
Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navarra) 2007

Berecibar Mutiozabal, J.R.; Prior García David Fernández de Retana,I.
COMENTARIOS A LA NUEVA LEY CONCURSAL (2004)
Grupo Editorial Quantor, S.A.
Madrid 2005

Blázquez Martín, R; Fernández Seijo, J.M.; Rodríguez Achitegui, E. (magistrados)
GUÍA VISUAL DE LA LEY CONCURSAL
Atelier, libros jurídicos
Barcelona 2004

Boldó, C
EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 7,pág 47-82
Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navarra) 2005

Cabanas Trejo,R.
LEY CONCURSAL: EXPOSICIÓN SISTEMÁTICA Y COMENTARIOS
Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Calvo Caravaca, A.L.; Carrascosa González, J.
DERECHO CONCURSAL INTERNACIONAL (2004)
Editorial Colex,S.A.
Madrid 2005

Campuzano Díaz, B.
ASPECTOS INTERNACIONALES DEL DERECHO CONCURSAL (2004)
Ediciones Laborum.S.L.

Campuzano Laguillo, A.B.
LA NUEVA LEGISLACIÓN CONCURSAL (2004)
Librería tirant lo blanch,S.L.
Valencia 2008

Campuzano Laquillo, A.B.
LA NUEVA LEGISLACIÓN CONCURSAL (2004)
Librería tirant lo blanch,S.L.
Valencia 2004

Carballo Piñeiro, L
ACCIONES DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA Y DERECHO CONCURSAL INTERNACIONAL (2005)
Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico

Carrasco Perera, A.F.
LOS DERECHOS DE GARANTÍA EN LA LEY CONCURSAL (2004)
Civitas Ediciones,S.L.

Carro Arana, M.M.
FUNCIÓN, POSICIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL AUDITOR DE CUENTAS EN EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS: UNA EXPERIENCIA ANTE LA LEY CONCURSAL (2004)
Tratamiento gráfico del Documento

Cobo Plana, J.J
DOCTRINA DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL SOBRE LA LEY CONCURSAL (2006)
tirant lo Blanch,S.L.

Cordón Moreno, F
PROCESO CONCURSAL (2005)
Editorial Aranzadi,S.A.

Cordón Moreno, F. (director)
COMENTARIOS A LA LEY CONCURSAL
Editorial Aranzadi
Cizur Menor (Navarra) 2004

Cortadas Rabat, R.
LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL: FUNCIONES, FACULTADES Y RESPONSABILIDADES: FORMULARIOS DE ESCRITOS E INFORMES (2005)
Editorial Bosch,S.A.

Cortadas Rabat, R.;LLatjós Sanuy, I.:Capdevila Francas, J.;Capdevila Dalmau,D.
LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL
Editorial Bosch,S.A.
Barcelona 2005

Cortés Domínguez, V
ASPECTOS DE LA NUEVA LEY CONCURSAL: CONCURSOS, CRÉDITOS, ADMINISTRADORES, JUECES (2004)
Editorial Reus S.A.
Bilbao 2005

Cuesta Rute; J.M.
EL CONVENIO CONCURSAL (2004)
Editorial Aranzadi,S.A.
Madrid 2004

Díaz Martínez, M.
EL PROCESO CONCURSAL
Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

Díez Soto,C.M.
CONCURRENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS: TEORÍA GENERAL
Editorial Reus,S.A.
Madrid 2006

Espejo Lerdo de Tejada, M.
LA RESERVA DE DOMINIO INMOBILIARIA EN EL CONCURSO (2006)
Civitas Ediciones,S.L.

Fernández Ballesteros, M. A. (coordinador)
DERECHO CONCURSAL PRÁCTICO
Editorial Iurgium
Madrid 2004

Fernández de la Gándara, L.; Sánchez Álvarez, M. A.(coordinadores)
COMENTARIOS A LA LEY CONCURSAL
Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales,S.A.
Madrid 2004

Fernández Domingo,J I
UNA PROPUESTA SOBRE EL “PATRIMONIO FAMILIAR INEMBARGABLE”
Anuario de Derecho Concursal Tomo 6 pág. 207-247
Editorial Aranzadi,S.A Cizur Menor (Navarra) 2006

Fernández Prieto, M
LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS: INCIDENCIA DE LA LEY CONCURSAL (2004)
Ediciones Laborum,S.L.

Fernández Torres, I
LA REPRESENTACIÓN DE LOS ACREEDORES POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL
Anuario de Derecho Concursal Tomo 10 pág. 265-299
Editorial Aranzadi,S.A Cizur Menor (Navarra) 2007

Ferré Falcón, J.
LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS (2006)
Civitas Ediciones,S.L.

Ferrer Vicente, J.M.
EL NUEVO DERECHO CONCURSAL
Difusión jurídica y temas de actualidad,S.A.
Barcelona 2006

Gadea, E.
INICIACIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO CONCURSAL
Dykinson S.L.
Madrid 2005

García Cruces, J.A.
LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO
Editorial Aranzadi,S.A.
Cizur Menor (Navarra) 2004

García García, E. e Iborra C.
UN CATÁLOGO DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONCURSO
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 12, pág.177-187
Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navarra) 2007

García Perrote Escarpín, I. (coordinador)
LA REFORMA CONCURSAL: Aspectos laborales y de S.S
Editorial Lex Nova,S.A.
Valladolid 2004

García Vicente, J.
LA PRENDA DE CRÉDITOS (2006)
Civitas Ediciones,S.L:

García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A:; Pulgar Ezquerra, J
DERECHO CONCURSAL
Editorial Dilex,S.L.
Paracuellos del Jarama (Madrid) 2003

Garnica Martín, J.F.
DERECHO PROCESAL CIVIL, PROCESO CONCURSAL, ARBITRAJE (2004)
Consejo General del Poder Judicial
Editorial Bosch,S.L.
Barcelona 2004

Gómez de Liaño, M. (director)
PROCESALIA CONCURSAL (2004)
Datalus, S.A.

Gómez Lucas, M.A.
LEY CONCURSAL (2005)
Editorial Constitución y Leyes, S.A.

Gómez Martin, F
LEY CONCURSAL E INSOLVENCIAS PUNIBLES (2005)
Editorial Comares,S.L.

Gómez Martín, F.
ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (2004)
CISS PRAXIS,S.A.

Gómez Martín,F; González Bilbao, E
NUEVO DERECHO CONCURSAL (2004)
Emilio González Bilbao

González Bilbao, E.; Gómez Martín, F
INTRODUCCIÓN AL NUEVO DERECHO CONCURSAL (2005)
Emilio González Bilbao

González Cano, M.I.
EL NUEVO TRATAMIENTO PROCESAL DE LA INSOLVENCIA Y LA FASE COMÚN DEL PROCESO CONCURSAL (2006)
tirant lo blanch,S.L.

Górriz Lópz, C.
LEGISLACIÓN CONCURSAL: MERCANTIL, CIVIL, PENAL
(Madrid 2004,. 2ª edición))
Editorial Tecnos

Gurrea Chalé, A.
LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL: SUS FUNCIONES (2004)
Editorial Comares,S.L:

Herrera Cuevas, E.
MANUAL DE LA REFORMA CONCURSAL (2004)
Editorial: Europea de Derecho,S.A.

Herrera,Ch.
LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO DE PERSONA JURÍDICA POR INEXISTENCIA DE BIENES Y DERECHOS
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 11, pág 595-609
Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navarra) 2007

Higuero Pinto, M.L..
LA NUEVA LEY CONCURSAL (2004)
Instituto Vasco de Derecho Procesal

Höldert, F.; Horst Antonio
EL CONVENIO EN LA QUIEBRA Y EN LA LEY CONCURSAL(2005)
tirant lo Blanch,S.L

Iturri Campillo, A.
GUÍA SOBRE LA LEY CONCURSAL (2004)
Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles y Empresariales de España.
Editorial RECJ

Jiménez Savurido, C. (director); Hermida Díaz,C (coordinado) ; García, E.
LA NUEVA REGULACIÓN CONCURSAL (2004)
Editorial Constitución y leyes, S.A.

Linacero de la Fuente, M
LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN EN LA LEY CONCURSAL(2005)
Editorial Reus,S.A.

Magro Server, V.
GUÍA PRÁCTICA DE APLICACIÓN DE LA LEY CONCURSAL
La Ley
Las Rozas (Madrid) 2004

Magro Server, V.
ASPECTOS PENALES DE LA NUEVA LEY CONCURSAL (2004)
Consejo General del Poder Judicial, Valencia (Comunidad Autónoma)

Mairata Laviña, J.
ASPECTOS JURÍDICOS DEL NUEVO CONCURSO DE ACREEDORES (I y II)
Grafoffset,S.L.
Madrid 2004

Marcos, F
REGISTROS DE MOROSOS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 12, pág. 283-307
Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navarra) 2007

Martín Castro, M.P
EL SANEAMIENTO Y LA LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES ASEGURADORAS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES (2005)
Civitas Ediciones,S.L.

Martín Muñoz, A. (coordinador)
LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL(2004)
Dykinson S.L. Libros

Martínez Flórez, A
LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL DEUDOR
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 6, pág. 65-128
Editorial Aranzadi,S.A., Cizur Menor (Navarra) 2005

Monereo Pérez, J.L.
LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA EN LA LEY CONCURSAL: ASPECTOS LABORALES (2006)
Editorial Lex Nova,S.A.

Montés, Vicente
EL RÉGIMEN DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN LA LEY CONCURSAL
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 1
Editorial Aranzadi,S.A., Cizur Menor (Navarra) 2004

Montón Redondo,.A..; Montón García, M.
EL NUEVO PROCESO CONCURSAL
tirant lo blanch (Abogacía práctica)
Valencia 2005

Moya Jiménez, A
LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS INSOLVENTES. Con las reformas de la SLNE, el Art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley Concursal (2004)
Editorial Bosch,S.A.

Ocaña Rodríguez, A
EL DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE DEL ART. 260 CP A LA LUZ DEL NUEVO DERECHO CONCURSAL: ASPECTOS PENALES Y CIVILES (2004)
tirant lo Blanch,S.L.
Valencia 2001

Olivencia Ruiz, M.
LA NUEVA LEY CONCURSAL
Consejo General del Poder Judicial
Lerko Print,S.A.
Madrid 2005

Olivencia Ruiz, M. Dirección Pulgar Ezquerra,J
REVISTA DE DERECHO CONCURSAL Y PARA CONCURSAL
Wolters Kluwer España,S.A.

Olivencia Ruiz, M.
LA TERMINOLOGÍA JURÍDICA DE LA REFORMA CONCURSAL (2006)
Portal Derecho,S.A.

Olivencia Ruiz, M (Director)
TRATADO DE DERECHO MERCANTIL
Volumen 7 DERECHO PROCESAL CONCURSAL
Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales,S.A.
Madrid 2008

Olivencia Ruiz, M (Presidente) Pulgar Ezquerra, J (Directora)
REVISTA DE DERECHO CONCURSAL Y PARACONCURSAL
Grupo Wolters Kluwer
Las Rozas (Madrid) 2004

Peiteado Mariscal, P.
LA DECLARACIÓN DE CONCURSO
Editorial Civitas, Barcelona 2005

Pleiteado Mariscal, P
LA COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES VINCULADAS A BIENES NO AFECTOS A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DEL CONCURSADO
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 15, pág. 159-186
Editorial Aranzadi,S.A., Cizur Menor (Navarra) 2008

Perdices Huetos, A.
FIANZA Y CONCURSO: LAS GARANTÍAS PERSONALES EN LA LEY CONCURSAL 2005)
Civitas Ediciones,S.L.

Pérez de Siles Hervías, J
EL DERECHO CONCURSAL: LA CRISIS EN LA EMPRESA (2004)
S.A. de Promoción y Ediciones

Pérez-Cruz, M.;Agustín, J.; Álvarez Lata, N
ESTUDIOS DE DERECHO CONCURSAL (2005)
Tórculo Edicións,S.L.

Porfirio Carpio, J.L.
EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL: EXAMEN DEL ART.27 DE LA LEY CONCURSAL (2005)
tirant lo Blanch,S.-L

Prendes Carril, P.
GUÍA PRÁCTICA CONCURSAL (2005)
Editorial Aranzadi,S.A.

Prendes Carril, P. (director); Gómez Martín, F.;Alvargonzález Tremols, A.
GUÍA PRÁCTICA DE LA LLEI CONCURSAL (2005) (en catalán)
Editorial Aranzadi,S.A.

Pulgar Ezquerra, J.; Alonso Ureba, A. ; Alonso Ledesma, C.
COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN CONCURSAL
Editorial Dykinson,S.L.
Madrid 2004

Quintana Carlo, I.; García Cruces González, J.A.; Bonet Navarro, A.
LAS CLAVES DE LA LEY CONCURSAL (2005)
Editorial Aranzadi,S.A.

Ramos Ibós, T
SINOPSIS DE LA NUEVA LEY CONCURSAL (2006)
Editorial-Bosch,

Ríos Salmerón,B
LA LEY CONCURSAL Y LOS ASPECTOS SOCIALES (2004)
Edicones laborum,S.L.

Rodríguez Ruiz de Villa, D; Huerta Biseca, M.I.
LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL (en las Leyes de sociedades anónimas, de sociedades de responsabilidad limitada, de sociedad limitada nueva empresa, concursal y general tributaria. (2004)
Editorial Aranzadi,S.A-2004

Rodríguez Sánchez, S.
LA SUBORDINACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE LOS SOCIOS
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 12, pág. 75-134
Editorial Aranzadi,S.A., Cizur Menor (Navarra) 2007

Rojas Graeli, J
ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE EMPRESAS: GUÍA ORIENTATIVA DE ACTUACIÓN PROFESIONAL (2005)
Cedecs Editorial,S.L.

Rojas Graeli, J.; Doménech Ortí, X.
ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE EMPRESAS: UN CASO PRÁCTICO Editoria Cedecs(Barcelona 2005)

Rojo Fernández-Río, A.; y otros muchos
Boletín del Ilustre Colegio de Abogados
LA NUEVA LEY CONCURSAL (I)
LA NUEVA LEY CONCURSAL (II)
Grafoffset,S.L.

Rojo, A.(director)
LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL
Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales,S.A.
Madrid 2003

Rojo Ángel
LADHESIÓN DE LOS ACREEDORES
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 1,
Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navarra) 2004

Rojo, A..; Beltrán, E.
COMENTARIO DE LA LEY CONCURSAL
Civitas Ediciones,S.L.
Madrid 2004

Romero Matute, B.
EL CONCURSO DE ACREEDORES Y LAS CESIONES DE CRÉDITOS
Civitas Ediciones,S.L.

Romero Sanz de Madrid, C.
DERECHO CONCURSAL (2005)
Carlos Romero Sanz de Madrid
Civitas Ediciones, S.L.

Sala y otros
NUEVA LEY CONCURSAL
Editorial Bosch
Barcelona 2003

Sánchez Calero,J
LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL ANTE LA SUSPENSIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 12,pág. 341-361
Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navarra) 2007

Sanjuán Muñoz, E.
NUEVA REGULACIÓN DE LA LEY CONCURSAL
Difusa Editorial,S.L.

Sola Ruiz, C.
LA NUEVA LEY CONCURSAL (2004)
Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de las Islas Baleares

Vela, P.J.
LA PLURALIDAD DE ACREEDORES COMO REQUISITO DEL CONCURSO
Anuario de Derecho Concursal, Tomo 11, pág. 221-228
Editorial Aranzadi,S.A. Cizur Menor (Navarra) 2007

Velázque Martín, M.A.
GUÍA PARA UNA APROXIMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (2006)
Dykinson S.L.,Libros

Velázquez Martín, M.A.
GUÍA PARA UNA APROXIMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (2004)
Dykinson,S.L. Libros

Verdú Cañete, M.J.
LA RESPONSBILIDAD CIVIL DEL ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD DE CAPITAL EN EL CONCURSO DE ACREEEDORES
Wolters Kluwer España, S.A.

Zabaleta Díaz, M.
EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA EN LA LEY CONCURSAL (2006)
Civitas Ediciones,S.l.