

Informe de la administración concursal y la determinación de la masa activa y pasiva, y las fases de convenio y de liquidación

José María Fernández Seijo

PID_00159724



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índice

1. Informe de la administración concursal y la determinación de la masa activa y pasiva.....	5
1.1. Informe de la administración concursal	5
1.1.1. Elaboración del informe	8
1.1.2. Publicación del informe	9
1.1.3. Impugnación del informe	9
1.1.4. Aprobación del informe	10
1.2. La determinación de la masa activa	11
1.2.1. Definición	11
1.2.2. Acciones de reintegración de la masa activa	11
1.2.3. Acciones de reducción contra la masa activa	14
1.2.4. Realización de bienes y derechos que integran la masa	15
1.2.5. Otras operaciones de determinación de la masa activa	15
1.2.6. La forma de recogerse la masa activa: el inventario	17
1.3. La determinación de la masa pasiva	18
1.3.1. Definición	18
1.3.2. La composición de la masa pasiva: distinción entre créditos concursales y créditos contra la masa	19
1.3.3. La clasificación de los créditos	22
1.3.4. La comunicación y el reconocimiento de créditos	26
1.3.5. La lista de acreedores: su inclusión en el informe de los administradores, referencias a la impugnación de la lista	27
2. Las fases de convenio y de liquidación.....	29
2.1. El convenio	29
2.1.1. Aspectos procesales del convenio	29
2.1.2. Aspectos materiales del convenio	38
2.2. La liquidación	41
2.2.1. Definición (arts. 142 a 162)	41
2.2.2. Inicio del proceso de liquidación	41
2.2.3. La liquidación anticipada	45
2.2.4. Los efectos de la apertura de la fase de liquidación	46
2.2.5. Las fases procesales de la liquidación	48
2.2.6. El contenido de la liquidación	50
2.2.7. Los modos y formas de pago a los acreedores	53

1. Informe de la administración concursal y la determinación de la masa activa y pasiva

1.1. Informe de la administración concursal

El procedimiento concursal se dirige, fundamentalmente, a garantizar la *par conditio creditorum*, es decir, se configura como un instrumento procesal y material para ordenar los créditos y garantizar el pago de los acreedores de quien se encuentra en una situación de insolvencia. La determinación del activo y pasivo del concurso es, por lo tanto, el elemento principal para determinar a quién y cuánto debe el concursado, pero también el modo en el que va a hacerse frente a esas deudas. La determinación de las masas activa y pasiva del concurso se convierte en la finalidad esencial del proceso concursal y su presencia en el procedimiento es por medio del informe de la administración concursal que, en los términos referidos en el artículo 75 de la ley, incluye un inventario de la masa activa y una lista de los acreedores con la correspondiente clasificación de sus créditos.

La determinación o formación de masa activa y pasiva se conforma a partir de los datos facilitados:

1. Por el deudor, que tiene que facilitar lista de acreedores e inventario de bienes:

a) En el concurso voluntario aportando los documentos referidos en el artículo 6 de la Ley Concursal.

b) En el concurso necesario el deudor tiene que aportar esa misma documentación una vez se ha dictado el auto de declaración de concurso –artículo 21.1.3.º–. Además, el artículo 42 recoge el deber de colaboración del deudor con los órganos del concurso.

2. Por los acreedores. En el denominado trámite de insinuación de créditos –artículo 21.1.5.º LC– que se abre con el auto de declaración de concurso. Conforme al precepto citado los acreedores disponen de un plazo de un mes a contar desde el conocimiento del auto o, en su caso, desde la publicación en los diarios oficiales del mismo, para poner en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos. Se trata del trámite de presentación de títulos que aparecía ya en la vieja regulación concursal. Respecto de esta actividad del acreedor debe tenerse en cuenta:

a) Que los administradores del concurso asumen las funciones de comunicación del auto respecto de los acreedores no personados en forma (art. 21.4 LC).

b) Que no hay una verdadera diligencia de ocupación del patrimonio del concursado, por lo que dicha diligencia debe sustituirse por la adopción de medidas cautelares por parte del juez.

c) Las formalidades que debe presentar este trámite de comunicación de créditos aparece en el artículo 85 de la LC:

- Tiene que formularse por escrito firmado por el acreedor o por cualquier otra persona que aparezca como interesada en el crédito o quien acredite representación suficiente del acreedor.
- La presentación debe hacerse en el juzgado, en el despacho o sede de la administración concursal.
- El escrito tiene que expresar los datos que: identifican al acreedor –nombre, domicilio y demás datos que permitan su correcta y completa identificación (NIF, teléfono, correo electrónico, domicilio de sucursales y oficinas...).
- Identifican al crédito en todos sus datos y calificación que se pretenda.
- Se tienen que acompañar los originales o las copias autenticadas del título, documentos o escrituras de poder acompañados. Quedan en las actuaciones los testimonios.
- En el caso de concursos simultáneos de deudores solidarios, el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada concurso; en este escrito deberán expresar si se ha comunicado el crédito o se va a efectuar la comunicación en el otro concurso.

d) Que la ley establece severas consecuencias a las dilaciones en este trámite de puesta en conocimiento en la medida en la que los créditos tardíamente insinuados pueden ser calificados como subordinados (art. 92).

e) El propio artículo 92 establece supuestos en los que la presentación tardía de los títulos no conlleva la consideración de créditos subordinados respecto de aquellos créditos:

- Cuya existencia resultare de la documentación del deudor.
- Constaren de algún otro modo en el concurso.
- Constaren en otro documento judicial.
- Aquellos cuya determinación precisa de la actuación inspectora de las administraciones públicas.

f) Por la propia administración del concurso. Como se infiere de los puntos anteriores, la administración del concurso conoce de la existencia de los créditos por dos cauces:

Nota

En este punto debe indicarse que no es imprescindible que la presentación se haga directamente por el Procurador, puede hacerlo el interesado personalmente o por medio de cualquier otro apoderado o representante.

- Por el de la insinuación de créditos que efectúan los acreedores.
- Por los datos que aparezcan de los libros y documentos del deudor, libros y documentos que no sólo deben referirse a aquellos sobre los que tome posesión o conocimiento la administración concursal, sino también por aquellos otros créditos derivados de certificaciones de las administraciones públicas o testimonios de resoluciones judiciales. En este punto, debe indicarse que el reproducido artículo 92 y el 86.2 no se encuentran exactamente concordados en la medida en la que, en el artículo 92, se habla de la constancia en la documentación del deudor o en procedimiento judicial mientras que, en el artículo 86, se especifica que tienen *necesariamente* en la lista de acreedores:
 - Créditos reconocidos por laudo o por sentencia, aunque no sean firmes.
 - Los que consten en documentos con fuerza ejecutiva.
 - Los reconocidos por certificación administrativa.
 - Los asegurados con garantía real inscrita en registro público.
 - Créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso.
- Debe tenerse en cuenta que la exigencia de incluir necesariamente los créditos de esta naturaleza no predetermina la calificación de los mismos, por lo tanto la administración concursal tiene la posibilidad de calificarlos en cualquiera de las categorías que le permite la propia ley.

El informe de los administradores del concurso se convierte así en la pieza fundamental para la determinación de activo y pasivo del concurso ya que a este informe ha de unirse (art. 75.2 LC) tanto el inventario de la masa activa como la lista de acreedores. La ley atribuye a los administradores el deber de comunicar a los acreedores afectados no personados con procurador las modificaciones cuantitativas y cualitativas (art. 95.1 LC), lo que determina que esa comunicación se convierta en el punto de partida del plazo para impugnar la lista.

Debe tenerse en cuenta que el auto dictado en el incidente concursal de impugnación no tiene previsto recurso de apelación lo que lleva a aplicar el régimen general sobre recursos (art. 197.2 y 3 LC) que dejaría sin segunda instancia inmediata a los acreedores que pudieran verse perjudicados por la decisión del juez tras la reposición. Será en el recurso de apelación contra la sentencia que apruebe el concurso o las vinculadas a la liquidación cuando pueden ventilarse en segunda instancia las pretensiones referidas a la impugnación de la lista de acreedores.

La determinación de la masa activa y pasiva tiene indudable interés para cada acreedor en particular, pero también tiene un interés de carácter público en la medida en la que la lista de acreedores y la calificación de los créditos

va a ser el punto de referencia para determinar el quórum de asistencia que permita tener por válidamente constituidas las juntas que deben aprobar los convenios; asimismo, es referencia obligada para la admisión de las propuestas anticipadas de convenio y fija las mayorías imprescindibles para la aprobación de dicho convenio sometido a votación.

1.1.1. Elaboración del informe

El legislador mantiene de la normativa sobre suspensiones de pago la exigencia de que los administradores judiciales presenten un informe en el cual se analice si las circunstancias y causas referidas en la fase inicial se corresponden con la situación real del concursado y su patrimonio de igual modo este informe supone una valoración inicial de cual ha sido el comportamiento del concursado desde que se insta el concurso hasta que se emite el informe.

Desde un punto de vista procesal, este informe es el que permite iniciar la fase intermedia del proceso concursal en la que se determina y gradúa el pasivo y se establece el activo del concurso, lo que permite convocar las primeras juntas de acreedores; desde un punto de vista material, el informe supone la aportación de los primeros elementos de juicios objetivables sobre la situación y causas del concurso.

El plazo previsto para la presentación del informe es muy amplio; el artículo 74 prevé dos meses desde que acepten dos de los tres administradores (o del administrador único si fuera un procedimiento abreviado), prorrogable por un mes más; si no se presenta el informe los administradores pueden ser removidos y pierden el derecho a percibir remuneración, ordenando la devolución de las cantidades percibidas a cuenta.

El informe responde a la siguiente estructura:

- Análisis de los datos y circunstancias expresados por el deudor en la memoria que acompañe a la fase inicial del procedimiento.
- Estado de la contabilidad del deudor y una valoración o juicio sobre los estados financieros, informes y memoria prevista en el artículo 3 del texto legal finalmente aprobado. Si el deudor no ha presentado las cuentas anuales correctamente deben formularla los administradores, permitiendo el Texto legal finalmente aprobado incluso el nombramiento de un auditor.
- Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración judicial.
- Inventario de la masa activa del concurso.
- Lista de acreedores; se entiende que aquellos que hayan cumplido con las obligaciones legales de presentación de títulos en tiempo y forma.
- Si se hubiera presentado convenio por el acreedor, el informe debe valorar su viabilidad.

- Exposición motivada acerca de la situación patrimonial del deudor y los datos y circunstancias que pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

Establece en el texto legal finalmente aprobado un mecanismo que suple la falta de presentación del informe el artículo 74 recoge que el plazo podrá prorrogarse durante un mes siempre y cuando la petición se funde en "causas extraordinarias":

- La no presentación es causa de separación de los administradores.
- Pierden el derecho a percibir la remuneración fijada por el juez.
- Deben devolver las cantidades percibidas.
- Se puede abrir la pieza de responsabilidad de los administradores prevista en el artículo 36 del texto legal finalmente aprobado.
- Los nuevos administradores designados habrán de elaborar el informe.

El texto legal finalmente aprobado no especifica qué tipo de resolución debe imponer la sanción, lo lógico es pensar que adoptará forma de auto que, según fija el propio texto legal finalmente aprobado, es susceptible de recurso de apelación.

1.1.2. Publicación del informe

Elaborado el informe y presentado ante el juez, se inicia la fase de publicación para la que el artículo 95 prevé **dos vías genéricas**:

- Edictos en el tablón de anuncios.
- Quedan de manifiesto en la secretaría del juzgado para que los interesados puedan examinarlo.

Como es lógico, la providencia anunciando la presentación del informe se notifica a todas las partes personadas, pero la ley deja claro que quien quiera obtener copia debe hacerlo a su costa; por extensión de lo previsto en el artículo 23 de la ley el juez podrá acordar modos de publicación complementarios (art. 95.3).

1.1.3. Impugnación del informe

Aunque el informe tiene un contenido complejo el texto legal finalmente aprobado únicamente prevé la impugnación:

- Del inventario. Que podrá consistir en:
 - La solicitud de inclusión o exclusión de bienes o derecho.
 - El aumento o disminución del avalúo de los incluidos.
- De la lista de acreedores. Que podrá referirse a:

- La solicitud de inclusión o a la exclusión de créditos en lo referido a la cuantía.
- En lo referido a la clasificación de los reconocidos tanto en los concursales como en los de la masa.

El plazo de impugnación es de 10 días desde la notificación a los personados o, en caso de no estar personados, 10 días desde la publicación del edicto en el tablón de anuncios.

El procedimiento previsto en el artículo 96.4 es el del incidente concursal (art. 192 y s. de la Ley Concursal), pudiendo el juez de oficio acumular las impugnaciones; la remisión al incidente concursal permite afirmar al amparo del artículo 198 que contra las sentencias dictadas en la impugnación no cabe recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la pretensión al recurrirse la resolución en la que se apruebe o rechace el convenio. Sin embargo, el artículo 96.1 la Ley Concursal parece permitir a los acreedores disidentes con la decisión del juez la posibilidad de recurrir.

Nota

Aunque el texto legal finalmente aprobado no lo especifica, cabe pensar que pueden acumularse todas las impugnaciones o parte de ellas, atendiendo a las causas de cada impugnación.

1.1.4. Aprobación del informe

Si hay impugnaciones. Transcurridos cinco días desde la notificación de la última de las sentencias, la administración judicial incluirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que procedan y presentará al juez el informe definitivo correspondiente, así como una relación actualizada de los créditos contra la masa devengados y los pendientes de pago. Este informe queda nuevamente de manifiesto en la secretaría abriéndose la fase de convenio o de liquidación.

Si no hay impugnaciones el juez aprueba el informe, aunque en el texto legal finalmente aprobado no se hace mención expresa a la "aprobación", sino que el artículo 98 remite a la apertura de la fase de liquidación o de convenio. Los acreedores que no hubieran impugnado en tiempo y forma pierden la posibilidad de reclamar la modificación del contenido de los informes, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones.

Si en el informe un acreedor ha sido calificado como especialmente relacionado con el deudor y decide no impugnar, el artículo 97.2 recoge que el juez dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas 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, es decir, el acreedor que sea calificado conforme establece el artículo 93 si no impugna el dictamen queda "desposeído" de sus derechos y garantías.

1.2. La determinación de la masa activa

1.2.1. Definición

La definición de masa activa aparece en el artículo 76 de la Ley Concursal al regular el principio de universalidad: "Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso y los que se reintegren o adquieran hasta la conclusión del procedimiento".

El artículo 183 de la Ley Concursal, al regular las secciones en las que se divide el procedimiento concursal, incluye, dentro de la sección tercera, todo lo relativo a la determinación de la masa activa del concurso, haciendo especial mención a:

- Las acciones de reintegración de la masa activa lo que lleva a referirse a la sustanciación, decisión y ejecución de estas acciones que se regulan el artículo 71 de la LC dentro de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales a la masa activa.
- Las acciones de reducción, término que no aparece expresamente desarrollado en la Ley Concursal pero que incluye todas aquellas operaciones destinadas a regular la "salida" de bienes y derechos de la masa activa.
- Realización de bienes y derechos que integran la masa.
- Pago a los acreedores y a las deudas de la masa. Aunque aparece en primer lugar la referencia al pago de los acreedores, lo cierto es que, conforme establece el artículo 84 y concordantes de la Ley Concursal, las deudas de la masa son prededucibles.

1.2.2. Acciones de reintegración de la masa activa

No vienen reguladas en el título IV de la ley sino en el destinado a los efectos del concurso, concretamente los artículos 71,72 y 73. El objeto de las acciones de reintegración es que el concurso pueda recuperar, por la vía de un pronunciamiento judicial, aquellos bienes o derechos que hayan sido "sacados" indebidamente del patrimonio del concursado en las fechas anteriores a la declaración del concurso.

Antes de entrar a analizar la concreta regulación que se propone sobre este tipo de acciones, resulta interesante advertir algunos elementos que permiten una correcta configuración de las acciones:

- Estas acciones vienen a sustituir el viejo sistema de retroacción efectos de la misma que había generado serios problemas en la legislación concursal.
- Conforme a las normas que atribuyen las competencias en la Ley Concursal corresponderá conocer de estas acciones al juez del concurso (art. 8.1.º de la LC).
- Tal vez la variación del sistema de retroacciones absolutas y la implantación de estas acciones individuales justifiquen la presencia de un abogado en ejercicio en la administración del concurso.

El artículo 71 se inicia con una declaración de carácter general: "Serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta". El plazo de dos años tiene su origen en las normas generales del concurso.

El elemento fundamental es la acreditación del perjuicio patrimonial manejando dos presunciones que eximen o alteran las reglas sobre carga de la prueba:

- Sin prueba en contrario se presume el perjuicio patrimonial cuando se trate de actos de disposición a título gratuito –salvo las liberalidades al uso– y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso.
- Salvo prueba en contrario se presume perjuicio patrimonial cuando se trate de los siguientes actos:
 - Actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Esas personas son las relacionadas en el artículo 93 que se analizará en los epígrafes siguientes.
 - La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Este supuesto puede tener incidencia en la contratación bancaria respecto de las líneas de crédito que puedan novarse antes de la declaración del concurso con la adopción de estas garantías.

En el resto de supuestos, el perjuicio patrimonial debe ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

Al objeto de no bloquear a aquellos concursados que pretendan mantener su actividad empresarial, la ley establece que no podrán en ningún caso ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. Esta decisión del legislador plantea, a priori, algunas incógnitas:

- En este caso la ley no distingue entre concursado con sus facultades intervenidas o suspendidas.
- No se define el concepto de acto ordinario, que deberá vincular en cualquier caso a la naturaleza de la actividad que se desarrolle y a las dimensiones de la empresa.
- Al objeto de salvaguardar los mercados financieros la ley blinda de modo casi absoluto operaciones en esos mercados sin establecer límites cualitativos o cuantitativos.

Finalmente, hay que indicar que las acciones de reintegración no excluyen la posibilidad del ejercicio de otras acciones civiles o mercantiles que procedan conforme a derecho, acciones que en cualquier caso se ejercitarán ante el juez del concurso. Entre estas acciones parece evidente incluir la acción del artículo 1111 del Código civil; en este punto debe tenerse en cuenta no sólo el contenido de los artículos 71 a 73, sino también el artículo 54 de la LC, referido al ejercicio de acciones del concursado.

En cuanto a la legitimación y el procedimiento, el artículo 72 de la LC establece un sistema un tanto complejo e intrincado:

1) Legitimación activa.

- Directa. Corresponde en primer lugar a los administradores del concurso.
- Derivada o subsidiaria. A los acreedores del concursado, excepto en las acciones de reintegración frente a operaciones de refinanciación de la disposición adicional 4.ª de la Ley Concursal, ya que frente a esas operaciones sólo está legitimada la administración concursal.

2) Legitimación pasiva.

- El deudor.
- Quien haya sido parte en el acto impugnado.
- Si el bien ha sido transmitido a un tercero debe dirigirse la acción contra este tercero cuando se pretenda:
 - Desvirtuar la buena fe del adquirente.
 - Atacar la irrevocabilidad de que goce.
 - Atacar la protección derivada de la publicidad registral.

3) Procedimiento. En vez de remitir al procedimiento declarativo que corresponda, el artículo 71 remite al incidente concursal del artículo 192. La competencia le corresponde, por lo tanto, al juez del concurso.

Los efectos del ejercicio de estas acciones rescisorias se regula en el artículo 73 de la LEC:

- La sentencia estimatoria declarará la ineficacia del acto impugnado y, en consecuencia, debe condenar a restituir las prestaciones objeto de dicho acto con sus frutos e intereses.
- Si no se pudiera producir esa restitución, la condena será a reintegrar el valor que hubieran tenido los bienes o derechos cuando salieron del patrimonio del deudor más el interés legal.
- Si se aprecia mala fe en el adquirente, se condenará además a indemnizar en la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.
- Debe tenerse en cuenta que, como consecuencia de la rescisión, el demandado que contrató con el concursado tendrá la posibilidad de recuperar la contraprestación que entregara:
 - Dicha contraprestación será considerada crédito contra la masa (art. 84) si contrató de buena fe.
 - Se considerará que el derecho a recuperar la contraprestación es crédito concursal subordinado si el juez aprecia mala fe.

1.2.3. Acciones de reducción contra la masa activa

No hay en la Ley Concursal una referencia expresa a las denominadas en el artículo 183.3.º "acciones de reducción"; como tales deben entenderse las referidas en el artículo 80 como derecho de separación, es decir, el derecho reconocido a recuperar por el propietario bienes que, estando en posesión del concursado, no son de su propiedad. Respecto de éstos bienes, previo al ejercicio de esa acción de separación, la Ley permite primero su reclamación por un simple escrito a la administración concursal.

Aunque no se regulen expresamente en este apartado, dentro de estas acciones de "reducción" deberán comprenderse aquellas derivadas de procedimientos reivindicatorios instados contra el deudor concursal antes de la declaración de concurso, acciones que tienen su marco legal en el artículo 51 de la LC.

Dentro del derecho de separación, el artículo 76.3 de la LC reconoce a los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves el derecho a separar los bienes por medio del ejercicio de las acciones reconocidas en la legislación específica.

1.2.4. Realización de bienes y derechos que integran la masa

La realización de bienes y derechos que integran la masa sólo es posible, como norma general, cuando se abre la liquidación (art. 142 y s.). La Ley Concursal limita las facultades de la administración concursal en cuanto a la realización de bienes y derechos antes de la apertura de la fase de liquidación; en este sentido el artículo 43 recoge un principio general y una consecuencia de este principio:

- **Principio general.** 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.
- **Consecuencia.** Hasta la aprobación judicial del convenio o, en su caso, la apertura de la fase de liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez salvo: actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Tras la reforma operada por el RDL 3/2009, es posible el anticipo de las operaciones de liquidación al amparo del nuevo artículo 142 bis, siempre y cuando lo solicite expresamente el deudor y venga acompañado de una propuesta de liquidación que ha de ser examinada por los administradores concursales y aprobada por el juez.

1.2.5. Otras operaciones de determinación de la masa activa

Junto a las operaciones ya examinadas y que se recogen y regulan fuera del capítulo II del título IV de la Ley Concursal, el artículo 76 y siguientes recogen una serie de principios y operaciones que ayudan a complementar lo examinado hasta ahora.

Conforme al artículo 76.2, quedarán fuera de la masa activa los bienes o derechos que, teniendo carácter patrimonial sean legalmente inembargables, referencia que remite necesariamente al artículo 605 y 606 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Debe tenerse en cuenta en este punto que la propia LEC establece la inembargabilidad de algunos bienes –los vinculados a la actividad profesional– en relación con su valor.

Si el concursado es una persona casada la Ley Concursal establece una serie de reglas para determinar qué bienes integran la masa activa y qué otros bienes corresponden al cónyuge no concursado; en este punto debe advertirse que el artículo 25.3 hace referencia a la posible acumulación de los concursos de ambos cónyuges, una vez declarados por separado.

Como norma general en el concurso de la persona casada, sólo integran la masa activa los bienes o derecho propios o privativos del concursado (art. 77).

Si el régimen económico fuera de **sociedad de gananciales** o cualquier otro que determine la existencia de una **comunidad de bienes**, deberán incluirse en la masa activa dichos bienes gananciales o comunes cuando deban responder de las obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge no concursado puede pedir la disolución de la sociedad o comunidad y el juez lo acordará así, llevándola a cabo en coordinación con las operaciones de liquidación o del convenio. En este punto debe indicarse que la Ley Concursal no establece qué juez es el competente para la disolución, si el juez de familia o el juez mercantil; no debe olvidarse que en muchos partidos judiciales estas acciones de disolución se consideran competencia específica de los jueces de familia; sin embargo, la atribución de competencias en aquellas acciones de contenido patrimonial prevista en el artículo 8.2.º para los jueces mercantiles, unida al hecho de que la división de patrimonio conyugal no se encuentra integrada dentro de los procedimientos de familia sino como un proceso especial en título aparte, justifica la asunción de la competencia para este tipo de procedimientos al juez mercantil.

En el caso de que la vivienda habitual tenga la consideración de bien ganancial o perteneciese a la comunidad conyugal en la disolución de esta comunidad, el cónyuge no concursado tiene derecho a que la vivienda quede con preferencia en su haber hasta donde alcance o abonando el exceso.

Si el concursado es persona casada en **régimen de separación de bienes**, el artículo 78 establece una serie de presunciones respecto de las operaciones efectuadas entre los cónyuges, siempre y cuando los cónyuges no estén separados de hecho o judicialmente:

- Se presume en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para adquirir bienes a título oneroso cuando la 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 del concurso.
- Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de supervivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. Como consecuencia de lo anterior, el cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de estos bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Introduce en este punto una norma específica respecto de esos bienes adquiridos de común por los cónyuges en el caso de que se

trate de la vivienda habitual al determinar que el valor será el precio de adquisición actualizado conforme al IPC en vez del precio de mercad.

Respecto de las **cuentas indistintas**, el artículo 79 de la Ley Concursal establece que los saldos acreedores de las cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integran en su totalidad en la masa activa salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal. Nuevamente, si la administración concursal acuerda atribuir el saldo total a la masa, el perjudicado tiene abierta la posibilidad de recurrir ante el juez del concurso por la vía del incidente concursal.

1.2.6. La forma de recogerse la masa activa: el inventario

El artículo 75 de la LC, cuando habla del informe que deben elaborar los administradores del concurso, indica que se debe adjuntar el inventario de la masa activa, inventario cuya estructura y contenido aparece reflejado en los artículos 82 y 83:

- Debe aparecer una relación y avalúo de los bienes. El avalúo determinará, en muchos casos, que la administración concursal haya de contar con el auxilio de peritos que deberá ser autorizado por el juez del concurso uniendo al inventario los informes de los expertos y el detalle de sus honorarios.
- El avalúo ha de hacerse a fecha de cierre, es decir, al día anterior al de emisión del informe. Se indica que el avalúo debe realizarse a precio de mercado y atendiendo a los derechos, cargas y gravámenes que pesen sobre esos bienes.
- En el supuesto de bienes gananciales o que pertenezcan a una comunidad conyugal, deberá indicarse dicho carácter y su situación.
- Los bienes y derechos inventariados deben aparecer expresados con indicación de su naturaleza, características, estado en que se encuentren y, en su caso, datos registrales. Deben indicarse también las cargas o gravámenes que pesen sobre ellos expresando naturaleza y datos de identificación.
- En apartado distinto, deberá hacerse mención a todos los litigios cuyo resultado pueda afectar al contenido del avalúo; es lo que en otros artículos de la LC se denominan contingencias o bienes y derechos contingentes.
- También tendrá que recoger ese inventario una referencia a las acciones que deberían promoverse para reintegrar el patrimonio del deudor.
- La LC obliga a que en estos apartados de bienes contingentes y acciones pendientes se informe sobre la viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales.

- El artículo 96 de la LC establece la posibilidad de impugnar el inventario, impugnación que podrá consistir en la inclusión o exclusión de bienes o derechos y el aumento o disminución del avalúo de los incluidos.

1.3. La determinación de la masa pasiva

1.3.1. Definición

Hay que acudir al artículo 49 para establecer el principio de integración de la masa pasiva:

"Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes".

El artículo 183.4.º recoge el contenido de esa masa pasiva en la sección cuarta, que comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, así como:

- Comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos.
- Pieza separada de los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado. Estas piezas son las que se derivan de los efectos del concurso examinados en el título II, capítulo II, sección 1.ª, titulada "Integración de los acreedores en la masa pasiva".

Siguiendo la sistemática de la propia Ley Concursal, se pueden distinguir los siguientes epígrafes:

- Composición de la masa pasiva: créditos concursales y créditos contra la masa.
- La comunicación y el reconocimiento de los créditos: la inclusión en el informe de los administradores del concurso.
- La clasificación de los créditos.
- La lista de acreedores: su inclusión en el informe de los administradores, referencias a la impugnación de la lista.

1.3.2. La composición de la masa pasiva: distinción entre créditos concursales y créditos contra la masa

Son créditos concursales los anteriores a la declaración de concurso que habrán de satisfacerse en base a lo aprobado en el convenio o, en su caso, en la fase de liquidación. Son créditos contra la masa aquellos que se generan una vez declarado el concurso y que, por razones de distinta índole, han de satisfacerse antes que los créditos concursales.

Con la vieja regulación concursal no había normas específicas respecto de la determinación de los créditos contra la masa, créditos que, por tener el carácter de prededucibles, en muchas ocasiones determinaban la imputación de la práctica totalidad de la masa activa del procedimiento concursal al pago de estos gastos y obligaciones normalmente vinculados al desenvolvimiento del propio proceso concursal. El artículo 84 establece un número cerrado de créditos contra la masa, reduciéndolos a aquellos que expresamente recoge el artículo 84.2 de la ley; el resto de créditos son concursales.

La nueva Ley Concursal aborda de modo sistemático la determinación de esos créditos contra la masa, sus sistemas de pago, de control y fiscalización. Los créditos contra la masa han dejado de ser los vinculados al propio funcionamiento del proceso concursal y el nuevo artículo 84 considera créditos contra la masa y, por lo tanto, prededucibles, créditos anteriores a la declaración del concurso pero que, por su vinculación al mantenimiento de la actividad empresarial, deben satisfacerse durante la tramitación del propio concurso a medida que se van produciendo. Por esta vía, el legislador concursal ha hiperprivilegiado algunos créditos que, teniendo la consideración de créditos ordinarios, sin embargo se pueden pagar incluso antes de la elaboración del informe de los administradores del concurso.

Los créditos contra la masa son:

- Los créditos por los salarios de los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en la cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. La determinación de estos créditos puede complicarse en muchas ocasiones, sobre todo en el trabajo eventual en la medida en la que la concreción no se hace con referencia a los 30 días anteriores a la fecha de declaración del concurso, sino a los 30 días de trabajo que pueden no coincidir con los 30 días anteriores a la declaración del concurso.
- Las costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y la declaración del concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en la ley, la asistencia y representación del concursado, la asistencia y representación de la administración concursal durante la tramitación del procedimiento y sus incidentes hasta el conve-

nio o, en su caso, la conclusión del concurso. De estos últimos gastos se excluyen aquellos en los que el juez del concurso haya desestimado las pretensiones, total o parcialmente, con expresa condena en costas. Respecto de este amplio epígrafe, deben realizarse algunas salvedades:

- Para fiscalizar estos gastos no sólo cabe acudir al incidente concursal conforme habilita el artículo 154.2 de la Ley Concursal, sino también a los mecanismos de tasación de costas y determinación de gastos propios de la jurisdicción civil.
 - Descoloca un tanto que si, dentro de la administración concursal, se establece la presencia de un abogado en ejercicio que cobra sus retribuciones conforme al futuro arancel, además se reconozcan gastos por la asistencia jurídica a la administración concursal. Parece razonable que el juez del concurso pueda delimitar la asistencia jurídica ordinaria a la Administración, de aquellas acciones excepcionales.
 - El acreedor instante de un concurso necesario ve primado su crédito, que se convierte en crédito con privilegio general en 1/4 y, además, convierte los gastos de inicio del concurso en créditos contra la masa.
 - No se determina el momento en el que deben satisfacerse estos gastos; lo razonable es que no se satisfagan hasta que no se produzca la tasación de costas y liquidación de gastos por los cauces previstos en la LEC.
- Los de las costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o los acreedores legitimados en los juicios que en interés de la masa se continúen o inicien en los términos previstos en el artículo 51, 54 y 71 de la ley Concursal. No hace mención la Ley a los supuestos de condena en costas que permitan la recuperación de esos gastos y costas ante quien viera rechazadas sus pretensiones; lo razonable es que esas costas y gastos que se recuperen como consecuencia de una condena en costas a terceros dejen de ser créditos contra la masa.
 - Los alimentos del deudor (art. 47 LC) y de las personas respecto de las cuales tenga el deber legal de prestarlos. Incluye tanto los alimentos recogidos en el auto de declaración como los que otro juez en un procedimiento de familia o de estado civil pueda imponer.
 - Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso. Estos créditos se computan hasta la fecha en la que se acuerde el cese de la actividad profesional, se apruebe el convenio o concluya el concurso. En este apartado se incluyen:
 - Los créditos laborales.

- Las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo –referencia que remite necesariamente al artículo 64 de la LC.
- Los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral.
- Los que conforme a la Ley Concursal resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración del concurso. Se incluyen también, en este apartado, las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado. Este apartado remite al contenido de los artículos 61 y siguientes respecto de los efectos de la declaración del concurso en determinados contratos.
- Respecto del pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes y derechos afectos, los pagos que se realicen para la rehabilitación de esos contratos. También se incluyen, en este apartado, los créditos derivados de la enervación de los contratos de arrendamiento. En este punto, la LC permite incluir todos los derivados de la rehabilitación de contratos tanto en el pago de cuotas pendientes como las que se devenguen en un futuro.
- Los que en caso de rescisión concursal de actos realizados por el concursado correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que el juez aprecie mala fe.
- Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o por el concursado con la autorización o conformidad de ésta.
- Los que resulten de obligaciones de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado tras la declaración del concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso.
- Cualquiera otros créditos a los que la Ley Concursal atribuya expresamente esta consideración.

Hay que advertir que los acreedores de estos créditos no conforman la masa pasiva y, por lo tanto, no se integran en las juntas de discusión del convenio. No se recoge en la ley ningún mecanismo que permita integrar estos créditos en los convenios ni que puedan quedar sometidos a quitas o esperas. Sin embargo, nada impide que se llegue a transacciones o acuerdos con los acreedores de este tipo de créditos, pactos o acuerdos que deben ser beneficiosos para el concurso y someterse a la aprobación del juez.

No hay en la ley ningún mecanismo que permita recuperar los créditos contra la masa en el caso de que, una vez satisfechos los créditos vinculados a la hipotética continuidad de la actividad empresarial, ésta cesara dejando despatrimonializado al concurso; sería los supuestos en los que se fuerza el mantenimiento formal de la actividad para que determinados acreedores vean anticipados los pagos.

1.3.3. La clasificación de los créditos

- Privilegiados
 - Con privilegio especial sobre determinados bienes.
 - Con privilegio general.
- Ordinarios
- Subordinados
 - Por comunicación tardía.
 - Por su naturaleza.
 - Por la condición del acreedor.

Créditos con privilegio, los créditos especial respecto de determinados bienes

Para que gocen de este privilegio, los créditos deben cumplir con los requisitos y formalidades previstos en la legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo la hipoteca legal tácita y los créditos refaccionarios de los trabajadores:

- Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o prenda sin desplazamiento sobre bienes hipotecados o pignorados.
- Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.
- Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.
- Los créditos a favor de los arrendadores, vendedores o financiadores por cuotas de arrendamientos financieros, plazos de compraventas con precio aplazado sobre muebles o inmuebles, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.

- Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.
- Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

Créditos con privilegio general

- Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por los días pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del SMI, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso. En este punto, se ha planteado en la práctica el problema de cómo tratar este privilegio cuando se han satisfecho con cargo a la masa (art. 40) el doble del SMI de los últimos 30 días; hay autores que defienden que, hecho ese pago, el carácter privilegiado permite que el resto de la deuda pendiente por este concepto se considere privilegiada hasta el límite del triple del SMI sobre la cantidad pendiente; sin embargo, el criterio que está terminando de asentarse es el que defiende que los dos primeros salarios mínimos son créditos contra la masa y el tercero privilegiado, el resto de deuda será crédito ordinario.
- Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de la Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.
- Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de la explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los 6 meses anteriores a la declaración de concurso.
- Los créditos tributarios y demás de derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1.º del artículo 90, ni de privilegio general conforme al apartado 2.º de este mismo artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el 50% de su importe. Hacienda Pública defiende en los incidentes concursales que el cálculo de este privilegio debe hacerse sobre la totalidad de la deuda pública, incluidos los créditos subordinados; esta tesis, derivada de una interpretación literal de la norma, ha llevado ya a algunos pronunciamientos contradictorios; así algunos juzgados, como Madrid, se han pronunciado ya sobre el sistema

de cálculo y han consolidado la tesis de los abogados del Estado, mientras en los juzgados de Barcelona se ha considerado que en el cálculo deben excluirse los créditos subordinados.

- Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el n.º 4 de este mismo artículo.
- Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso, si no tuvieran la consideración de subordinados, hasta 1/4 de su importe.

Créditos subordinados

- Los créditos que hubieran sido comunicados tardíamente que se hayan incluido en la lista de acreedores, o los no comunicados que fueran finalmente incluidos por el juez. La ley establece que no podrán considerarse subordinados por su presentación tardía aquellos créditos cuya existencia se constate.
 - De la documentación del deudor.
 - Los que de otro modo consten en el concurso.
 - Los derivados de un procedimiento judicial.
 - Aquellos cuya determinación precise de la actuación inspectora de los administradores públicos.
- Los créditos que, por pacto contractual, tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos del deudor.
- Los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía legal hasta donde alcance la respectiva garantía.
- Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias. En este punto, ha generado especial polémica el tratamiento de los recargos respecto de la deuda pública, recargos que de modo mayoritario, aunque no unánime, se han considerado como subordinados al tener la consideración de sanciones.
- Los créditos de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor conforme al artículo 92, excepto los créditos por salarios conforme establece el artículo 91.1.º siempre que el concursado sea una persona natural.
- Los créditos que, como consecuencia de rescisión concursal, resulten a favor de quien en sentencia haya sido declarado como parte de mala fe en el acto impugnado.

- Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

Personas especialmente relacionadas con el concursado

- Concursado persona natural.
 - El cónyuge o la persona que, en los dos años anteriores a la declaración, convivan con él con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
 - Los ascendientes, descendientes o hermanos, así como de cualquiera de los referidos en el apartado a).
 - Los cónyuges de ascendientes, descendientes y hermanos del concursado.
- Persona jurídica
 - Socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que sean titulares de, al menos, un 5% del capital social si la sociedad concursada tuviera valores admitidos a negociación en mercado oficial. El porcentaje se eleva al 10% si no se negociaran en dichos mercados siempre y cuando tuvieran la condición de socios en el momento de nacimiento del crédito.
 - Los administradores de hecho o de derecho, los liquidadores del concursado, los apoderados con poderes generales de la empresa, así como cualquiera que hubieran ostentado esos cargos o representaciones en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
 - Las sociedades que formen parte del mismo grupo de empresas declaradas en concurso y sus socios, siempre y cuando formaran parte del mismo grupo de empresas en el momento del nacimiento del crédito.

Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 93, siempre que la adquisición se hubiera producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

1.3.4. La comunicación y el reconocimiento de créditos

Ya se han tratado los plazos y las formalidades que deben respetar los acreedores para cumplimentar debidamente el trámite de insinuación de créditos.

El artículo 87 de la Ley Concursal recoge supuestos específicos de reconocimiento:

- **Los créditos sometidos a condición resolutoria** se reconocen como sometidos a tal condición, pero se les permite plenitud de derechos en tanto la condición no se cumpla. Una vez se cumpla la condición, la LC permite su anulación –a petición de parte– así como la anulación de las decisiones y actuaciones en las que la actuación del acreedor condicional fuera decisivo, manteniendo aquellas que se mantuvieran inalterables. Se devuelve a la masa la cantidad derivada del cumplimiento de la condición.
- **Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos** se reconocen como créditos contingentes, sin cuantía propia pero con la calificación que les corresponda. Quedan suspendidos los derechos de adhesión, voto y cobro hasta que se confirme el crédito bien en sentencia firme bien en ejecución provisional. Si el juez del concurso estima probable el cumplimiento de la contingencia podrá adoptar, previa petición de la parte, las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, prestación de fianza o cualquier otra que considere oportuna para el caso.
- Los **créditos de derecho público recurridos** en vía administrativa o jurisdiccional se considerarán créditos sometidos a condición resolutoria, aun cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida.
- Los **créditos** que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa **excusión** del patrimonio de un deudor principal se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no acredite haber agotado la excusión, confirmándose en tal caso el crédito por el saldo subsistente.
- Los **créditos** en los que el acreedor disfrute de **fianza de tercero** reconocerá su crédito sin limitación alguna sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito si paga el fiador. En estos casos, se opta por la calificación que resulte menos gravosa para el concurso entre las que corresponda al acreedor y fiador. Este precepto ha dado lugar a serios problemas de interpretación ya que algunos autores han visto en él una vía para subordinar los créditos financieros que dispusieran de un aval o fianza de esta naturaleza; la cuestión no ha sido definitivamente resuelta por las audiencias pero el criterio mayoritario de los juzgados es el de no "perjudicar" a los acreedores financieros y mantener el tratamiento que determina que, respecto del acreedor principal, el crédito tiene la consideración de ordinario y lo que se perjudica es el aval o fianza si es satisfecho por esa persona

especialmente relacionada que, al colocarse en la posición del deudor una vez hecho el pago no puede alcanzar mejor posición como consecuencia de la subrogación. Este criterio de interpretación ha sido incorporado expresamente por la reforma llevada a efecto por el RDL 3/2009.

- Respecto de los **créditos solidarios, avalados o con fianza**, el acreedor que hubiese cobrado de un tercero podrá incluir en la lista de acreedores tanto la parte de crédito no satisfecha como la totalidad de que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiese hecho el pago parcial aunque no se hubiera comunicado el crédito o remitido la deuda.

1.3.5. La lista de acreedores: su inclusión en el informe de los administradores, referencias a la impugnación de la lista

Tal y como indica el artículo 75, la lista de acreedores es uno de los documentos que debe acompañarse al informe de los administradores del concurso. El artículo 88 de la Ley Concursal establece que dicha lista, a los efectos de cuantificarse el pasivo, debe expresarse en dinero, de curso legal, sin que eso suponga una conversión o modificación; los créditos en otras monedas que no sean de curso legal deben expresarse al cambio en la fecha de declaración del concurso. Los créditos que tengan por objeto prestaciones dinerarias futuras se computarán a su valor a la fecha de declaración del concurso, efectuándose su actualización conforme al IPC vigente en cada momento; queda, por lo tanto, sin efecto cualquier pacto sobre intereses futuros distinto del IPC.

Las prestaciones no dinerarias o las dinerarias que se determinen con referencia a un bien distinto del dinero se computarán como deudas de valor a la fecha de declaración del concurso. Aunque la Ley Concursal nada indica, parece lógico acudir a las normas generales sobre valoración en la ejecución no dineraria en la LEC para fijar esa cuantía.

Conforme al artículo 94 de la LC, debe aportarse una relación alfabética de los acreedores incluidos y otra de los excluidos. En la lista deben facilitarse los datos que identifican el crédito y su titular, así como las características y clasificación del mismo. La clasificación debe recoger las razones de dicha clasificación; concretamente, la Ley Concursal hace mención a la necesidad de referirse a los problemas derivados de la falta de comunicación en el plazo marcado.

El artículo 94.2 exige que se redacte una lista separada de los créditos contra la masa tanto los devengados como los pendientes de pago, cuantificándolos en todo caso.

Ya se ha hecho referencia a la publicidad de esa lista y del plazo –10 días– para impugnar la lista tanto en sus aspectos cuantitativos como cualitativos, así como las exclusiones. Los administradores del concurso asumen funciones en la comunicación de los créditos excluidos y los modificados.

Transcurrido el plazo para impugnar o resueltos los incidentes concursales abiertos al respecto, la LC obliga a los administradores concursales a incluir el resultado de los incidentes presentando al juez los textos definitivos para que queden de manifiesto en la secretaria del juzgado. La LC establece que esa nueva lista debe quedar actualizada con los pagos de créditos contra la masa realizados y pendientes.

Quien no impugne en tiempo y forma la lista o inventario no podrá plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrá recurrir las modificaciones introducidas por el juez respecto de otras impugnaciones.

Los acreedores especialmente relacionados con el concursado que no impugnen la clasificación verán extinguidas, por medio de auto, cualquier clase de garantía que tengan constituida a favor de sus créditos.

2. Las fases de convenio y de liquidación

2.1. El convenio

Conforme al artículo 183.5.º de la Ley Concursal, el convenio y/o la liquidación conforman la sección quinta del concurso; su regulación legal se recoge en los artículos 98 a 162, dentro del título V de la ley. La fase de convenio o de liquidación se abre inmediatamente después de haber sido aprobado definitivamente el informe de los administradores concursales. Hasta la aprobación del convenio se habla tanto por la ley como por la doctrina de la "fase común del concurso", fase común que al concluir abre dos posibles vías para la normal terminación del concurso: la del convenio o la de la liquidación.

Como norma general, debe advertirse que será el concursado quien decida inicialmente si se abre la fase de convenio o liquidación ya que, como se verá en los epígrafes siguientes, la ley permite al concursado reclamar la liquidación prácticamente desde el arranque del procedimiento concursal.

2.1.1. Aspectos procesales del convenio

Cuándo se abre la fase de convenio

Desde una perspectiva procesal, la fase de convenio no puede abrirse hasta que no se aprueban los textos definitivos del informe de la administración concursal (art. 96.4); ello no quita para que el concursado, por la vía del convenio anticipado, pueda aportar al procedimiento desde un arranque una propuesta de convenio con las correspondientes adhesiones. Esa propuesta de convenio anticipado queda inicialmente unida a la sección primera del procedimiento.

Quién puede presentar el convenio

- **Deudor.** El deudor puede presentar el convenio tanto en la fase común como al abrirse la fase de convenio. El artículo 104 establece que el convenio anticipado puede presentarse desde la solicitud del concurso voluntario o desde la declaración del concurso necesario. Durante la fase común y mientras los acreedores puedan presentar sus créditos el deudor va a tener la posibilidad de presentar el convenio anticipado.

Si no se opta por el convenio anticipado, la ley establece que el convenio considerado no anticipado se puede presentar en cualquier momento con la única limitación temporal de que, en cualquier caso, el convenio ha de estar presentado 40 días antes de la fecha prevista por el juzgado para la celebración de la junta de acreedores.

En la práctica, se ha planteado el problema de si el concursado con las facultades patrimoniales suspendidas puede presentar propuesta de convenio dado que, en el mismo, asume compromisos de carácter patrimonial; ante la falta de regulación legal se ha optado por no limitar esta facultad del concursado y circunscribir la actividad de los administradores concursales, única y exclusivamente, al trámite de evaluación del convenio.

En cuanto al control de la legalidad formal y material de la propuesta de convenio, la ley prevé un doble filtro; por una parte el juez podrá requerir al concursado para que subsane los defectos apreciados en la propuesta –plazo de 3 días– y, por otra parte la administración concursal evaluará la propuesta de convenio anticipado en los términos y plazos previstos en el artículo 107. El convenio anticipado se admitirá en todo bien en el auto de admisión del concurso, bien por medio de resolución aparte que habrá de tener la forma de auto. El juez, al admitir la propuesta, puede no tener en cuenta la evaluación desfavorable de la administración concursal.

Con referencia a las adhesiones, el artículo 108 se remite al régimen general para obtener las mismas pero fija un plazo reducido para la obtención de las que permitirían la aprobación del convenio. El plazo de adhesión se extiende hasta que concluya el término para impugnar el informe de los administradores y el inventario –10 días desde su presentación. En lo referente a las adhesiones, debe tenerse en cuenta:

- Que el acreedor puede revocarla si su crédito se ve afectado o modificado por la calificación.
- Que las adhesiones quedan supeditadas al informe y calificación de créditos que haga la administración concursal.

Las especialidades del convenio anticipado

Las especialidades del convenio anticipado están vinculadas, en primer lugar, a la legitimación para presentarlo; sólo se permite esta modalidad al concursado que no se encuentre inmerso en una de las prohibiciones del artículo 105 de la ley. En segundo lugar, el convenio anticipado ha de presentarse en el plazo que transcurra entre la solicitud del concurso –si fuera voluntario– o la declaración de concurso –si fuera necesario– hasta que concluya el plazo para insinuación de créditos de los acreedores –un mes desde la última publicación para el concurso ordinario, 15 días para el concurso abreviado–. En tercer lugar, el convenio anticipado ha de venir acompañado por las adhesiones que superen 1/5 del pasivo presentado por el deudor [la ley en este punto no hace distinción entre pasivo ordinario o no dado que los créditos todavía no han sido calificados]. En cuarto lugar la doctrina ha advertido que, en el convenio anticipado, es posible incluir propuestas que superen los límites que en cuanto a quitas y esperas prevé el artículo 100 de la ley; para ello será necesario que se presente un plan de viabilidad y el juez ha de autorizar expresa y motivadamente la superación de estos límites (art. 104.2).

Un sector importante de la doctrina ha criticado que el legislador establezca supuestos en los cuales el concursado no puede presentar convenio anticipado; estas prohibiciones deben vincularse a la desconfianza que respecto del cumplimiento del convenio puedan presentar algunos deudores. Los autores que critican estas limitaciones advierten que deben ser los propios acreedores los que, con sus adhesiones o votos, han de expresar su confianza en el concurso y, por otra parte, la concurrencia de alguna de las causas de prohibición no siempre será posible conocerla al presentarse este tipo de convenio, lo que determina cierto grado de inseguridad en la tramitación de la propuesta anticipada de convenio, que lleva incluso (art. 105.2) a que admitida inicialmente una propuesta anticipada de convenio pueda verse declarada sin efecto por el juez. Las causas de prohibición para el concursado son las siguientes:

- Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona

jurídica, se dará esta causa si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.

- Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de cuentas anuales.

La comprobación de las adhesiones se regula en el artículo 109, realizando el cómputo el juez una vez ha finalizado el plazo para impugnar el informe y, en su caso, revocar las adhesiones. La mayoría necesaria para la aprobación es la misma que para el resto de convenios, es decir, al menos 1/2 del pasivo ordinario salvo los supuestos especiales previstos en el artículo 125. El juez proclama el resultado de las adhesiones por medio de providencia, abriéndose el plazo para la oposición al convenio; si no hay oposición al convenio o las impugnaciones al mismo resultan rechazadas, el juez dictará sentencia aprobando el convenio sin apertura de la fase de convenio.

Si la propuesta de convenio anticipada no es admitida o aprobada, el juez requerirá al deudor –3 días– para que manifieste si mantiene la propuesta anticipada para sometimiento a la junta de acreedores o si desea solicitar la liquidación. En principio, los acreedores que se hubieran adherido a este convenio frustrado se les tendrá por presentes y se considerará favorable su voto, salvo que se revocara la adhesión.

- **Acreedores.** El único límite que tienen es que el concursado no haya solicitado la liquidación; en este punto debe advertirse que, si el concursado no acepta el convenio que presenten uno de los acreedores, el artículo 142.1.4.º le permite solicitar la liquidación en plazo de 5 días.

Los acreedores pueden presentar las propuestas de convenio en dos momentos distintos:

- Antes de la apertura de la fase de convenio. Desde que finaliza el plazo de comunicación de créditos hasta que finaliza el plazo de impugnación del inventario y la lista de acreedores.
- Una vez abierta la fase de convenio. Desde la apertura hasta 40 días antes de la celebración de la junta de acreedores.

La evaluación del convenio por la administración judicial (arts. 107 y 115)

El primer control de legalidad lo realiza el juez al admitir a trámite el convenio; tras este primer análisis se da traslado a la administración concursal (10 días) para que emita un informe en función del plan de pagos y del plan de viabilidad que acompañe al convenio. Este informe no vincula al juez y, en este sentido, puede ocurrir que informes evaluados negativamente o con reservas sin embargo se sometan al criterio de la junta de acreedores.

La evaluación debe dar lugar a un informe favorable, favorable con reservas o desfavorable; se asemeja por lo tanto a la labor del auditor.

El convenio con el correspondiente informe de evaluación deben quedar de manifiesto en secretaría hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a la junta.

Las adhesiones escritas al convenio

Al objeto de evitar el desplazamiento físico de los acreedores al juzgado para la junta de aprobación de convenio, la Ley Concursal habilita tanto para el convenio anticipado como para el convenio normal la posibilidad de que las adhesiones al convenio se produzcan bien por comparecencia ante notario bien ante el secretario del Juzgado Mercantil. Se plantea el problema de las adhesiones que pudieran formularse en otros juzgados; en principio, la ley exige que la adhesión se realice ante el juzgado que tramita el procedimiento, fundamentalmente porque dicho acto de adhesión requiere constatar que el acreedor conoce el convenio y asume su contenido; sin embargo, por razones de economía procesal podría habilitarse algún mecanismo que permitiera la adhesión efectuada ante otro juzgado, siempre y cuando se constatará que el acreedor tiene acceso al convenio.

Las adhesiones escritas son imprescindibles para poder admitir a trámite la propuesta anticipada (1/5 del pasivo presentado por el deudor conforme al artículo 106), ya que sin ellas no se puede admitir a trámite el convenio.

Las adhesiones escritas se prevén respecto de todo tipo de convenio y como norma general deben considerarse irrevocables (art. 110.2), lo que determina que previa la adhesión es necesario constatar que el acreedor conoce con detalle la propuesta de convenio y la acepta en toda su extensión; también será necesario identificar correctamente al acreedor, el crédito que ostenta y, caso de ostentar varios créditos el alcance de su voto (art. 123.3).

La adhesión obtenida por escrito se computará a efectos del quórum de asistencia y del referido a la votación; sólo podrá ser revocado el voto emitido ya por escrito si el acreedor asiste a la junta y emita el voto en el sentido que considere oportuno o si antes de la celebración de la junta conste de modo inequívoco su revocación (art. 110.2).

Convocatoria y celebración de la junta de acreedores

No establece la ley con claridad si la junta de acreedores la convoca el juzgado o sí, por el contrario, deben ser los administradores concursales; en este sentido, el artículo 111.2 es bastante ambiguo; sin embargo hay argumentos para considerar que el legislador ha querido que la convocatoria la asuman los administradores del concurso y así el redactado literal del artículo 111.2 de la ley indica que el juez ordenará convocar, luego la convocatoria no está direc-

tamente atribuida al juez; por otra parte, la ley traslada a la administración concursal tanto la comunicación a los acreedores del inicio del procedimiento como la calificación de los créditos. En cualquier caso, la convocatoria a la junta, dada su trascendencia, requiere, por una parte, la publicidad edictal ya prevista para la declaración del concurso y, por otra, que la convocatoria de los acreedores tenga constancia suficiente, lo que determinará que haya de utilizarse el correo certificado con acuse de recibo o el burofax.

En la convocatoria debe indicarse el lugar y la hora de celebración y es conveniente hacer mención a las exigencias legales en cuanto a la acreditación de los acreedores y, en su caso, las limitaciones del derecho a voto. En función del número de acreedores previsto, la junta podrá celebrarse en dependencias judiciales o en otras más amplias destinadas a tal efecto.

- **Constitución.** Tanto para el quórum de constitución como para el de votación debe tenerse en cuenta como asistentes y votantes a los acreedores que se hubieran adherido al convenio ante notario o en la secretaría del juzgado y no hubieran revocado su voto, también se les tiene por presentes a efectos de quórum a los acreedores que hubieran firmado alguna de las propuestas de convenio.

El artículo 116 fija la presidencia de la junta en la persona del juez; sólo excepcionalmente el juez podrá designar a un miembro de la administración concursal para que la presida. El secretario de la junta será el secretario judicial del juzgado y la junta se entenderá válidamente constituida con la presencia o cómputo de acreedores que titulen créditos por importe de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso. Se trasladan a la Ley Concursal las innovaciones de la LEC en cuanto a la necesidad de grabar la junta y la elaboración del listado de asistentes.

Tienen deber de asistencia:

- Los miembros de la administración concursal. Si no acuden pierden el derecho a la remuneración fijada y han de devolver lo percibido. Su no asistencia no determina por sí misma la suspensión de la junta.
- El concursado. Personalmente o por medio de apoderado con facultades para negociar y aceptar convenio, pueden asistir acompañados de letrado. La ley no establece sanción para la inasistencia.

Tienen derecho a asistir:

Los acreedores que figuren en los textos definitivos del informe. Pueden acudir personalmente o por medio de apoderado. Se les reconoce (art. 120) derecho de información.

- No pueden ser apoderados ni el concursado ni las personas especialmente relacionadas con él.
- Una misma persona puede representar a varios acreedores.

- El procurador sólo puede representar si tiene expresamente reconocida esta facultad. Comprende intervención y voto.
- La Administración pública vendrá representada por quien le corresponda conforme a la legislación aplicable.

El artículo 121 establece que el presidente decide sobre la validez de los apoderamientos, la acreditación de los comparecidos y cualquier otro extremo que resulte controvertido.

- Quórum (art. 124). Regla general. Es necesario el voto favorable de al menos 1/2 del pasivo ordinario del concurso. Se considerarán incluidos en el pasivo ordinario los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta.

Convenio anticipado. Adhesión de al menos 1/2 del pasivo ordinario.

Quórum de aprobación menos riguroso. Voto a favor de una porción del pasivo ordinario que sea superior a la que vote en contra cuando:

- Las esperas de los créditos ordinarios no sean superiores a 3 años.
- Las quitas inferiores al 20%.

Respecto de las adhesiones presentadas por escrito anteriores al informe definitivo debe advertirse que la administración concursal ha de tener en cuenta la calificación definitiva de dichos créditos al objeto de determinar la incidencia de la adhesión en la formación de quórum y mayorías.

- El desarrollo de la junta. Los acreedores asistentes pueden solicitar las aclaraciones necesarias a la administración concursal; el redactado del artículo 120 extiende ese derecho de información no sólo al convenio sino a cualquier actuación de la administración concursal. Lógicamente también podrán pedirse todas las informaciones necesarias para consolidar la opinión que permita el voto; aunque el texto de la ley no lo recoge expresamente esta información sobre el convenio podrá dirigirse también al proponente del convenio e incluso al concursado. Será el presidente de la junta el que establezca el modo de desarrollarse en la práctica este derecho de información.

La deliberación se regula en el artículo 121: el secretario judicial es el encargado de exponer la/s propuesta/propuestas que hayan sido admitidas y la identidad de los proponentes. Se delibera y vota en primer lugar la propuesta del concursado y, si no fuese aceptada, la propuesta de los acreedores por orden de las cuantías (de mayor a menor). Aprobada una de las propuestas, no procede deliberar sobre las restantes.

Para la toma de razón se permite limitar a tres palabras por opción de voto.

La ley permite la grabación de la junta, lo que no evita que haya de levantarse acta escrita confeccionada por el secretario judicial (art. 126) que sólo será firmada por el secretario.

- Votación. La votación es nominal; hay que tener en cuenta que, al llamar a los acreedores, debe controlarse aquellos que se hubieran adherido ya por escrito ya que pueden cambiar el sentido de su voto durante el desarrollo

Nota

Tratamiento de los acreedores privilegiados (art. 123). La mera asistencia a junta no afecta a sus créditos, salvo que voten a favor, no constituyen quórum ni se someten a los resultados de la junta. Puede votar a favor del convenio y mantener el privilegio si así lo recoge el convenio. Si el acreedor tiene crédito ordinario y privilegiado el voto sólo afectará al privilegio si así lo manifestará expresamente en la votación.

de la junta. Antes de concluir la votación han de computarse los votos de los acreedores que se hubieran adherido por escrito y no hubieran acudido a la junta o no hubieran modificado el sentido de su voto.

No pueden votar:

- Los titulares de créditos subordinados.
- Los acreedores que hubieran adquirido su crédito por acto intervivos después de la declaración del concurso, salvo que hubiera tenido lugar por un título universal (herencia) o como consecuencia de una ejecución forzosa.

En el desarrollo de la votación deben tenerse en cuenta las especialidades de voto (art. 125) respecto de aquellos convenios que recojan características especiales para algunos acreedores, ya que estos convenios requieren que las mayorías se observen no sólo respecto de la totalidad de los acreedores, sino también respecto de aquellos afectados por la especialidad.

El convenio no se aprueba en el acto de la junta, únicamente se proclama el resultado elevando el acta al juez pues, a partir de la celebración de la junta, se abre el plazo para la posible impugnación.

- Aprobación judicial (art. 128). El plazo para oponerse al convenio es de 10 días computables a partir de la fecha en la que el juez haya verificado las adhesiones –si es convenio anticipado– o desde la fecha de celebración de la junta.

Están legitimados para impugnar el convenio:

- La administración concursal.
- Los acreedores no asistentes.
- Los que hubieran sido ilegítimamente privados de voto.
- Los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio o, caso de propuesta anticipada, los que no se hubieran adherido a ella. Al igual que sucede en la impugnación de acuerdos sociales, los legitimados para impugnar han de denunciar las infracciones formales vinculadas a la convocatoria, constitución o celebración de la junta.
- Debe advertirse que el concursado que no hubiera formulado propuesta de convenio ni hubiese prestado su conformidad con la presentada por tercero está legitimado no sólo para impugnar el convenio sino incluso para solicitar la liquidación.

Motivos de oposición tasados por la ley:

- Infracción de las normas que la Ley establece sobre el contenido del convenio.
- Por la forma y contenido de las adhesiones. Siempre que la adhesión o voto haya sido decisivo para la aprobación del convenio. Al abordar el contenido del voto o de la adhesión, la ley expresamente advierte de la necesidad de evitar maniobras que afecten a la paridad de trato de los acreedores ordinarios.

- Por defectos en la constitución o desarrollo de la junta.
- Se incluye un motivo específico, únicamente esgrimible por los administradores del concurso o los acreedores que, de modo individual o colectivo, representen al menos un 5% del pasivo ordinario. Cabe oponerse en estos supuestos por inviabilidad objetiva del convenio, causa de oposición que obligará a acreditar, de modo también objetivo, dicha inviabilidad.

La oposición se tramita por el cauce del incidente concursal, el artículo 129.4 permite al juez adoptar las cautelas necesarias para evitar que la tramitación de la oposición por sí misma pueda comprometer el cumplimiento futuro del convenio; la ley permite incluso acordar el inicio del cumplimiento bajo condiciones provisionales.

La sentencia aprueba o rechaza el convenio aceptado, pero no puede modificar su contenido aunque sí puede fijar su correcta interpretación si fuera necesario para resolver la oposición formulada. Contra la sentencia, cabe recurso de apelación. Sea cual sea el sentido de la sentencia, el artículo 132 remite a los artículos 23 y 24 en cuanto al régimen de publicidad de esta resolución.

Si la oposición tiene su base en infracciones legales en la constitución de la junta o en su celebración, se debe convocar nueva junta con todas las formalidades legales donde se votará el convenio inicialmente aprobado y, si finalmente fuera rechazado, las demás admitidas a trámite.

Si no se formula oposición o si la oposición es finalmente rechazada, el juez dictará sentencia aprobando el convenio. El artículo 131 permite al juez, en todo caso, rechazar de oficio el convenio que haya obtenido adhesiones suficientes o que haya sido aceptado por la junta si aprecia infracciones legales. Estas facultades le permiten tanto el rechazo como un posible plazo de subsanación –un mes– o la nueva convocatoria. La interpretación más razonable de este precepto es la que vincula estas facultades del juez, única y exclusivamente, al control de las formalidades del convenio y la convocatoria de junta, no parece razonable que se amplíe esta actuación de oficio al control de viabilidad.

Fiscalización del convenio

Tal y como se ha analizado en los epígrafes anteriores, el convenio se somete a fiscalización en tres momentos distintos:

- Cuando se presenta. El control lo realiza en primera instancia el juez, que comprueba que la propuesta cumple con las formalidades y el contenido

legal; en segundo lugar lo realizan los administradores del concurso por medio del trámite de evaluación.

- El segundo momento de control es el derivado de la propia junta, ejercido por los acreedores por medio del voto o adhesión, pero también por parte del concursado –que puede oponerse al convenio y anunciar su voluntad de liquidar.
- Finalmente, en el trámite de oposición al convenio hay un nuevo control, tanto de las formalidades del trámite de convenio como de su propio contenido al permitir tanto a la administración como a un 5% de los acreedores cuestionar las posibilidades de cumplimiento.

Características de la fiscalización del convenio:

- Legalidad formal. Comprende tanto las formalidades del convenio como su contenido material (art. 100), así como los requisitos de convocatoria de junta y la forma en la que se han realizado las votaciones y el cómputo de éstas.
- Viabilidad. Comprende las garantías para que el convenio efectivamente se cumpla; para ello, el proponente ha de aportar plan de pagos y de viabilidad en los términos previstos en el artículo 100 y los administradores concursales han de evaluar las posibilidades de que el convenio pueda cumplirse. En este punto la ley nada dice sobre la incidencia de los créditos contra la masa en el cumplimiento del convenio, créditos contra la masa que, si se vinculan a la continuidad de la actividad empresarial (pago de impuestos, retenciones, salarios, arrendamientos y pagos aplazados e incluso ERE) pueden suponer una carga importante que, en todo caso, ha de pagarse en su integridad antes de proceder a cumplir el convenio (art. 154), por eso en el trámite de evaluación debe tenerse en cuenta el modo en el que se satisfarán estos créditos.

Cumplimiento del convenio

No establece la Ley Concursal normativa específica sobre el seguimiento del cumplimiento del convenio; los administradores concursales cesan en su actividad y, salvo que el propio convenio prevea mecanismos de control, el juzgado no puede fijar de oficio otros controles que los que prevé el artículo 138, información semestral efectuada por el propio deudor.

El deudor, una vez estime que ha cumplido íntegramente el convenio (art. 139) presentará al juez la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento. El trámite es el siguiente:

- Presentación de la solicitud ante el juzgado. Escrito de solicitud e informe.

- Queda el escrito y el informe de manifiesto en la secretaría del juzgado. 15 días.
- El juez si estima cumplido el convenio dicta auto en esos términos con la correspondientes.
- Firme el auto de cumplimiento y caducadas las acciones de declaración de incumplimiento o rechazadas las pretensiones de incumplimiento, el juez dictará auto de conclusión del concurso.

La tramitación escrita del convenio

En concursos en los que hubiera más de 300 acreedores, la reforma de la Ley Concursal de marzo del 2009 permite la tramitación escrita del convenio, de modo que acordada expresamente por el juez que fijará que las adhesiones deben llegar al juzgado dentro de los 90 días posteriores a la apertura de la fase de convenio. El deudor tiene que presentar la propuesta de convenio 60 días antes de la fecha fijada para la presentación de adhesiones. Con la reforma de la ley se permite que el voto escrito sea favorable al convenio, es decir, se compute como una adhesión o contrato a la propuesta.

Incumplimiento del convenio y apertura de la fase de liquidación

La declaración de incumplimiento del convenio la puede reclamar cualquier acreedor (art. 140). El plazo para el ejercicio de esta pretensión se inicia desde que se produzca el incumplimiento y caduca a los dos meses desde la última de las publicaciones del auto de cumplimiento (art. 139.2).

El trámite es el del incidente concursal y contra la sentencia que se dicte cabe recurso de apelación.

Declarado el incumplimiento, éste queda rescindido, desaparecen sus efectos y se abre la fase de liquidación.

2.1.2. Aspectos materiales del convenio

Contenido del convenio

El contenido del convenio aparece regulado en el artículo 100, un precepto largo y de contenido más complejo de lo que pudiera parecer en una primera lectura. El contenido se mueve dentro de las premisas básicas del procedimiento concursal que se pueden combinar:

- Quitas. Que en ningún caso pueden exceder del 50% de cada uno de los créditos.
- Esperas. Que no pueden exceder de cinco años.

Sólo cuando la empresa pueda tener especial trascendencia para la economía –sin definir el ámbito territorial– se podrán presentar convenios que superen los límites anteriores, siempre y cuando se acompañe:

- Plan de viabilidad.
- Informe de la administración económica competente.

Tras la reforma del RDL 3/2009, en empresas que tengan interés para la economía ya no será necesaria la certificación de la autoridad económica competente para superar los límites de quitas y esperas antes indicados. Bastará con que se solicite al juez y corresponderá a éste motivar si permite superar o no los límites sin necesidad de informe administrativo alguno. La decisión pasa a ser exclusivamente judicial.

El convenio debe ir acompañado necesariamente de un plan de pagos; además, debe aportarse un plan de viabilidad si se prevé contar con los recursos que genere la continuidad total o parcial de la actividad; (art. 100.5).

En principio la ley considera que el convenio es el vehículo adecuado para garantizar la continuidad de la actividad empresarial; por eso expresamente prohíbe:

- La cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para el pago de los créditos.
- Cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para la satisfacción de las deudas.
- Cualquier pacto que suponga alterar la cuantía o calificación de un crédito.

Sin embargo, sí que se permite:

- La enajenación de bienes o derechos determinados. Vinculados al plan de pagos.
- La enajenación del conjunto de bienes o derechos del concursado o de unidades productivas determinadas afectos a su actividad empresarial a favor de una persona física o jurídica determinada. En estos casos, el adquirente debe asumir.
 - La continuidad de la actividad empresarial (ha de oírse a los representantes de los trabajadores).
 - La asunción de los créditos de los acreedores en los términos reflejados en el convenio.

Tipos de convenio

Junto con la distinción tradicional entre convenios con quitas o convenios con esperas, incluso la combinación de ambas posibilidades la ley abre un complejo abanico de posibilidades:

- Convenios con proposiciones alternativas.
 - Para todos los acreedores.

 - Para los acreedores de una o varias clases.

En estos convenios (art. 102) deberán establecerse los términos en los que se ejercitará esta facultad; el plazo para el ejercicio no puede ser superior a los 10 días.

Se puede incluir como oferta la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos.

- Convenios de enajenación total o parcial de unidades productivas con compromiso de continuidad.

- Posibilidades de fusión o escisión de la concursada.

Como norma general (art. 101) las propuestas condicionadas se consideran no presentadas salvo que se trate de concursos declarados conjuntamente o cuya tramitación se haya acumulado. Cabe establecer condiciones vinculadas a la aprobación de los convenios de los procedimientos acumulados.

El convenio puede establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades del concursado (art. 137) que, incluso, pueden tener acceso a los correspondientes registros públicos.

Efectos de la aprobación del convenio (art. 133 a 137)

- El procedimiento concursal
El convenio adquiere eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que fuera recurrida. En todo caso, el juez puede decidir medidas que garanticen el cumplimiento del convenio e incluso la ejecución condicionada.
Desde la eficacia del convenio se alzan los efectos del concurso, salvo los expresamente referidos en el convenio (art. 137).
Cesarán los administradores concursales, que habrán de rendir cuentas.

- En los créditos y obligaciones el convenio vincula:
 - Al deudor.

 - A los acreedores ordinarios y subordinados respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso.

- Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados si han votado a favor o se han adherido. Pueden vincularse al convenio si se adhieren antes de la declaración judicial de cumplimiento.
- Los acreedores que no hubieran votado a favor mantienen sus facultades de reclamar a terceros responsables de la deuda (fiadores, avalistas o deudores solidarios).

Eficacia novatoria del convenio respecto de los acreedores privilegiados que hubieran votado a favor, los ordinarios y los subordinados que quedarán extinguidos en la parte que afecte a la quita o aplazados en los términos pactados en la espera. Debe tenerse en cuenta que, si se incumple el convenio, desaparece esa eficacia novatoria (art. 140.4).

2.2. La liquidación

2.2.1. Definición (arts. 142 a 162)

En la Exposición de Motivos de la ley se conjugan dos principios inspiradores del proceso concursal:

- El pago a los acreedores de un modo ordenado. La garantía del principio de *par conditio creditorum*.
- La búsqueda de la continuidad de la actividad empresarial. A diferencia de otras legislaciones, en la nueva Ley Concursal el juez no puede imponer soluciones de continuidad de la actividad empresarial sobre la voluntad del deudor de liquidar su patrimonio.

La voluntad del concursado va a ser fundamental para determinar la conclusión del procedimiento bien acudiendo a un convenio –que no puede ser liquidar la actividad empresarial del deudor–, bien acudiendo a las fórmulas de liquidación que prevé la propia ley en el capítulo citado.

2.2.2. Inicio del proceso de liquidación

Como ya se ha indicado, el respeto de la autonomía de la voluntad determina que el deudor pueda, incluso desde el momento en el que inicia el procedimiento concursal, solicitar o, por lo menos, anunciar su voluntad de liquidar su patrimonio para hacer frente al pago de las deudas. Los artículos 142 y 143 establecen los supuestos en los que se inicia la fase de liquidación que puede ser:

- A petición voluntaria del deudor.
- A petición obligatoria del deudor.
- A petición de los acreedores.

- De oficio por el juez.

En cualquiera de los casos, la ley establece que, a la resolución en la que se acuerde la apertura de la fase de liquidación, debe darse la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 para el auto de declaración del concurso.

A petición voluntaria del deudor

- Al solicitar el concurso. El artículo 142 remite, necesariamente, al artículo 6.4 de la ley, en la medida en la que dicho artículo exige que el deudor que pide desde el inicio del procedimiento la liquidación tiene que aportar un plan de liquidación, bajo la sanción de que si no aporta dicho plan y no subsana la omisión o da justa causa de la misma, el juez podrá incluso, al amparo del artículo 14.2, desestimar la solicitud. No puede olvidarse que el artículo 21 de la ley exige que el juez recoja en el auto de declaración del concurso si el deudor ha solicitado la liquidación (párrafo 1.1.º).
- Dictado el auto de declaración de concurso, el deudor, y antes de abrirse formalmente la fase de convenio o de liquidación, puede reclamar la liquidación:
 - El deudor no tiene que haber presentado propuesta anticipada de convenio o, si la ha presentado, ésta tiene que haber resultado inadmitida.
 - Desde la declaración del concurso hasta que concluya el plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores (art. 96). En este punto hay que considerar que la ley establece un plazo de 2 meses (art. 74) prorrogables por un mes más para que los administradores del concurso presenten su informe con el inventario y la lista de acreedores, plazo que se inicia una vez hayan aceptado dos de los administradores. El plazo para impugnar el inventario es de 10 días desde que se comunicara el acuerdo a los acreedores afectados.
 - Si se ha impugnado la lista de acreedores o el inventario, se establece que el deudor puede pedir la liquidación hasta la fecha en la que se pongan de manifiesto en secretaría los "textos definitivos", es decir, desde que se hayan incluido en las listas las modificaciones derivadas de los incidentes de impugnación (art. 96.4). De este modo la ley permite al deudor esperar a conocer el informe de los administradores concursales y ver si el panorama dibujado en su solicitud coincide con la visión que los administradores dan de la situación.
- Si no hubiera propuesta de convenio. El artículo 110 de la ley establece que, si resulta inadmitida a trámite, el juez debe conceder 3 días al concursado para que indique si mantiene la propuesta de convenio o si desea solicitar la liquidación.
- Abierta la fase de convenio, el deudor puede reclamar la liquidación aunque los acreedores hayan presentado una propuesta de convenio que deesen someter a la junta:

- La ley concede al deudor el plazo de 5 días para reclamar la liquidación desde que se le da vista de la propuesta de convenio (art. 113.1).
- Para poder reclamar la liquidación, el deudor no tiene que haber mantenido la propuesta anticipada de convenio o no ha de haber presentado una propuesta ordinaria de convenio.
- Aprobado el convenio propuesto por los acreedores, el artículo 128.3 de la ley establece que el concursado, en el plazo concedido para la oposición, puede solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando ni hubiese formulado propuesta de convenio aceptada por el juez o no hubiese prestado su conformidad a la presentada por los acreedores.

Cuando en cualquiera de estos supuestos el deudor solicite la apertura de la fase de liquidación, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación. Es decir, conforme al régimen examinado será posible:

- El paso de la fase inicial a la fase de liquidación sin fase de convenio.
- La apertura formal de la fase de convenio y su cierre con o sin debate sobre el mismo.

Deber del deudor de reclamar la apertura de la fase de liquidación

Cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a aquel. Este conocimiento y reconocimiento determina que el juez dicte auto abriendo la fase de liquidación sin necesidad de acudir al incidente de incumplimiento del convenio.

A petición de los acreedores

La ley no permite a los acreedores pedir la liquidación de modo automático y directo desde el inicio del procedimiento; únicamente se prevé esa posibilidad como consecuencia de la concurrencia de algún supuesto concursal durante la vigencia del convenio.

Sin embargo, a nadie se le escapa que los acreedores pueden provocar la apertura de la fase de liquidación no presentando propuestas de convenio, no acudiendo a la junta y, con ello, obstaculizando los quórum y mayorías necesarias para la aprobación del convenio, o bien votando en contra del convenio; incluso la ley permite a los acreedores que sean titulares de al menos un 5% de los créditos ordinarios oponerse a la aprobación del convenio por considerar que su cumplimiento resulta objetivamente inviable (art. 128.2 de la ley).

Debe tenerse en cuenta que el supuesto previsto en el artículo 142.4 de la ley no se vincula al incumplimiento del convenio. Si el deudor considera que el convenio se ha incumplido, debe acudir al incidente de incumplimiento del artículo 140 que da lugar a una sentencia en la que, si se rescinde el convenio, la apertura la adopta el juez de oficio.

La previsión del artículo 142.4 es que, durante el cumplimiento del convenio, concurra alguno de los supuestos para fundamentar una declaración de concurso conforme al artículo 2.4 de la ley, es decir:

- Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. En realidad, esta sería una causa de incumplimiento del convenio.
- Existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten, de una manera general, al patrimonio del deudor. En este caso, debe tratarse de nuevos embargos vinculados a obligaciones posteriores o que no se vieran afectadas por el convenio.
- Alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de los bienes del deudor. En la medida en la que la aprobación del convenio permite al deudor recuperar su capacidad de obrar y su patrimonio, podría alzarse o disponer de modo ruinoso o apresurado de sus bienes.
- El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de estas clases:
 - Obligaciones tributarias. En este caso, los tres meses deben ser anteriores a la presentación de la solicitud de liquidación por el acreedor.
 - Pago de las cuotas de la Seguridad Social o de los demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo.
 - Pago de salarios, indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

En este caso, la ley no establece un sistema inmediato de apertura de la fase de liquidación, sino que remite a un incidente (arts. 15 y 19) contradictorio que prevé incluso la celebración de una vista con la correspondiente fase de prueba. En definitiva, se establecen muchas barreras de protección para evitar que los acreedores puedan instar de modo directo la liquidación garantizando, en cualquier caso, la posibilidad de oposición del concursado. En este punto, debe tenerse en cuenta que salvo que el convenio prevea algún órgano de seguimiento del cumplimiento del convenio, el juzgado no va a poder contar con las alegaciones o informes de los administradores concursales dado que los mismos habrán cesado (art. 133.2.2) y no reanudan su actividad hasta que el juez dicta el auto acordando la liquidación (art. 145.1.2).

Apertura de oficio de la liquidación

- Por no haberse presentado en el plazo legal propuestas de convenio (hasta 40 días antes de la fecha señalada en el auto de apertura de la fase de convenio para la celebración de la junta de acreedores). O por no haber

sido admitida a trámite ninguna de las propuestas presentadas. El auto de apertura de la fase de liquidación se dicta de modo automático.

- Por no haber aceptado la junta de acreedores ninguna de las propuestas de convenio. El auto de apertura de la fase de liquidación también se dicta de modo de automático.
- Por haber rechazado el juez por resolución firme un convenio aceptado en junta de acreedores sin que proceda acordar nueva convocatoria. Este supuesto se vincula a lo previsto en el artículo 131 que permite al juez de oficio rechazar el convenio aceptado, incluso aunque no haya oposición de los acreedores si aprecia que se ha infringido alguna de las normas de la ley sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones o sobre la constitución de la junta o de su celebración.
- Haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez. la ley hace referencia al recurso contra la sentencia dictada aprobando el convenio (art. 133 en relación con el 197.4). La apertura de la fase de liquidación se acuerda en la resolución que motiva la misma.
- Haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio o la nulidad del mismo (art. 140). Esta misma resolución acuerda la apertura de la fase de convenio.

2.2.3. La liquidación anticipada

El deudor podrá presentar una propuesta anticipada de liquidación para la realización de la masa activa hasta los 15 días siguientes a la presentación del informe previsto en el artículo 75.

El juez dará traslado de la propuesta anticipada de liquidación a la administración concursal para que, proceda a su evaluación o formule propuestas de modificación. El escrito de evaluación o modificación emitido antes de la presentación del informe de la administración concursal se unirá a éste, conforme al apartado 2 del artículo 75.

Si la propuesta anticipada de liquidación se presentara después de emitido el informe, el juez dará traslado de ella a la administración concursal para que en un plazo no superior a los 10 días, proceda a su evaluación o propuesta de modificación. Este escrito y la propuesta anticipada de liquidación se notificarán en la forma prevista en el apartado segundo del artículo 95.

Las partes personadas y demás interesados podrán formular observaciones a la propuesta anticipada de liquidación en el plazo y condiciones establecidas en el apartado primero del artículo 96.

El juez, a la vista de las observaciones o propuestas formuladas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 149 y los intereses del concurso, resolverá mediante auto rechazar o aprobar la liquidación anticipada, bien en los términos propuestos, bien introduciendo modificaciones en la misma. El auto que

apruebe el plan de liquidación acordará la apertura de la fase de liquidación, a la que se dará la publicidad prevista en el artículo 144; se producirán los efectos propios de la misma y se dejarán sin efecto las propuestas de convenio que hubieran sido admitidas. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación con los efectos previstos en el artículo 98.

El pago a los acreedores se efectuará en los términos de lo establecido en la sección IV del capítulo II del título V de esta ley. El juez podrá autorizar el pago de los créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación.

2.2.4. Los efectos de la apertura de la fase de liquidación

- Efectos sobre el concursado. Conforme establece el artículo 145, el concursado durante la fase de liquidación será suspendido del ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio. Debe tenerse en cuenta que el artículo 21.1.2.º de la ley, al hablar del auto de declaración del concurso, establece que el juez fijará en dicho auto las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, precepto que remite directamente al artículo 40 de la propia ley en el cual que recogen los supuestos y circunstancias en los que el juez puede acordar "la intervención" de las facultades patrimoniales del concursado o la "suspensión" de esas facultades; en el primer caso, los administradores del concursado complementan la actividad del concursado –que no queda inhabilitado–, mientras que en el segundo caso sustituyen al concursado respecto de las decisiones que afecten a su patrimonio.

Cuando el concursado reclame, desde el primer momento, la liquidación seguramente los jueces decidirán suspender sus facultades anticipando con ello los efectos que la ley prevé expresamente para la fase de calificación. Cuando el concursado reclame la liquidación con posterioridad, el juez puede –al amparo del artículo 40.4 de la ley– modificar sus decisiones respecto de las facultades patrimoniales del deudor ajustándolas al desarrollo del proceso concursal.

El segundo de los efectos previstos en el artículo 145 es el de reponer en su cargo a los administradores concursales cuando la fase de liquidación se abra tras la aprobación de un convenio en el que se hubiera acordado el cese de los administradores. Esta reposición o reanudación de la actividad de los administradores del concurso que, desde un punto de vista teórico, no plantea grandes problemas, sin embargo puede plantear problemas prácticos como son los referidos a la posibilidad de que el administrador no pueda o no quiera asumir sus funciones en esa fase de liquidación dado el tiempo transcurrido, su nombramiento para otros concursos o incluso una falta de interés. Tal y como aparece redactado el artículo 145.1.2, parece como si la reposición fuera automática y el administrador de modo imperativo haya de reasumir sus funciones; este automatismo determina

que cualquier incidencia, renuncia o remoción deba sujetarse a las normas generales y al estatuto del administrador establecido en el título II de la ley. Hay en el artículo 147 una remisión genérica al título III de la ley –dedicado a los efectos de la declaración de concurso–, lo que permite en esta fase de liquidación la aplicación de todas las normas específicas de los efectos del concurso que no se opongan a las específicamente recogidas en la liquidación.

Se recogen dos menciones específicas respecto de los efectos en el artículo 145.2 y 3:

- Cuando se trate de **personas naturales**, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa. No debe olvidarse que es el artículo 47 de la ley el que recoge y articula el derecho de alimentos. El cese de alimentos al que se refiere este artículo 145.2 es al que le corresponde al concursado respecto de la masa, pero no al derecho de alimentos que corresponda prestar al concursado respecto de terceros –normalmente vinculado a procedimientos de familia–, que sigue sometido al artículo 47. No establece el artículo 145 el modo en que el concursado hará frente a sus propios alimentos dado que si ve suspendida su capacidad patrimonial y no tiene derecho alguno a alimentos, no se adivinan mecanismos legales para hacer frente a sus necesidades.

 - Si el concursado es una **persona jurídica**, la resolución judicial acordando la apertura de la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución –si no hubiera sido acordada– y, en cualquier caso, el cese de los órganos de la entidad mercantil –administradores o liquidadores– y su sustitución por los administradores concursales.
- Efectos sobre los créditos concursales. Reiterando lo que aparece reflejado en el artículo 147, el 146 indica que se aplicarán a los créditos concursales las normas sobre los efectos del concurso previstos en el capítulo II del título III de la ley dedicado a los efectos sobre los acreedores, en el que se hace referencia a la integración de los acreedores en la masa pasiva y los efectos del concurso sobre las acciones individuales y sobre los créditos en particular.

 - Como efectos específicos, se recoge:
 - El vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados.

 - La conversión en dinero de aquellos créditos que consistan en otras prestaciones. En la medida en la que la Ley Concursal no fija el procedimiento para liquidar estos créditos, debe acudirse a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la determinación de esa conversión.

2.2.5. Las fases procesales de la liquidación

Presentación del plan

La ley establece que el plazo que tienen los administradores concursales para presentar este plan es de 15 días computable a partir del día de la notificación de la resolución de apertura a dichos administradores. El plazo puede prorrogarse durante 15 días más atendiendo a la complejidad del concurso. Debe tenerse en cuenta que, cuando el concursado solicita desde el inicio la liquidación, ha de aportar junto a la solicitud de concurso un plan de liquidación.

El plan de liquidación se define por el propio artículo 148 como una propuesta de realización de bienes y derechos integrados en la masa activa buscando, como primer objetivo, la realización unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios del concursado o de alguno de ellos. En la liquidación –al igual que en el convenio tal y como se deriva del artículo 100– se busca que las enajenaciones puedan obtener un rendimiento razonable y, por ello, propugna la venta no de elementos separados sino de la empresa en su totalidad o de unidades operativas de ella. En el caso del convenio, la enajenación de estas unidades debe garantizar la continuidad de la actividad y la asunción del pasivo; en el caso de la liquidación se impone una obligación similar de existencia de sucesión de empresas en el artículo 149.2 de la ley.

Lo lógico es pensar que, en ese plan de liquidación, se establezca:

- El patrimonio o masa activa existente. Revisando los informes y documentos que sin duda constaran de la fase anterior a la liquidación.
- La formación de lotes enajenables.
- Una valoración aproximada de esos lotes o unidades.
- El modo de enajenarse, conforme a lo establecido en el artículo 149. En este punto se ha planteado ya el problema de si el plan de liquidación puede establecer un sistema de adjudicaciones directas o de ventas no judiciales; en este punto la ley no es clara ya que, por una parte, considera que el mecanismo de mayores garantías es la subasta, artículo 149; sin embargo, la LEC 2000 ha establecido un sistema alternativo a la subasta –artículos 640 y 641 de la LEC– que flexibilizaría el sistema y permitiría soluciones alternativas.

Evaluación

Se articula un mecanismo contradictorio de ese plan de liquidación que presentan los administradores concursales:

- El plan queda en la secretaría del juzgado o en los lugares que a tal efecto de designen –por ejemplo, en el domicilio social de la empresa– al objeto de que los acreedores y el concursado puedan disponer o conocer el mismo. La ley no establece un sistema claro de publicidad del pago dado que el anuncio de la existencia del plan queda sometido a la forma que el juez considere conveniente.
- En las empresas en las que haya trabajadores la Ley prevé expresamente la necesidad de que informen los representantes de los trabajadores (art. 148.3) sometiendo estos trámites a lo previsto en el párrafo 2, que se examina a continuación. Se establece la necesidad de respetar –antes de la aprobación del plan– los trámites del artículo 64 cuando el plan de liquidación lleve aparejada la extinción o suspensión de los contratos laborales o la modificación de las condiciones laborales.

Aprobación del plan

Se trata de un verdadero incidente de oposición dado que la ley habla de que, durante 15 días, el deudor y los acreedores podrán formular observaciones o realizar propuestas de modificación:

- Si no se realiza observación o propuesta, el juez dicta sin más trámite auto aprobando el plan que marcará las operaciones de liquidación a realizar.
- Si hay observaciones o propuestas, el juez da vista a la administración concursal para que, en plazo de 10 días, informe sobre las mismas.

El juez, atendiendo a los intereses del concurso, puede:

- Aprobar el plan en los términos presentados.
- Introducir en el plan las modificaciones propuestas que considere adecuadas.
- Acordar la liquidación conforme a las normas supletorias del artículo 149 en vez de conforme al plan.

En cualquier caso, contra el auto puede interponerse recurso de apelación.

No se establece en el artículo 148 las consecuencias de la no presentación del plan de liquidación por los administradores. Desde un punto de vista teórico pueden aplicarse dos soluciones:

- Que el juez remueva a los administradores y designe unos nuevos que hayan de elaborar el plan. En buena técnica procesal y dado que no hay nor-

mas específicas en este título, debe acudir a las normas generales sobre el estatuto de los administradores del concurso que permite la remoción por incumplimiento de sus deberes (arts. 37 y 38).

- Que el juez requiera a los administradores del concurso para que lleven a término la liquidación aplicando las normas supletorias previstas en el artículo 149. Solución que tal vez pueda considerarse más operativa.

2.2.6. El contenido de la liquidación

El plan de liquidación

El contenido del plan de liquidación ha sido ya tratado en los epígrafes anteriores.

Las normas subsidiarias

Las normas subsidiarias están previstas para dos supuestos distintos:

- Cuando no se haya aprobado el plan de liquidación.
- Cuando el plan no tenga reglas específicas sobre alguna de estas cuestiones.

El conjunto de los establecimientos, explotaciones u otras unidades productivas de bienes o servicios del deudor se enajenará como un todo por medio de subasta. Si queda desierta, el juez puede acordar la enajenación directa. Salvo que:

- Exista un informe previo de la administración concursal.
- El juez considere más conveniente para los intereses del concurso la previa división o la realización aislada de todos o parte de los componentes.

Si hay trabajadores previamente a la decisión del juez, es necesario haber dado audiencia a los representantes de los trabajadores conforme ya se ha visto en el artículo 148.3.

En todo caso, cuando las operaciones de liquidación supongan la extinción o suspensión de los contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo, el juez debe respetar lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Concursal.

Los bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial se regularán por lo dispuesto en el artículo 155.4. Es decir, se realizan por medio de subasta salvo que, a solicitud de la administración concursal y oído el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa porque el precio ofrecido sea superior al mínimo pactado en el título y el pago se haga

al contado. El artículo 155.4 establece, en el caso de adjudicación directa, la necesidad de que esta decisión goce de publicidad previa a la adjudicación para permitir que otros oferentes puedan ofrecer mejor postura.

El resto de bienes o derechos se enajenan atendiendo a su naturaleza conforme a las reglas de la LEC en materia de apremio.

Si se enajena el conjunto de una empresa o de determinadas unidades productivas, se fija un plazo para la presentación de ofertas de compra. Son preferentes las que garanticen la continuidad de la empresa o de las unidades productivas y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. De nuevo la ley recuerda que es necesario que el juez, antes de resolver sobre la oferta, debe haber dado audiencia a los representantes de los trabajadores.

Cuando como consecuencia de la enajenación de una empresa o unidad productiva una entidad económica mantenga su identidad, se considerará a todos los efectos laborales que existe sucesión de empresa. En este caso el juez puede acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación y que sea asumida por el FoGaSa en los términos previstos en el artículo 33 del Estatuto de los trabajadores.

Los bienes o derechos sobre los que haya promovida una cuestión litigiosa pueden enajenarse, pero haciendo constar esta circunstancia y, con ello, el adquirente queda a las resultas del litigio. La ley (art. 150) establece que los administradores concursales deben comunicar la enajenación al juzgado o tribunal que conoce del asunto; la comunicación determina la sucesión procesal de pleno derecho del adquirente sin que pueda la contraparte oponerse aunque el adquirente no se persone.

Al objeto de garantizar la transparencia de las operaciones de liquidación, los administradores concursales no pueden adquirir ni por sí mismos ni por persona intermedia los bienes y derechos que se realicen. Es una prohibición absoluta que ni tan siquiera les permite adquirirlos en subasta.

La sanción que prevé la ley, en caso de incumplimiento de esta norma (art. 150) es:

- La inhabilitación del administrador para el ejercicio de su cargo.
- El reintegro del bien o derecho a la masa sin contraprestación alguna.
- Si fuera el administrador acreedor perderá, además, el derecho del que fuera titular.

Nota

En este punto y al objeto de asegurar la viabilidad de la actividad y el mantenimiento del empleo el cesionario y los representantes de los trabajadores pueden suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

- El auto de inhabilitación accede al registro público previsto en el artículo 198 de la ley.

Nada regula la ley de modo específico sobre la adjudicación; la remisión en bloque a la LEC permite afirmar que esta tarea es judicial –auto de adjudicación–, sin embargo, dadas las facultades de los administradores concursales tampoco hay obstáculo para que puedan asumir ellos la función de acudir al notario las adjudicaciones.

Papel de los administradores concursales en la liquidación

Los administradores del concurso tienen la obligación de presentar trimestralmente un informe sobre el estado de las operaciones, informe que queda de manifiesto en la secretaría del juzgado. Si no se remiten estos informes trimestrales la ley permite al juez poner en marcha los mecanismos de responsabilidad de los administradores (art. 36) y removerles del cargo (art. 37).

Vinculado a lo anterior, el artículo 153 indica que si la liquidación se prolonga más de un año sin haber finalizado cualquier interesado puede solicitar del juez la separación de los administradores y el nombramiento de otros nuevos.

- Es necesaria la previa audiencia de los administradores afectados.
- Si no hay causa que justifique la dilación, el juez lo acordará por medio de auto.
- Los administradores separados por esta causa pierden el derecho a percibir las retribuciones devengadas y deben reintegrar a las masas las que hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación.

El contenido del auto se recogerá en el registro público del artículo 198 de la ley.

Fiscalización de la liquidación

Por medio de los informes de liquidación (art. 152) los administradores darán cuenta del estado de la liquidación; estos informes permiten que la liquidación sea controlada:

- Por el juez.
- Por los acreedores.
- Por el propio concursado.

2.2.7. Los modos y formas de pago a los acreedores

Créditos contra la masa

Los créditos contra la masa son los recogidos en el artículo 84 de la ley. Con carácter general, el artículo 154.2 establece que los créditos contra la masa **se deberán satisfacer a sus respectivos vencimientos**, lo que determina que no haya que esperar a la fase de liquidación para satisfacerlos. Pese a este pronunciamiento de carácter general, lo cierto es que luego se prevén dos **sistemas de pago**:

- Salarios de los 30 últimos días y hasta el límite del SMI son de pago inmediato.
- Para el resto de créditos contra la masa las acciones relativas a la calificación y pago se someten al incidente concursal.
- **Si el concurso no tiene dinero en efectivo** la ley establece que no pueden iniciarse ejecuciones para hacer efectivos estos créditos hasta que se dé una de las siguientes circunstancias:
 - Que se apruebe el convenio.
 - Que se abra la liquidación.
 - Que haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que haya liquidación o convenio.

Los créditos contra la masa se deducirán de la masa activa de bienes y derechos pero **salvando en cualquier caso aquellos bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial**. Si los bienes o derechos no sometidos al pago de créditos con privilegio especial resultaran insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa atendiendo al orden de sus vencimientos.

En conclusión. Si el concurso tiene dinero en efectivo, se irán satisfaciendo los créditos a medida que vayan surgiendo. Si no hay efectivo, debe irse a la ejecución respecto de los bienes y derechos no afectos a créditos con privilegio especial.

Créditos con privilegio especial

Los créditos con privilegio especial aparecen recogidos en el artículo 90 de la ley.

La **regla general** es que estos créditos deben hacerse efectivos con cargo a los bienes o derechos especialmente afectos y sean objeto de ejecución separada o colectiva; cuando la ley hace mención a la posibilidad de ejecución colectiva

debe entenderse aquellos supuestos en los que, enajenándose la empresa o una unidad productiva específica y autónoma, el adquirente asume las obligaciones y privilegios vinculados a ese concreto bien.

El artículo 155 tiene en cuenta en su párrafo segundo lo que establece el artículo 56 que permite la **paralización durante un plazo máximo** de un año de las ejecuciones con garantía real respecto de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o que estén afectos a una unidad productiva. En estos casos la administración concursal tiene la **facultad de convertir** los créditos privilegiados en **créditos contra la masa**, poniéndose al día respecto del principal e intereses adeudados y asumiendo la obligación de pago de los sucesivos vencimientos también contra la masa.

Cuando estos bienes afectos a créditos con privilegio especial se ejecuten –incluso antes de la fase de liquidación– el juez puede autorizar la **enajenación con subsistencia del gravamen y con subrogación** del adquirente en la obligación de deudor, quedando el bien excluido de la masa pasiva; de esta manera es posible que intervengan postores que estén dispuestos a adquirir el bien por un precio de subasta inferior pero mantener la carga o gravamen a su exclusiva costa. En cualquier caso, para esta modalidad de enajenación el juez necesita la previa solicitud del administrador concursal y la previa audiencia de los interesados; la ley no remite al incidente concursal y, por ello, bastará con un simple traslado para alegaciones. No se establece recurso específico para la resolución que dicta el juez en este tipo de autorizaciones.

Si no se opta por este sistema particular de enajenación con mantenimiento de la carga, la ley establece que el precio obtenido por la venta del bien se destinará en primer lugar al pago del crédito con privilegio especial y si queda remanente, se destinará al pago de los demás créditos.

Si un mismo bien o derecho se encontrara **afecto a más de un crédito con privilegio especial**, el pago se realizará siguiendo el principio de prioridad temporal que, para cada crédito, resulte del cumplimiento de sus requisitos y formalidades en su legislación específica para su oponibilidad frente a terceros. Para la prioridad de pago de los créditos con hipoteca legal tácita hay que acudir a las normas específicas sobre la regulación de ésta.

El **sistema de enajenación** será como norma general la subasta, salvo que a solicitud de la administración del concurso y previa audiencia del concursado y el acreedor afectado, el juez autorice la venta directa a un precio superior al mínimo pactado y con pago al contado. Se establece la necesidad de publicitar esta autorización y las condiciones al objeto de que puedan presentarse en plazo de 10 días mejores postores, abriendo la posibilidad de licitación entre todos los oferentes.

Créditos con privilegio general

Los créditos con privilegio especial vienen recogidos en el artículo 91 de la ley. Estos créditos se satisfacen una vez satisfechos los créditos contra la masa y aquellos que se realizan con cargo a bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, o con el remanente que quede de la realización de estos bienes una vez satisfechos los créditos con privilegio especial.

El criterio que sigue el artículo 156 es que se liquiden los créditos con privilegio general por el orden que fija el artículo 91 de la ley y dentro de cada uno de los números a prorrata entre los de la misma categoría.

No soluciona la ley una circunstancia que puede darse en los supuestos de los acreedores que insten procedimientos concursales –que gozan de un privilegio respecto del 25% de su crédito– cuando sean entidades de crédito y caución o acreedores que hayan adquirido y acumulado diferentes créditos; en estos casos resultaría desproporcionado que los instantes que acumularan varios créditos pudieran ver privilegiados por esta vía el 25% de todos ellos.

Créditos ordinarios

Del juego de los artículos 84, 90, 91 y 92 deben quedar definidos los créditos ordinarios, que son los que no siendo créditos contra la masa ni créditos privilegiados, tampoco tienen la consideración de créditos subordinados.

Los créditos ordinarios se satisfacen una vez han sido liquidados los créditos contra la masa y los que gozan de cualquier tipo de privilegio. El criterio que se sigue es de la satisfacción a prorrata, indicando el artículo 157 que en esa prorrata se incluyen también los créditos con privilegio especial respecto de aquella parte que no haya sido satisfecha con cargo a bienes y derechos especialmente afectos a esos créditos privilegiados.

Se establecen dos criterios específicos de liquidación por parte de la administración concursal:

- Pueden solicitar al juez que excepcional y motivadamente se autorice la realización de pagos a créditos ordinarios con antelación cuando se estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados.
- El sistema de pago se vincula a la liquidez de la masa activa y se permite la entrega de cuotas que no pueden ser inferiores al 5% del nominal de cada crédito.

Créditos subordinados

Los créditos subordinados aparecen recogidos en artículo 92, subordinación que puede ser en atención a la naturaleza del crédito o a la vinculación que el acreedor pueda tener con el concursado.

Los créditos subordinados no se satisfacen hasta que no quedan íntegramente satisfechos los créditos ordinarios.

El artículo 158 establece que el orden de satisfacción será el previsto en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata entre los de la misma categoría.

Reglas especiales para algunos supuestos

- **Pago anticipado.** El artículo 159 establece que si se realizan pagos antes del vencimiento que tuviere a la fecha de apertura de la fase de liquidación, debe hacerse el descuento correspondiente calculado al tipo de interés legal.
- **Derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario.** Viene regulado en el artículo 160 al indicar que si antes de la declaración del concurso se hubiera cobrado ya una parte del crédito de un fiador, avalista o deudor solidario, en el proceso concursal el acreedor podrá reclamar el pago de los deudores solidarios no concursados hasta que sumados a las cantidades que perciba por su crédito, cubran el importe del total de éste. Como consecuencia de la redacción del artículo 160, si el acreedor ha visto satisfecho el 100% de su crédito de estos deudores solidarios no concursados se tendrá que considerar satisfecho su crédito.
- **Créditos reconocidos en dos o más concursos de deudores solidarios.** Si el crédito hubiera sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos los concursos no puede exceder del importe del crédito.
La principal novedad del artículo 161 respecto de la situación anterior es que se reconoce a la administración concursal la facultad de retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los distintos concursos de deudores solidarios. Hay un deber de comunicación de los pagos entre los distintos concursos.
El derecho de repetición entre codeudores solidarios concursados queda limitado en la medida en la que el artículo 161.3 dice que no podrá obtenerse el pago del resto de concursos hasta que el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho.
- **Coordinación con pagos anteriores en la fase de convenio.** Cuando la liquidación se produzca después de haberse iniciado el cumplimiento del concurso, el artículo 162 establece una serie de presunciones destinadas a garantizar el principio de seguridad jurídica:

- Se presumen legítimos los pagos realizados durante la vigencia del convenio salvo que se acreditara la existencia de fraude, contravención del convenio o alteración de la igualdad de trato entre los acreedores. No hay remisión expresa en la ley, pero es lógico pensar que las impugnaciones derivadas de esta presunción se ventilan por medio del incidente concursal.

- Quienes hubieran recibido pagos parciales que no queden desvirtuados por sentencia firme de revocación retendrán los pagos en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de acreedores de su misma clase hubiera recibido pagos en porcentajes equivalentes.

