

Efectos de la declaración del concurso y órganos del concurso

José María Ribelles Arellano
Raul Nicolás García Orejudo

PID_00159723



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índice

1. Efectos de la declaración del concurso.....	5
1.1. Efectos sobre el deudor	5
1.1.1. Efectos personales	5
1.1.2. Efectos patrimoniales	6
1.1.3. Efectos sobre el deudor persona física	9
1.1.4. Efectos del deudor persona jurídica	9
1.2. Efectos sobre los acreedores	11
1.2.1. Formación de la masa activa	11
1.2.2. Efectos sobre reclamaciones y juicios declarativos	12
1.2.3. Efectos sobre ejecuciones y apremios	13
1.2.4. Ejecución de garantías reales	15
1.2.5. Efectos de la declaración del concurso sobre los créditos en particular	17
1.3. Efectos sobre los contratos	18
1.3.1. Efectos sobre contratos con obligaciones recíprocas	18
1.3.2. Rehabilitación de contratos	20
1.3.3. Enervación del desahucio	21
1.4. Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa	22
1.4.1. Introducción. Las acciones de reintegración	22
1.4.2. Legitimación y procedimiento	24
1.4.3. Efectos de la rescisión	24
 2. Órganos del concurso.....	 26
2.1. Órganos del concurso con facultades en la administración	26
2.2. La administración concursal como órgano del concurso	27
2.2.1. Nombramiento de los administradores concursales	27
2.2.2. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones	29
2.2.3. Aceptación, retribución y ejercicio del cargo	30
2.2.4. Responsabilidad de los administradores concursales	32
2.2.5. Separación de los administraciones concursales	33

1. Efectos de la declaración del concurso

El título III de la Ley Concursal lleva por rúbrica "de los efectos de la declaración del concurso". Comprende cuatro capítulos; el primero, relativo a los efectos sobre el deudor, el segundo, que regula los efectos sobre los acreedores, el tercero, relativo a los efectos sobre los contratos y, por último, el cuarto, referido a los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. La regulación de la Ley Concursal sobre los efectos del concurso se ve completada con la contenida en la Ley Orgánica 8/2.003, de 9 de julio, "Para la reforma concursal", que regula aquellos efectos del concurso que afectan a derechos fundamentales del concursado. En la exposición de este módulo se seguirá, fundamentalmente, el orden legal, distinguiendo entre efectos personales y patrimoniales, entendidos los primeros como aquellos que inciden sobre derechos fundamentales del concursado, y entre efectos sobre el deudor persona física y persona jurídica.

1.1. Efectos sobre el deudor

1.1.1. Efectos personales

El Ordenamiento Jurídico español no ha sabido apartarse de la tradición y contempla la posibilidad de que el juez del concurso adopte severas medidas contra el deudor, como la intervención de las comunicaciones o el arresto, aplicable a todo tipo de concursos. Eso sí, además de venir reguladas en una ley que tiene carácter orgánico, establece una serie de garantías y cautelas, como la intervención del Ministerio Fiscal o la exigencia de una decisión judicial motivada. Así, la Ley Orgánica para la Reforma Concursal permite al juez desde la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración del concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, adoptar las siguientes medidas:

- La intervención de las comunicaciones del deudor, debiendo garantizarse el secreto de aquellos contenidos ajenos al interés del concurso. La intervención de las comunicaciones telefónicas deberá realizarse conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Sólo si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario.
- La entrada en el domicilio del deudor y su registro.

Como se ha indicado, la ley contempla una doble garantía, como es la previa intervención del Ministerio Fiscal, que emitirá un informe no vinculante, y la necesidad de que la resolución judicial, que adoptará la forma de auto, este motivada. El juez deberá valorar la idoneidad de la medida y el resultado u objetivo perseguido y efectuará el correspondiente juicio de proporcionalidad. El auto, por otro lado, fijará la duración de la medida, que no podrá exceder el tiempo estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido.

Caso práctico

¿Cuándo estará justificado el arresto del deudor? ¿Bastará con que incumpla el deber de residencia para que se acuerde el arresto? ¿En qué medida estará justificado el registro de su domicilio?

En principio, el simple incumplimiento del deber de residencia impuesto por el juez del concurso no será bastante para que se acuerde el arresto. Esta es una medida que debe servir a un objetivo concreto. No se trata, por tanto, de una sanción ante un incumplimiento, por grave que sea. Normalmente, para que pueda acordarse el arresto la ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad en concurso debe ir acompañada de un incumplimiento igualmente grave del deber de colaboración (art. 42 de la Ley Concursal). Piénsese, por ejemplo, en la negativa reiterada a acudir a los sucesivos llamamientos del juzgado o cuando sea necesario garantizar su asistencia a una diligencia judicial concreta.

En cuanto a la entrada y registro en el domicilio del deudor persona natural o de los administradores de una persona jurídica, deberá adoptarse cuando la medida sea necesaria para obtener documentación que se estime necesaria en interés del concurso. Dada la facilidad para hacer desaparecer documentos que puedan perjudicar al deudor, el factor sorpresa parece implícito en la medida; por ello, lo normal será acordar la entrada y el registro al admitir a trámite un concurso necesario.

1.1.2. Efectos patrimoniales

La Ley Concursal suaviza los efectos patrimoniales del concurso sobre el deudor, si se comparan con los efectos que conllevaba la declaración de quiebra. Ésta determinaba la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes (art. 878 del Código de comercio), que en ocasiones se llegó a considerar como un supuesto más de incapacidad. La inhabilitación, por otro lado, producía como efecto la ocupación de los bienes del quebrado. La Ley Concursal parte de una premisa fundamental, que le aleja del procedimiento de quiebra, como es la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, por lo que no contempla la desposesión o el desapoderamiento de los bienes y libros del concursado. La inhabilitación, por otro lado, sólo está prevista en el caso de que, abierta la pieza de calificación (sección sexta) por alguna de las causas previstas en el artículo 164, el concurso se califique como culpable y la sentencia así lo declare expresamente (art. 172.2, 2.ª).

Por tanto, como se ha indicado, la declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la ley, no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. El concurso, a diferencia de la quiebra, deja de ser un proceso de liquidación y aspira a convertirse en un instrumento válido para superar situaciones económicas

difíciles. La liquidación sólo está contemplada como una de las dos soluciones del concurso. Pues bien, partiendo de dicho principio, la Ley Concursal contempla tres posibilidades en orden a la administración de los bienes y del negocio del deudor:

La intervención

La intervención es la regla general en el concurso voluntario, esto es, el concurso instado por el propio deudor. Conforme al artículo 40.1.º de la ley, en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. Los administradores concursales, en definitiva, fiscalizan las operaciones del deudor. La ley no precisa con detalle el alcance de sus funciones. Sólo establece las siguientes previsiones:

- En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, "se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso" (art. 43). A tal efecto, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar bienes y derechos que integran la masa activa sin la autorización del juez. Esta previsión es común a todos los regímenes de administración y no alcanza a los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.
- En caso de intervención, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad empresarial del deudor que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general (art. 44.2.º).

La suspensión

La suspensión es la regla general en el concurso necesario, que es el instado por otros legitimados distintos del deudor. De acuerdo con el artículo 40.2.º, en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales. El mismo régimen se aplicará, por otro lado, durante la fase de liquidación, conforme dispone el artículo 145. La administración concursal, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición, deberá adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44.3.º).

Aun cuando la intervención es la regla general en el concurso voluntario y la suspensión en el necesario, el juez, de forma motivada, podrá acordar, señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener, podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario y la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. Y cualquiera que haya sido la

decisión inicial, a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio (art. 40.4.º).

A esta resolución se le dará la misma publicidad que a la declaración del concurso, que es la regulada en los artículos 23 y 24 LC.

El cierre

Como excepción al principio general de la continuación del negocio, el apartado cuarto del artículo 44 contempla la posibilidad de que el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, acuerde el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta.

Dado que el cierre debe adoptarse a instancias de la administración concursal, no parece que pueda acordarse por el juez de oficio, salvo que se acuerde como medida cautelar para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.4.º. Por otro lado si el cierre, como es previsible, implica la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, dará lugar a la apertura del correspondiente expediente del artículo 64.

Por último, deben reseñarse dos disposiciones que son comunes a las tres situaciones de intervención, suspensión y cierre:

- El deudor viene obligado a comparecer ante el Juzgado de lo Mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y debe colaborar en todo lo necesario y conveniente para el interés del concurso (art. 42 de la ley). El incumplimiento de este deber permite presumir la existencia de dolo o culpa grave a los efectos de que el concurso sea declarado culpable.
- Los actos del deudor realizados sin el concurso de la administración, cuando éste sea necesario, son simplemente anulables. Es decir, en principio despliegan sus efectos, salvo que por alguno de los legitimados –fundamentalmente, la administración concursal–, inste su nulidad ante el propio juez del concurso.

Caso práctico

Acordada la suspensión de las facultades de administración y disposición en el auto en que se declara el concurso necesario, ¿cómo se gestiona el patrimonio del deudor en el tiempo que media entre la declaración del concurso y la aceptación de los administradores concursales? ¿Son válidos los actos de administración y disposición realizados por el deudor durante ese periodo de tiempo?

La ley guarda silencio sobre este aspecto concreto. Sólo recurriendo a las medidas cautelares contempladas en el artículo 21.4.º de la ley, para "asegurar la integridad, conservación o la administración del patrimonio del deudor" podrá salvarse ese periodo de interinidad.

A falta de una previsión concreta en el auto que declara el concurso necesario, los actos del deudor realizados incumpliendo la orden de suspensión de facultades se someterán al régimen contemplado en el artículo 40.7.º de la ley, es decir, serán actos anulables a instancia de la administración concursal. Por tanto los administradores designados por el juez podrán valorar en cada caso concreto si los actos del deudor han perjudicado al concurso o a la masa activa y, en su caso, instar ante el propio juez del concurso su nulidad. En caso contrario quedarán confirmados por el simple transcurso del tiempo.

1.1.3. Efectos sobre el deudor persona física

La Ley Concursal establece un solo procedimiento aplicable a todo tipo de deudores, sean o no comerciantes y sean personas físicas o personas jurídicas. En lo que hace a los efectos del concurso sobre el deudor persona física, la Ley Concursal se limita a regular en el artículo 47 el derecho de alimentos que le corresponde, fijando las siguientes normas:

- Los alimentos se abonarán con cargo a la masa. Su cuantía y periodicidad se acordarán por la administración en caso de intervención. En caso de suspensión se autorizarán por el juez, oídos el concursado y la administración concursal.
- También se abonarán con cargo a la masa los alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada en procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, si bien sólo cuando no pudieran percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos. En tales casos resolverá el juez del concurso por auto sobre su procedencia y cuantía.
- El derecho de alimentos con cargo a la masa activa se extingue con la apertura de la liquidación (art. 145).

1.1.4. Efectos del deudor persona jurídica

La declaración del concurso también produce importantes efectos sobre el deudor persona jurídica, que se regulan detalladamente en el artículo 48. De entre éstos cabe destacar los siguientes:

- Los órganos de la persona jurídica se mantienen durante la tramitación del concurso. Sólo la apertura de la fase de liquidación determina su diso-

lución y el cese de los administradores, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145). En todo caso, los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados.

- La ley atribuye a la administración concursal legitimación para el ejercicio de las acciones de responsabilidad que correspondieran al deudor contra sus administradores, auditores o liquidadores, sin necesidad del previo acuerdo de la junta. La competencia para el conocimiento de estas acciones se atribuye al juez del concurso.
- El juez, de oficio o a instancia de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Esta medida cautelar, de enorme gravedad y trascendencia, debe ponerse en relación con el artículo 172 de la ley, que regula la sentencia de calificación. De este modo, de acuerdo con el apartado tercero, si se hubiera abierto la fase de liquidación, el juez podrá condenar a los administradores y liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieran tenido dicha consideración dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del 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". De ahí que la medida de embargo preventivo tenga como presupuestos que resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

Caso práctico

El embargo preventivo del artículo 48, ¿está sujeto a los requisitos comunes a cualquier medida cautelar, recogidos con carácter general en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento civil? En concreto, ¿deberá exigirse al solicitante que preste caución o que justifique el peligro en la demora procesal?

El hecho de que la Ley de Enjuiciamiento civil sea supletoria (Disposición Final Quinta) permite defender la necesidad de que la administración concursal justifique cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento civil y que son comunes a toda medida cautelar. Así, el embargo sólo estaría justificado si se aprecia apariencia de buen derecho, el llamado *periculum in mora* y si el solicitante presta caución bastante. Ahora bien, teniendo en cuenta que el embargo preventivo puede acordarse de oficio por el juez del concurso, difícilmente pueden extrapolarse unos presupuestos pensados para medidas acordadas a instancia de parte. Por otro lado, el apartado tercero del artículo 48 fija unos presupuestos propios, como son la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. Se trata, en consecuencia, de una medida reglada y, por tanto, no es necesario recurrir a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil.

1.2. Efectos sobre los acreedores

1.2.1. Formación de la masa activa

El concurso, como proceso universal que es, se caracteriza por reunir en un solo procedimiento a la totalidad de los acreedores de un mismo deudor y por vincular todos los bienes y derechos de éste a la satisfacción de los créditos. A la necesidad de reunir en el concurso al conjunto de acreedores del deudor y a la totalidad de su patrimonio responde la formación de las llamadas masa pasiva y activa. A la primera se refiere el artículo 49, cuando alude a la integración en el procedimiento, una vez declarado el concurso, de todos los acreedores, cualquiera que sea la naturaleza de sus créditos. En justa correspondencia, el artículo 76 dispone que constituye la masa activa del concurso 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 hasta la conclusión del procedimiento, con exclusión de los bienes inembargables.

En todo caso, dentro de los créditos del deudor, la ley contempla una doble categoría, que da lugar a un tratamiento distinto:

- **Créditos concursales**, que son aquellos que se integran en la masa pasiva y a los que se refiere el artículo 49 de la ley. Dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 84, en cuya virtud constituye "la masa pasiva los créditos del deudor que no tengan la consideración de créditos contra la masa". Por tanto se incluye en la masa los créditos subordinados, los ordinarios y los privilegiados, lo sean con privilegio general (art. 91) o con privilegio especial (art. 90), entre los que se encuentran los créditos con garantía real.
- **Créditos contra la masa**, que el citado artículo 84 contrapone a los créditos concursales. Son créditos contra la masa aquellos contemplados en la exhaustiva relación del artículo 84.2.º y cualesquiera otros a los que la ley atribuya expresamente tal consideración. Los créditos contra la masa, a diferencia de los concursales, no se satisfacen con el producto de la liquidación, sino que se abonan a sus respectivos vencimientos, cualesquiera que sea el estado del concurso. A tal efecto el artículo 154 establece que la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta.

La integración de los acreedores en los procedimientos concursales se obtiene impidiendo que proliferen las acciones y ejecuciones individuales. Y a tal efecto, la Ley Concursal establece una prolija regulación en los artículos 50 a 57 que tiene por objeto disciplinar la incidencia del concurso en los procedimientos en trámite y sobre las reclamaciones que puedan promover los acreedores del deudor. Siguiendo el mismo orden legal, debemos analizar los efectos del concurso sobre las reclamaciones y los juicios declarativos pendientes,

los efectos sobre las ejecuciones y apremios, la incidencia del concurso en las ejecuciones de garantías reales y, por otro lado, otros efectos que la ley contempla sobre los créditos.

1.2.2. Efectos sobre reclamaciones y juicios declarativos

La ley generaliza la prohibición de nuevas demandas como efecto propio del concurso. De este modo, el artículo 50 establece que "los jueces del orden civil y del orden social ante quien se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en la presente ley, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que use su derecho ante el juez del concurso". La Ley Concursal establece una nueva causa de inadmisión de las demandas, que afecta a aquellas que sean competencia del juez del concurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8. La prohibición alcanza a otras reclamaciones que no se articulan por medio de demandas, como pueden ser las solicitudes de juicio monitorio. Si se infringe la regla del artículo 50, es decir, de interponerse indebidamente demanda de juicio declarativo una vez declarado el concurso, la sanción será la nulidad, cualquiera que sea el estado en que se hallare el pleito, incluso si se hubiera llegado a dictar sentencia.

Caso práctico

¿Puede admitirse a trámite una demanda en la que figure como demandado el deudor concursado en unión de terceras personas?

Dado que la demanda, en principio, no sería competencia del juez del concurso, no se vería afectada por la prohibición del artículo 50 de la Ley Concursal. Sin embargo, el juez de Primera Instancia sólo tendría competencia objetiva para conocer de las acciones que se dirigieran contra los terceros –la competencia para resolver la acción contra el deudor corresponde al juez del concurso–. La Ley de Enjuiciamiento civil, por otro lado, prohíbe la acumulación de acciones cuando el juez no es competente, por razón de la cuantía o de la materia, para conocer de las distintas acciones que se acumulan (art. 73). Por ello nos hallaríamos ante una indebida acumulación de acciones, que obligaría al demandante a optar por aquellas que son competencia del juez de Primera Instancia.

Los juicios declarativos pendientes, por su parte, continuarán hasta la firmeza de la sentencia (art. 51). Por tanto, el concurso no restringe ni limita el régimen ordinario de recursos que establece la ley. Aun cuando el precepto citado hable de juicios declarativos en los que el concursado sea parte, habrá que entender que se refiere a aquellos en los que el deudor figure como demandado, dado que las acciones que pueda promover éste no son competencia del juez del concurso (art. 8). Como excepción, la Ley Concursal dispone que se acumularán aquellos procedimientos que reúnan las siguientes características:

- **Que sean competencia del juez del concurso**, es decir, que se encuentren dentro del elenco de acciones contempladas en el artículo 8.
- **Que estén en primera instancia**; y dado que el recurso de apelación se sustancia ante el propio juez que conoció del asunto en primera instancia, teniendo en cuenta que el artículo 462 de la Ley de Enjuiciamiento civil

dispone que durante la sustanciación del recurso el juzgado pierde su jurisdicción, bastará con que se haya presentado el escrito de preparación para entender que el pleito no es acumulable.

- **Que la resolución tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores.**

La acumulación puede solicitarse por la administración concursal antes de emitir su informe, o por cualquiera de las partes personadas en el concurso antes de la finalización del plazo para la impugnación del inventario o de la lista de acreedores. Debe instarse ante el juez del concurso, que la resolverá aplicando los trámites de la Ley de Enjuiciamiento (Disposición Final Quinta). Una vez acumulado el juicio de que se trate, el procedimiento se tramitará en pieza separada como incidente concursal.

Caso práctico

¿Puede acordarse la acumulación de oficio por el juez del concurso?

Cabría invocar principios superiores, como el interés superior del concurso o la *pars conditio creditorum* para defender la posibilidad de que el juez actúe por propia iniciativa ante la inactividad de las partes. Sin embargo, al atribuir el artículo 51 la legitimación para solicitar la acumulación a la administración concursal y a las partes en el concurso, está descartando la ley, a diferencia de lo que acontecía con la quiebra, que la acumulación de juicios se acuerde de oficio.

¿Se acumulan los procedimientos en que el deudor sea parte demandante?

Los juicios en los que el actor figure como demandante pueden tener una trascendencia sustancial para el inventario de bienes. En ocasiones, en principal activo de un concurso es aquello que se obtenga o pueda obtenerse en reclamaciones pendientes del deudor. Sin embargo, la ley exige, para la acumulación, que el juicio sea competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8; y este precepto sólo contempla las acciones civiles con trascendencia patrimonial que "se dirijan contra el patrimonio del concursado", esto es, aquellas en las que el deudor sea demandado. Por tanto no deben acumularse los juicios pendientes promovidos por el concursado.

1.2.3. Efectos sobre ejecuciones y apremios

Los efectos del concurso sobre las ejecuciones en general vienen regulados en el artículo 55. Los artículos 56 y 57, por su parte, regulan la incidencia del concurso sobre las ejecuciones de garantías reales. En esta materia también debe distinguirse entre las nuevas ejecuciones y aquellos apremios que estén en curso; y, dentro de éstas, debe efectuarse especial mención al derecho de ejecución separada que el artículo 55.2.º atribuye a determinados acreedores. Por todo ello, hay que distinguir:

- **Prohibición de nuevas ejecuciones.** El artículo 8.3.º de la Ley Concursal atribuye al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente sobre toda ejecución "frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Dicha atribución genérica de competencia al juez del concurso se concreta en el artículo 55, en cuyo primer apartado se dispone que "declarado el

concurso, no podrán iniciarse ejecuciones, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor". Y al igual que el artículo 50 sanciona con la nulidad de pleno derecho la admisión a trámite de nuevas demandas declarativas, el apartado tercero del artículo 55 también declara la invalidez de las actuaciones ejecutivas realizadas después de declarado el concurso.

- **Suspensión de las ejecuciones pendientes.** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.2.º, las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. La ley, a diferencia de lo que acontecía con la quiebra, descarta la acumulación de ejecuciones. El precepto entra en aparente contradicción con el artículo 568 de la LEC, que la ley Concursal modifica, que obliga a los tribunales a suspender la ejecución "en el estado en que se halle en cuanto les sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación del concurso". Teniendo en cuenta que la ley no contempla comunicaciones entre juzgados, ha de prevalecer el artículo 55. Por tanto, será la fecha del auto de declaración del concurso la que determine la suspensión de las ejecuciones y todos los actos de apremio posteriores serán nulos de pleno derecho.
- **Derecho de ejecución separada.** El artículo 55.1.º, apartado segundo, privilegia a determinados acreedores, a los que autoriza seguir adelante con la ejecución, a pesar de la declaración del concurso. Así, dicho precepto dispone que "podrán continuar aquellos 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 la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor". En definitiva, el precepto transcrito regula el derecho de ejecución separada desvinculándolo del carácter privilegiado del crédito, de tal suerte que atiende, no a la cualidad subjetiva del acreedor, sino al estado de la vía de apremio. Bastará con que se haya dictado providencia de apremio, en la ejecución administrativa, o que se hayan embargado bienes concretos, en la laboral, para que el acreedor pueda seguir adelante con la ejecución, siempre que los bienes no resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor.

Caso práctico

¿A quién corresponde determinar si los bienes objeto de embargo resultan o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional del deudor, al juez del concurso o al juez o a la autoridad que conoce de la ejecución?

La ley no precisa, para determinar si se suspende o no la ejecución, a quién corresponde decidir sobre la naturaleza de los bienes y, en concreto, si son o no necesarios para la continuación del negocio. Dos argumentos avalarían la tesis de que tal decisión compete al juez del concurso. De un lado, dado el carácter universal del concurso y las facultades que la ley atribuye al juez sobre la administración y disposición de los bienes del deudor, éste está en mejores condiciones para decidir sobre dicha materia. Por otro lado, el artículo 8 atribuye al juez del concurso la competencia "exclusiva y excluyente" sobre toda "ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Las amplísimas competencias del juez del concurso para conocer de todo tipo de ejecuciones incluirían también la de decidir sobre la naturaleza de los bienes a los efectos del artículo 55. Las dificultades surgen por el hecho de que la ley no contempla un procedimiento o un mecanismo para hacer efectiva tal competencia.

1.2.4. Ejecución de garantías reales

La ley pretende involucrar a los acreedores con garantía real en la solución que pueda dar el concurso. De ahí que el acreedor con garantía real y, en particular, el acreedor hipotecario, se integren en la masa pasiva (art. 49) o que los bienes objeto de la garantía formen parte de la masa activa (art. 76). Ello no obstante, la ley también reconoce al acreedor hipotecario los tradicionales derechos de abstención –sólo quedado vinculado con el convenio si lo vota favorablemente– y de ejecución separada. Este último derecho, sin embargo, viene limitado, siquiera temporalmente, por el artículo 56, precepto que no tiene precedente en nuestro Ordenamiento y que prohíbe a los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía, hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. De la regulación contemplada en los artículos 56 y 57 deben destacarse los siguientes aspectos:

- **Ámbito objetivo y subjetivo.** La paralización de las ejecuciones alcanza, en primer lugar, a los acreedores con garantía real y, fundamentalmente, al acreedor hipotecario. En segundo lugar, tampoco podrán iniciar sus reclamaciones los titulares de "acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido Registro" o de acciones "resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas en el Registro de la Propiedad". A la vista del tenor literal del artículo 56, la Ley Concursal parece identificar acreedores con garantía real con acreedores privilegiados con privilegio especial del artículo 90.

La paralización de ejecuciones o acciones sólo alcanza a los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. La ley no precisa qué debe entenderse por bien afecto ni a quien corresponde determinar si el bien tiene o no tal consideración. En cuanto a la primera cuestión, por bien afecto habrá que considerar, desde una perspectiva económica, aquel vinculado o relacionado con la actividad empresarial del deudor. En cuanto a la competencia para determinar si el bien está afecto, teniendo en cuenta que el juez del concurso conoce de las ejecuciones (art. 8.3.º) y que el artículo 57 le atribuye la competencia para tramitar las ejecuciones a que se refiere el artículo 56, parece que será éste quien deba decidir sobre la cuestión.

- **Alcance de la paralización.** Los acreedores con garantía real no podrán iniciar la ejecución hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de su derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Este plazo es máximo, es decir, si la liquidación se abre con anterioridad, no será necesario prolongar la paralización hasta que se complete el año. Si el procedimiento de ejecución se hubiera iniciado, las actuaciones se suspenderán hasta que conste alguna de las circunstancias reseñadas, esto es, hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido o afecte al ejercicio del derecho del acreedor o transcurra un año sin que se hubiera procedido a la apertura de la liquidación. Como excepción, no se decretará la suspensión cuando concurren simultáneamente los siguientes presupuestos:
 - Que al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta del bien o derecho afecto.
 - Que la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

- **Competencia para conocer de las ejecuciones de garantías reales.** El artículo 57 establece una importante norma de competencia, al declarar que el ejercicio de las acciones del artículo 56, tanto si se iniciaron con anterioridad a la declaración del concurso, como si se promueven después, se someterán a la jurisdicción del juez del concurso. En uno y otro caso se tramitarán en pieza separada.

Caso práctico

Concurso de una sociedad promotora. ¿Deben considerarse las viviendas construidas o en proceso de construcción bienes "afectos a la actividad" a los efectos establecidos en el artículo 56?

Como se ha indicado, el artículo 56 impide que los bienes afectos a la actividad empresarial del deudor sean objeto de ejecución hasta que transcurra el plazo máximo de un año desde la declaración del concurso, salvo que antes se abra la fase de liquidación o se apruebe un convenio cuyo contenido afecte al acreedor con garantía real. Para determinar si un bien está afecto o no a la actividad empresarial habrá que acudir a criterios económicos y no a criterios contables. Por ello las viviendas ya concluidas que están a la venta no podrán considerarse bienes afectos, sino bienes producto del negocio del deudor que pueden ser objeto de ejecución separada. Por el contrario, si las viviendas se encuentran en construcción habrá que considerarlas como bienes afectos.

1.2.5. Efectos de la declaración del concurso sobre los créditos en particular

La declaración del concurso, amén de integrar a todos los acreedores en la masa pasiva, produce importantes efectos sobre los créditos en particular, que se regulan, fundamentalmente, en la sección 3.ª, del capítulo II, del título III, de la Ley Concursal. De este modo, deben distinguirse los siguientes efectos:

- **Prohibición de compensación.** Nuestro Ordenamiento no preveía en qué situación quedaban aquellos acreedores que, a su vez, eran deudores del quebrado. La doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, se inclinaban por excluir la compensación en las situaciones de quiebra, por cuanto, de admitirse, al acreedor que lograba compensar su deuda se beneficiaba al sustraer el crédito propio de la ley del dividendo, quedando al margen del principio de la *par condicio creditorum*. La nueva ley, por el contrario, regula la cuestión que se analiza, disponiendo en su artículo 58 que, "sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Cualquier controversia sobre este último extremo se resolverá, de acuerdo con el apartado segundo, por medio de los cauces del incidente concursal. En definitiva, la nueva ley explicita aquello que ya venía sosteniéndose jurisprudencialmente, en cuanto prohíbe, como regla general, la compensación, salvo que los requisitos de ésta, recogidos, fundamentalmente, en el artículo 1096 del Código civil, existieran con anterioridad a la declaración. Debe recordarse, a estos efectos, que la declaración del concurso, a diferencia de lo que acontecía con la quiebra (art. 883), no determina el vencimiento anticipado de los créditos, efecto que sólo se produce con la apertura de la fase de liquidación (art. 146).
- **Suspensión del devengo de intereses.** De acuerdo con el artículo 59, desde la declaración del concurso quedará suspendido el devengo de los intereses legales o convencionales, con dos excepciones; 1.º) los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde

alcance la respectiva garantía, y 2.º) los créditos salariales que resulten reconocidos, que devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos.

Ello no obstante, el apartado segundo del artículo 59 prevé que "cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultare remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional".

- **Interrupción de la prescripción.** El artículo 60 dispone que, desde la declaración del concurso hasta su conclusión, quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración y de las que puedan ejercitarse contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora. El cómputo del plazo se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso.

1.3. Efectos sobre los contratos

Al margen de los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo, que no son objeto de este módulo, el capítulo III del título II de la Ley Concursal regula extensamente los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas, la facultad, que se atribuye a la administración concursal, de rehabilitar, en determinadas condiciones, los contratos de préstamo, de crédito y de adquisición de bienes muebles e inmuebles con precio aplazado, y, por último, algunas especialidades en el régimen de la enervación de la acción en situaciones concursales.

1.3.1. Efectos sobre contratos con obligaciones recíprocas

Como principio general, el artículo 61.2.º dispone que la declaración del concurso no afectará, por sí sola, 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, según añade el mismo precepto, se realizarán con cargo a la masa. Es más, para reforzar la vigencia de los contratos, el apartado tercero añade que "se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración del concurso de cualquiera de las partes". Sólo cuando la declaración del concurso aparezca como causa de resolución o extinción de los contratos en alguna ley, el artículo 63 permite que tal efecto opere de forma automática. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 26 de la Ley de Agencia, reformado por la disposición final 29.^a de la LC, o

con los artículos 34 a 36 de la Ley de Contrato de Seguros, aplicables a las situaciones de concurso por remisión del artículo 37, también reformado por la disposición final 28.^a de la LC.

Ello no obstante, la Ley Concursal introduce importantes novedades en el régimen de resolución de los contratos bilaterales, debiendo distinguirse dos supuestos distintos:

- **Resolución por interés del concurso.** Aun cuando no medie incumplimiento por ninguno de los contratantes, el artículo 61.2.º permite al juez del concurso la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas "si lo estimara conveniente al interés del concurso". La solicitud deberá efectuarla la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención. 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. A falta de acuerdo, "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". En definitiva, el juez tendría que guiarse exclusivamente por el interés del concurso, si bien, al fijar la indemnización a satisfacer con cargo a la masa, deberá respetar el principio de la *restitutio in integrum*, es decir, tendrá que comprender todo perjuicio causado a la otra parte en el contrato resuelto.
- **Resolución por incumplimiento.** La declaración del concurso, con arreglo al artículo 62, no afectará a la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. Ahora bien, al igual que el artículo 61 permite al juez, en interés del concurso, resolver, aun cuando no medie cumplimiento, el artículo 62.3.º también le faculta, igualmente atendiendo el interés del concurso, acordar el cumplimiento del contrato aunque exista causa de resolución, siendo con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Obviamente, aun cuando el precepto no lo contemple expresamente, tal facultad de imponer el cumplimiento quedará condicionada a que en la masa activa existan bienes bastantes para hacer frente a las prestaciones debidas.

Caso práctico

¿Se aplica retroactivamente el artículo 61.3.º, es decir, se tienen por no puestas las cláusulas de vencimiento anticipado fundadas en la quiebra o en la suspensión de pagos del deudor?

Aun cuando nuestro Ordenamiento establece un principio general de irretroactividad de las normas, salvo que expresamente dispongan lo contrario (artículo 2.3.º del Código civil), en los términos en que viene redactado el artículo 61.3.º hay que concluir que las cláusulas de vencimiento anticipado o de extinción por la quiebra o suspensión de pagos del deudor "se tendrán por no puestas" de declararse el concurso, esto es, el acreedor no podrá dar por extinguido el contrato salvo que concurran otros incumplimientos por parte del deudor. La norma, en definitiva, se aplica una vez declarado el concurso, es decir, encontrándose la Ley Concursal en vigor. No se trataría, por tanto, de aplicar una nueva ley a situaciones jurídicas ya producidas.

1.3.2. Rehabilitación de contratos

La Ley Concursal, por otro lado, también contempla la rehabilitación de determinados contratos vencidos o resueltos con anterioridad a la declaración del concurso. En concreto, regula los siguientes supuestos;

- **Rehabilitación de los contratos de préstamo o crédito.** De acuerdo con el artículo 68, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor de éste cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración del concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los gastos futuros con cargo a la masa. No procederá la rehabilitación, de acuerdo con el apartado segundo, cuando el acreedor se oponga y 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.
- **Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado.** Conforme al artículo 69, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para la comunicación de los créditos, notifique la rehabilitación al transmitente, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa. El incumplimiento del contrato que hubiere sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación. El transmitente también podrá oponerse a la rehabilitación en los casos previstos en el apartado segundo del artículo 69.

1.3.3. Enervación del desahucio

El juicio de desahucio iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, en principio, no se ve afectado por éste. Por no dirigirse la acción contra el patrimonio del deudor, la acción de desahucio ya interpuesta no es competencia del juez del concurso (artículos 8.1.º y 51 de la ley) y, por tanto, tampoco sería acumulable. Dictada sentencia, la ejecución tampoco se vería afectada, dado que el artículo 55 sólo prohíbe las ejecuciones y apremios contra el patrimonio del deudor y, como se ha indicado, la vivienda arrendada no forma parte de su patrimonio.

El artículo 70, al modificar el régimen ordinario de la enervación de la acción "ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso", corrobora que la *vis attractiva* del concurso no alcanza a los juicios de desahucio que se hallaran en tramitación al declararse el concurso. Debe recordarse que en situaciones extraconcursoales el artículo 22.4.º de la Ley de Enjuiciamiento civil permite al arrendatario, en los procesos de desahucio de fincas urbanas por falta de pago de la renta, enervar la acción, evitando el desahucio, si paga al actor o pone a disposición del tribunal las cantidades reclamadas y las que se adeuden hasta el día de la vista. Por otro lado, el mismo precepto pone límites a la facultad de enervar; sólo puede hacerse uso de tal posibilidad una vez y no cabrá la enervación si el arrendatario hubiera sido requerido fehacientemente de pago con al menos cuatro meses de antelación. Pues bien, el artículo 70, en interés del concurso, modifica dicho régimen al disponer que "la administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento del lanzamiento. En tales caso, deberán pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento". Así, conforme al apartado segundo, "no será de aplicación la limitación que establece el último párrafo del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento civil". Por tanto, son dos las especialidades del desahucio dirigido contra un deudor declarado en concurso:

- Cabe la rehabilitación del contrato, figura contemplada en el artículo 147 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 –derogado por la LAU de 1994–, que permite evitar el lanzamiento pagando o consignando en ejecución de sentencia las rentas debidas y las costas devengadas (la Ley Concursal, a diferencia de aquel precepto, no prevé recargo alguno sobre el principal).
- La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio incluso cuando el deudor hubiere enervado una acción anterior o hubiese sido requerido fehacientemente de pago con al menos cuatro meses de antelación.

Caso práctico

¿Ante quién debe interponerse la acción de desahucio del deudor declarado en concurso, ante el juez de Primera Instancia del lugar donde se encuentre la finca o ante el juez del concurso?

La acción de desahucio, por no dirigirse contra el patrimonio del deudor, conforme al artículo 8 de la Ley Concursal no sería competencia del juez del concurso. La finca arrendada, que pretende ser recuperada por el arrendador, no forma parte del patrimonio del deudor. Ahora bien, el artículo 62 de la ley atribuye al juez del concurso, por los trámites del incidente concursal, las acciones resolutorias de contratos con obligaciones recíprocas por incumplimiento de cualquiera de las partes; y la acción de desahucio, en último término, no deja de ser una acción resolutoria por incumplimiento del arrendatario. Por todo ello, declarado el concurso, la acción de desahucio debe interponerse ante el juez del concurso, que la tramitará como incidente concursal.

1.4. Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa

1.4.1. Introducción. Las acciones de reintegración

El Código de comercio estableció un sistema de reintegración mixto, aplicable, siquiera parcialmente, a las suspensiones de pagos, caso de declararse la insolvencia definitiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la LSP. Por un lado, como consecuencia de la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes (artículo 878.1.º), fijó un periodo de retroacción absoluta, declarando nulos todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra (artículo 878.2.º). Por otro lado, junto a la nulidad absoluta, el Código de comercio también contempla una serie de acciones revocatorias y de anulabilidad (artículos 879 a 882). La doctrina tradicional del Tribunal Supremo postuló una interpretación rígida del artículo 878.2.º, de tal suerte que la nulidad de los actos realizados durante el periodo de retroacción era absoluta y automática, viniendo obligado a quien contrató con el quebrado a reintegrar a la masa cuanto recibió de él, sin que pudiera exigir simultáneamente la restitución de lo por él dado, sin perjuicio de incluir su crédito en la masa pasiva (sentencia de 19 de diciembre de 1991). Sin embargo, también existe una corriente jurisprudencial minoritaria, que concibe a la nulidad del artículo 878.2.º como un supuesto de ineficacia relativa, exigiendo un perjuicio que vendría representado por un detrimento patrimonial o disminución del haber de la masa (sentencias de 12 de marzo y 20 de octubre de 1993). Por otro lado, en la práctica también se viene descartado que la nulidad sea automática –como consecuencia de la declaración de quiebra–, exigiéndose una pronunciamiento judicial expreso cuando alguien se resista (sentencia del TS de 22 de enero de 1999).

La nueva Ley Concursal cambia radicalmente la situación anterior. De un lado, descarta la nulidad absoluta y funda en el perjuicio para la masa la acción de rescisión. De este modo, el artículo 71 dispone que, 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, aun-

que no hubiera existido intención fraudulenta". Hay quien considera –Manuel Díaz Martínez– que fijar un tiempo predeterminado legalmente, sin distinción alguna en función del comportamiento del empresario, puede conducir a resultados injustos, sobre todo en aquellos supuestos en que se acude de forma voluntaria al concurso tras manifestarse la insolvencia del deudor. En cualquier caso, el establecimiento de un plazo de dos años no implica inmunidad total para los actos realizados fuera de ese periodo, por cuanto el propio artículo 71, en su apartado sexto, deja abierta la posibilidad de impugnar otros actos del deudor de acuerdo con otras normas jurídicas, si bien tales acciones se someterán a la competencia del juez del concurso.

Caso práctico

¿Qué se entiende por perjuicio patrimonial, a los efectos establecidos en el artículo 71?

Por tal habrá que entender no sólo los actos objetivamente perjudiciales para la masa, como puede ser la venta de bienes a precio inferior del mercado, sino también aquellos otros actos que alteran el principio paritario o la *pars conditio creditorum*. Por ejemplo, la adjudicación de un bien a un acreedor en pago de un crédito, aun cuando el valor de aquél no superara el importe de éste, será perjudicial para la masa, dado que el acreedor adjudicatario saldría beneficiado al no someterse a las reglas del concurso.

En el perjuicio patrimonial, por tanto, se fundamenta cualquier acción de rescisión; y la Ley Concursal, en el precepto que se examina, distingue según que el perjuicio patrimonial se presuma *iuris et de iure*, se presuma *iuris tantum* o haya de probarse. De este modo, debe distinguir:

- El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. En este caso la ineficacia opera *ipso iure*.
- El perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas relacionadas con el concursado o se constituyan "garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas".

Fuera de los casos anteriores, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

Sin embargo, según el apartado 5 del artículo 71, reformado por RDL 3/2009, de 27 de marzo, en ningún caso podrán ser objeto de rescisión:

- Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

- Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.
- Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en la normativa específica.

Finalmente, en esta materia se han de tener en cuenta los acuerdos de refinanciación recogidos en la disposición adicional 4.ª de la LC (en reforma del RD 3/2009), acuerdos de refinanciación que si cumplen los requisitos regulados en dicho precepto no estarían sujetos a las acciones de rescisión del artículo 71.

1.4.2. Legitimación y procedimiento

La legitimación activa corresponde, principalmente, a la administración concursal, tanto si se ha acordado la suspensión de las facultades de administración y disposición, como si sólo se han intervenido (art. 72.1.º). Subsidiariamente, los acreedores que "hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento". Legitimados pasivamente lo estarán el deudor y 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 irrevindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral".

En lo que al **procedimiento** se refiere, el apartado tercero del artículo 72 dispone que las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal, añadiendo que "las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal".

1.4.3. Efectos de la rescisión

Los efectos de la rescisión vienen regulados en el artículo 73. Como regla general, de acuerdo con el apartado primero, la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses. Si los bienes y derechos no pudieran ser reintegrados por pertenecer a un tercero, "se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal" y los daños y perjuicios si se aprecia mala fe en el contratante. La posición del tercero que ve rescindido el acto o contrato celebrado con el concursado se ve notablemente favorecida por la nueva ley. Así, si actuó de buena fe, la prestación que corresponda a quien contrató con el deudor tendrá la consideración

de "crédito contra la masa", que habrá de satisfacerse "simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos del acto rescindido". Por el contrario, si el acreedor actuó de mala fe, la prestación sólo tendrá la consideración de "crédito concursal subordinado".

Caso práctico

¿Qué ocurre si en la masa activa no existe dinero en metálico o bienes bastantes para proceder a la entrega inmediata, caso de declararse la rescisión?

La ley exige la "entrega simultánea", es decir, de declararse la rescisión de una venta hecha a un tercero, éste debe restituir a la masa activa el bien vendido y habrá de percibir, de forma simultánea, el precio pagado por la venta. Si no es posible, por no existir dinero en metálico u otros bienes en la masa activa, la rescisión no tendrá lugar, siempre que, claro está, el tercero haya actuado de buena fe.

2. Órganos del concurso

La ley regula la administración concursal en el título II (art. 26 a 39). La administración concursal constituye el órgano principal del concurso; no sólo sustituye al deudor en sus facultades de administración y disposición, cuando se acuerde el régimen de suspensión, o interviene aquellas facultades, caso de ordenarse dicho régimen. La ley le atribuye un papel protagonista dentro del procedimiento, que alcanza su hito principal con la elaboración del informe, que incluye la lista de acreedores y el inventario de bienes. La ley también concede a la administración concursal legitimación para promover acciones tan relevantes como la de responsabilidad de los administradores (art. 48) o las rescisorias (art. 72); y junto con el Ministerio Fiscal tiene atribuida la facultad de calificar el concurso como culpable (art. 168), circunstancia que permite condenar a los administradores de las personas jurídicas declaradas en concurso a satisfacer, total o parcialmente, los créditos concursales que no queden cubiertos con el producto de la liquidación.

En cualquier caso, la administración concursal comparte sus funciones con el juez del concurso, dado que actúan bajo su supervisión (art. 35.6.º). De ahí que deba analizarse, en primer lugar, los órganos con facultades de administración y, en segundo lugar, la estructura orgánica de la administración concursal.

2.1. Órganos del concurso con facultades en la administración

Como indica la Exposición de Motivos, la Ley Concursal simplifica la estructura orgánica del concurso. Sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios del concurso. La junta de acreedores únicamente se constituye en la fase de convenio, si llega a abrirse, en tanto que la intervención del Ministerio Fiscal se limita a la sección sexta de calificación del concurso, cuando proceda su apertura.

Con carácter general, el artículo 35.6.º establece que la administración concursal estará sometida a la supervisión del juez del concurso, que en cualquier momento podrá requerir a todos o algunos de sus miembros una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso. Al margen de esta superior vigilancia sobre la administración concursal, el juez tiene encomendadas las siguientes funciones que de una u otra manera inciden sobre la administración:

- Incluso antes de declararse el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, puede adoptar "las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor" (art. 17).

- En el auto de declaración de quiebra, conforme a lo dispuesto en el artículo 21.2.º de la ley, el juez se pronunciará en orden a "los efectos sobre las facultades de administración y disposición" respecto del patrimonio del concursado. En el mismo auto provee sobre el nombramiento de los administradores concursales y sus facultades.
- El juez dirime las divergencias entre los administradores concursales, caso de que no se alcancen las mayorías que contempla el artículo 35.
- En el ejercicio de las facultades de administración y disposición, el juez prestará a los administradores concursales el auxilio necesario para la conservación del patrimonio del deudor (art. 43.1.º).
- Con arreglo al artículo 43.2.º, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar bienes del deudor sin la autorización del juez (art. 43.2.º).

Caso práctico

¿Puede el juez del concurso ordenar actos concreto de administración o disposición de los bienes del deudor?

El juez, con arreglo al artículo 35, "supervisa" la actuación de los administradores concursales. No parece, por tanto, que pueda, por propia iniciativa, llevar a cabo u ordenar actos concretos de gestión o disposición. Debe recordarse que es a la administración concursal a la que corresponde "intervenir" las facultades de administración o disposición del deudor en concurso o, en su caso, la administración concursal sustituye al deudor, cuando se acuerda la suspensión de facultades (art. 44). En definitiva, el juez sólo puede autorizar actos concretos de disposición o de gestión que sean propuestos por el deudor o por la administración concursal.

2.2. La administración concursal como órgano del concurso

2.2.1. Nombramiento de los administradores concursales

Como se ha indicado, los administradores concursales son nombrados por el juez del concurso en el mismo auto en que se declara el concurso. Conforme al artículo 27.3.º de la ley, la administración concursal estará integrada por los siguientes miembros:

- Un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.
- Un auditor de cuentas, un economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.
- Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado. El juez procederá a su nombramiento tan pronto le conste la existencia de acreedores en quienes concurran esas condicio-

nes. Si el acreedor designado es una persona jurídica no se integra en el órgano de administración, sino que debe designar, a su vez, a un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil. La ley, por tanto, traslada al acreedor una facultad que, en principio, atribuye al juez. Si el acreedor designado es una persona natural, podrá participar en la administración concursal o designar un profesional que reúna aquellas condiciones.

Caso práctico

¿Podría un abogado matrimonialista, con más de cinco años de ejercicio efectivo de la profesión, ser designado administrador concursal?

La ley sólo exige cinco años de ejercicio efectivo. No requiere, por tanto, que el abogado o el auditor tenga experiencia en materia concursal. En consecuencia, si supera las pruebas o cumple los requisitos que le sean exigidos por el colegio correspondiente para integrarse en las listas, podrá ser nombrado como administrador concursal por el juez del concurso.

De la regulación relativa al número y condición de los miembros de la administración concursal deben destacarse los siguientes aspectos:

- Si bien, como regla general, la administración se encomienda a tres personas, como excepción el artículo 27.3.º permite que la administración concursal esté integrada por un solo miembro cuando se acuerde el procedimiento abreviado de los artículos 190 y 191. La persona designada en tal caso deberá ser un abogado, auditor de cuentas, economista o profesor mercantil que reúna los requisitos previstos en el artículo 27.1.º.
- El nombramiento se ha de efectuar entre los profesionales inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas o en las listas elaboradas por los correspondientes colegios oficiales, salvo que la colegiación no sea obligatoria.
- El cargo de administrador puede recaer en una persona física o jurídica. En este último caso, la persona jurídica deberá comunicar al juzgado la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo (art. 30). La limitación en cuanto al número de nombramientos alcanzará al representante. Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una Administración pública o entidad de derecho público, la designación podrá recaer en cualquier funcionario con titulación en ciencias económicas o jurídicas.
- La administrador concursal, cuando la complejidad del concurso así lo exija, podrá solicitar del juez autorización para delegar determinadas funciones, incluidas las relativas a la continuación de la actividad del deudor, en los auxiliares que la propia administración proponga. Al juez corresponde, además de autorizar el nombramiento, especificar las funciones delegadas

y determinar su retribución, que correrá a cargo de los administradores concursales (art. 32).

Caso práctico

Administrador concursal designado por un acreedor ¿Puede el juez del concurso revisar el nombramiento?

La cuestión es muy discutible. Como se ha indicado, la ley traslada al acreedor una facultad, como es la del nombramiento de administradores concursales, que inicialmente corresponde al juez. El administrador concursal debe ser una persona de la confianza del juez. Ello avalaría la posibilidad de que éste pueda revisar el nombramiento, descartando a aquellas personas que no sean de su confianza. Sin embargo, en los términos que viene redactado el artículo 27.1.º, apartado segundo, el acreedor tiene libertad absoluta y puede designar el auditor, economista o titulado mercantil que tenga por conveniente, siempre que no le afecte alguna de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición que establece la ley.

2.2.2. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones

En lo que a la capacidad para ser administrador se refiere, el artículo 28 establece que no podrán ser nombrados administradores concursales quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. En definitiva, la ley se remite a los artículos 124 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y al artículo 58.3.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que son reformados por las disposiciones finales de la Ley Concursal.

Como prohibición, el propio artículo 28 dispone que tampoco podrán ser nombrados administradores concursales quienes se encuentren en alguna de las situaciones a las que se refiere el artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con acreedor que represente más del 10% de la masa pasiva del concurso. De igual modo el nombramiento no podrá recaer en administradores concursales que hubieran sido separados del cargo dentro de los dos años anteriores o quienes se encuentren inhabilitados.

Por último, de entre las causas contempladas en el artículo 28 cabe calificar como incompatibilidades las siguientes:

- Quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a las personas especialmente relacionadas con éste en los últimos cinco años, incluidos aquellos que hubieran compartido con el mismo el ejercicio de actividades profesionales de igual o diferente naturaleza.
- Las personas especialmente vinculadas con el deudor, ni en un acreedor que sea competidor del deudor.

- No podrán ser nombrados administradores concursales en un mismo concurso quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente.
- La persona inicialmente designada estará obligada a manifestar si concurre o no alguna de las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición. Fuera de tales casos, una vez aceptado el cargo, los administradores concursales pueden ser recusados "por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración del concurso" (art. 33), que añade, como causas de recusación, las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de los peritos. La recusación no tendrá efectos suspensivos y se sustanciará por los cauces del incidente concursal.
- El juez no está obligado a seguir un turno específico, ni ha de respetar el orden de los diferentes listados que obren en el juzgado. Como única limitación, el artículo 28 establece que "no podrán ser nombrados administradores concursales los abogados, auditores, economistas o profesores mercantiles que hubiera sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores". A tal efecto, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo.

**Contenido
complementario**

Tampoco podrá ser designado quien como experto independiente haya emitido el informe recogido en la disposición adicional 4.^a, relativo a los acuerdos de refinanciación.

2.2.3. Aceptación, retribución y ejercicio del cargo

La Ley Concursal dispone que el nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido y que dentro de los 5 días siguientes el designado deberá comparecer ante el juzgado para manifestar si acepta o no el encargo. Si el designado no aceptase el cargo o no compareciese, el juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento (art. 29). Ahora bien, a diferencia del Proyecto inicial, en el que la aceptación era voluntaria, la ley establece que si el designado no compareciese o no aceptase el cargo "sin justa causa", no se le podrá nombrar en los "procedimientos concursales que puedan seguirse en el partido judicial durante un plazo de tres años.

En cuanto a la retribución, el artículo 34 establece, en su primer apartado, una regla fundamental; la retribución se verificará "con cargo a la masa". Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con otros peritos judiciales, ni el deudor, en el concurso voluntario, ni los acreedores, en el necesario, están obligados a "provisionar" de fondos a los administradores que resulten designados. Tampoco nace crédito alguno de éstos frente a quienes hayan promovido el concurso. Los gastos de la administración tienen la consideración de créditos contra la masa y como tales deben entenderse contemplados en el artículo 84.2.º, apartado undécimo. Y como cualquier crédito contra la masa, se satisfará en la forma establecida en el artículo 154, es decir, la administración concursal deducirá de la masa los bienes y derechos necesarios para hacerlos efectivos.

La retribución debe ser establecida por el juez del concurso conforme a los criterios fijados en el Real decreto 1.860/2004, de 6 de septiembre, que regula el arancel de los administradores concursales atendiendo a la cuantía del activo y pasivo y a la previsible complejidad del concurso. La resolución, previo informe de la administración concursal, adoptará la forma de auto, que fijará la cuantía de la retribución y los plazos en que debe ser satisfecha.

Caso práctico

La falta de activo y, en definitiva, la imposibilidad de que los administradores perciban la retribución que les corresponda, ¿es justa causa para no aceptar el cargo o causa grave para renunciar?

No. Por injusto que pueda parecer, la imposibilidad de percibir la retribución, que se ha de satisfacer con bienes procedentes del activo del concurso, no es justa causa para no aceptar. Por tal habrá que entender alguna circunstancia propia del administrador que la invoque y no, por tanto, algo que podría invocar cualquiera.

En lo que al ejercicio del cargo, el artículo 35 dispone, como principio general, que "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal". Por otro lado, de dicho precepto deben destacarse las siguientes reglas:

- En los supuestos normales en que la administración esté integrada por tres miembros, las funciones del órgano concursal "se ejercerán de forma colegiada". Las decisiones se adoptarán por mayoría y, de no alcanzarse ésta, resolverá el juez. Por el contrario, si la administración estuviera compuesta por dos miembros, supuesto que puede darse por demoras en la aceptación o por renuncia o separación de uno de los designados, la actuación de los administradores concursales será mancomunada.
- Las decisiones de la administración judicial que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán en actas que se extenderán o transcribirán en un libro legalizado por el secretario del juzgado.
- La administración del concurso estará sometida a la supervisión del juez del concurso. Las resoluciones de éste revestirán la forma de auto, contra las que no cabrá recurso alguno.

En cuanto a su intervención en los incidentes concursales, el artículo 184.5 reformado por RD 3/2009 dispone que los AC serán oídos siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervengan en recursos o incidentes deberán hacerlo asistidos de letrado. La dirección técnica de estos recursos e incidentes se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la AC.

2.2.4. Responsabilidad de los administradores concursales

El artículo 35 de la Ley Concursal prevé dos tipos de responsabilidad en la que pueden incurrir los administradores concursales, que dan lugar a dos acciones distintas.

- **Responsabilidad por daños causados a la masa.** Es el único supuesto que se regula extensamente en los seis primeros apartados del artículo 36. El daño, en este caso, lo ha de ser a la masa y no, por tanto, a intereses concretos de acreedores o terceros. De este modo, el apartado primero establece que los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la diligencia debida. Del precepto que se analiza deben destacarse los siguientes aspectos:
 - **Legitimación.** La legitimación activa corresponde al deudor y a los acreedores. Legitimados pasivamente lo serán los administradores concursales y auxiliares delegados. La responsabilidad de los demandados será solidaria, tanto si la administración funciona colegiadamente como si lo hace de forma mancomunada. Se establece, eso sí, una causa de exoneración que recuerda a la del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas; quedará exonerado el administrador que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél. Los administradores concursales también responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.
 - **Competencia y procedimiento.** La ley atribuye al propio juez del concurso la competencia para conocer del procedimiento, que se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda. A falta de otra previsión legal, el juicio será el que corresponda con arreglo a la cuantía.
 - **Prescripción.** El apartado quinto establece un plazo específico de prescripción de cuatro años "contados desde que el actor tuviera conocimiento del daño o perjuicio que se reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales hubieran cesado en su cargo".
- **Responsabilidad por daños al deudor, a los acreedores o a terceros.** Es un tipo de responsabilidad que no se regula. Simplemente se enuncia. En efecto, el apartado séptimo dispone que "quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales que lesionen directamente los intereses de aquéllos". No se trata de una acción por perjuicios a la masa, sino por lesiones a intereses particulares, sean los del deudor, de los acreedores o de terceros. Es una acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código civil, que está sujeta al

plazo de prescripción de un año del artículo 1968-2.º a contar "desde que lo supo el agraviado".

Caso práctico

¿Cuál será el procedimiento y ante quién habrá de ejercitarse la acción de responsabilidad por daños del último apartado del artículo 36?

El procedimiento para hacerla valer será el que corresponda por la cuantía del daño; y, en los términos en que está redactado el artículo 36, de la acción no conocerá el juez del concurso. A diferencia de lo que acontece en la responsabilidad por daños causados a la masa activa, el apartado citado no atribuye la acción al juez del concurso. Es más, tampoco sería competencia de los Juzgados de lo Mercantil, dado que no se encuentra dentro del elenco de competencias que el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a dichos juzgados.

2.2.5. Separación de los administraciones concursales

El artículo 37 de la Ley Concursal dispone que cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados. La ley no contempla un procedimiento específico; simplemente dispone que la resolución judicial de cese revestirá la forma de auto, en el que se consignarán los motivos en los que el juez funde su decisión. Como cualquier otra cuestión que se suscite en el concurso que no tenga una tramitación especial, la petición de separación deberá sustanciarse por los trámites del incidente concursal (art. 192), si bien con la particularidad de que concluirá por auto.

Acordada la separación se procederá, de inmediato, a efectuar un nuevo nombramiento (art. 38). Si el cesado fuera representante de una persona jurídica, ésta deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla, a no ser que el cese afecte a la misma persona jurídica que ostenta el cargo de administrador concursal. El administrador cesado, por otro lado, deberá rendir cuentas de su actuación. Ha de recordarse, por último, que los administradores separados del ejercicio del cargo no podrán ser nombrados de nuevo durante un plazo de dos años (art. 28.2.º).

