
El procés concurstal

PID_00266492

Ibon Hualde López

Temps mínim de dedicació recomanat: 8 hores



Ibon Hualde López

Professor Titular de Dret Processal
de la Universitat de Navarra.

L'encàrrec i la creació d'aquest recurs d'aprenentatge UOC han estat coordinats
per la professora: Consuelo Ruiz (2019)

Quarta edició: setembre 2019
© Ibon Hualde López
Tots els drets reservats
© d'aquesta edició, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realització editorial: FUOC



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Objectius	5
1. Concepte	7
2. Regulació legal	8
3. Els òrgans del concurs	12
3.1. Necessaris	12
3.1.1. Els jutjats mercantils	12
3.1.2. L'administració concursal	13
3.2. No necessaris	15
3.2.1. La junta de creditors	15
3.2.2. El Ministeri Fiscal	16
4. Les solucions extraconcursals de la insolvència	17
4.1. Els acords de refinançament	17
4.2. L'acord extrajudicial de pagaments	19
5. La declaració de concurs	29
5.1. Pressupòsits	29
5.1.1. Processals	29
5.1.2. Materials	29
5.2. Procediment	33
5.3. Efectes	38
5.3.1. Efectes sobre el deutor	38
5.3.2. Efectes sobre els creditors	42
5.3.3. Efectes sobre els contractes	47
5.3.4. Efectes sobre els actes perjudicials per a la massa activa (art. 71 a 73)	51
6. La fase comuna	58
6.1. L'informe de l'administració concursal	58
6.2. Determinació de la massa activa i passiva del concurs	60
6.2.1. La massa activa concursal (art. 76 a 83 LC)	60
6.2.2. Els crèdits contra la massa	63
6.2.3. La massa passiva concursal (art. 84 a 94)	64
7. La fase de conveni	69
7.1. Noció de conveni	69
7.2. La proposta anticipada de conveni	73
7.3. La proposta ordinària de conveni	76

7.4. Eficàcia i compliment del conveni	79
8. La fase de liquidació.....	81
8.1. Noció	81
8.2. Obertura de la fase de liquidació	81
8.3. Efectes de la liquidació	82
8.4. Operacions de liquidació	85
8.4.1. El pla de liquidació	85
8.4.2. Les regles legals supletòries	88
8.5. El pagament als creditors	91
8.5.1. Pagament dels crèdits contra la massa	91
8.5.2. Pagament dels crèdits concursals	92
9. La qualificació del concurs.....	94
10. La conclusió del concurs.....	96
Exercicis d'autoavaluació.....	101
Solucionari.....	105

Objectius

Els objectius bàsics que ha d'assolir l'estudiant una vegada completat l'estudi del contingut d'aquest mòdul són:

1. Saber diferenciar els conceptes de *judicis universals* i *judicis particulars*.
2. Conèixer el principi *par conditum creditorum* i com es manifesta en la regulació del concurs de creditors.
3. Conèixer els pressupòsits que habiliten un concurs de creditors (la insolvència).
4. Conèixer els òrgans que actuen en un concurs de creditors, i especialment el paper de l'administració concursal.
5. Identificar les diverses situacions en què pot quedar el concursat.
6. Conèixer les diverses fases del procediment concursal.
7. Identificar els béns, els drets i les obligacions que integren la massa activa i passiva del concurs.
8. Conèixer el contingut d'un conveni concursal.

1. Concepte

El dret concursal és la part de l'ordenament jurídic destinada a donar tractament a l'estat del deutor que, tenint una pluralitat de creditors, no pot fer front al compliment regular de les seves obligacions exigibles. La finalitat essencial del concurs consisteix en la satisfacció dels crèdits dels creditors, encara que hi hagi altres interessos protegibles com la conservació de l'activitat empresarial o professional del deutor i els llocs de treball, si l'empresa és viable.

Precisió

Si el dret no reacciona davant la situació descrita, el deutor es veuria incentivat per a fer diferents operacions en perjudici dels seus creditors. A més, es crearien nombroses desigualtats entre ells: alguns veurien satisfets els seus crèdits i d'altres no.

Per aquestes raons, el deutor en estat d'insolvència ha de ser declarat en concurs, que és un procés judicial governat pel denominat *principi de la par conditio creditorum* o *igualtat de tractament dels crèdits*. Això significa que els creditors concorren conjuntament en aquest procés en condicions iguals, sens perjudici del reconeixement legal de certs privilegis. Però, per a fer possible aquesta igualtat de tracte, els crèdits dels creditors s'han d'integrar en l'anomenada *massa passiva del concurs*. Els crèdits integrants d'aquesta massa es denominen *concurssals*. En realitat, la massa passiva concursal engloba la majoria dels crèdits, encara que en queden fora una altra classe de crèdits, fonamentalment els derivats del desenvolupament del concurs. Aquests últims crèdits, que no formen part de la massa passiva del concurs, reben el nom de *crèdits contra la massa*.

Precisió

La Llei concursal permet que tant el deutor com els creditors sol·licitin el concurs davant el jutjat mercantil corresponent, sempre amb fonament en la insolvència d'aquell. Una vegada acreditat l'estat d'insolvència, que constitueix el denominat *pressupòsit objectiu del concurs*, l'òrgan judicial el declararà mitjançant una resolució judicial, la interlocutòria de declaració de concurs. Aquesta resolució desplega un ampli feix d'efectes, entre els quals la subjecció de l'exercici de les facultats patrimonials del deutor a una sèrie de limitacions.

Dues són les vies per les quals es pot resoldre el concurs. D'una banda, el conveni entre el deutor i els seus creditors, i, de l'altra, la liquidació o conversió en diners del patrimoni del deutor per a pagar als creditors segons l'ordre legalment establert. L'opció per una d'aquestes solucions, que tenen caràcter alternatiu, dependrà, bàsicament, del tipus d'insolvència per la qual travessa el deutor. Si bé és cert que en la Llei concursal el conveni apareix definit com la solució normal del concurs, es concedeix al concursat una gran discrecionalitat per a evitar la seva obtenció i que el concurs es dirimeixi per la liquidació.

2. Regulació legal

L'any 2003 van culminar una sèrie d'esforços dirigits a la reforma del nostre règim concursal; esforços entre els quals mereix destacar l'Avantprojecte de llei concursal de 1983 i la Proposta d'avantprojecte de llei concursal de 1995, que van donar lloc a la Llei 22/2003, de 9 de juliol. Segons l'exposició de motius, es basa en tres principis: unitat legal, unitat de disciplina i unitat de sistema. En virtut del principi d'unitat legal, tota la normativa concursal es recull en un únic text legal que inclou tant els aspectes processals com els substantius.

Precisió

L'única excepció a aquest principi són les normes que conté la LO 8/2003, de 9 de juliol, per a la reforma concursal (LORC), relativa a certs aspectes per a la regulació dels quals es requereix una llei orgànica: els efectes de la declaració de concurs sobre els drets fonamentals del concursat i la necessària modificació de la Llei orgànica del poder judicial per a donar-li acolliment a uns jutjats nous, els jutjats mercantils.

La Llei concursal, basant-se en el principi d'unitat de disciplina, supera la diversitat d'institucions concursals per a comerciants i no comerciants que hi havia abans que entrés en vigor i estableix un procediment únic per a tot tipus de deutors. Amb això s'acaben els problemes derivats de l'atribució o negació de la condició de comerciant en certs casos, sobretot en l'àmbit de les persones jurídiques (societats civils, associacions, etc.).

Finalment, la Llei Concursal, assentada també en el principi d'unitat de sistema, està dirigida a donar tractament a tot tipus d'insolvència, provisional o definitiva, mitjançant dues solucions alternatives, el conveni i la liquidació. Aquestes solucions van normalment precedides d'una fase denominada "comuna", l'objecte de la qual és determinar les masses activa (el patrimoni existent) i passiva (el que es deu) del concurs. No obstant això, cal anticipar la tramitació tant del conveni com de la liquidació a la fase comuna del concurs, sense haver d'esperar a l'obertura d'una d'aquestes dues fases, conveni o liquidació. A més, es preveu la possibilitat de passar des del fracàs del conveni a la fase de liquidació en el mateix procés, la qual cosa evita la necessitat d'iniciar-ne un de nou.

Precisió

La Llei concursal no és aplicable a determinats sectors de l'activitat econòmica, com la borsa, les assegurances i la banca. A causa de les greus conseqüències que es poden derivar de la situació d'insolvència de les entitats que operen en aquests sectors, hi ha determinades normes especials que coexisteixen amb les generals contingudes en aquella.

Dit això, la Llei Concursal, l'entrada en vigor de la qual va tenir lloc l'1 de setembre de 2004, es va promulgar en un context econòmic molt diferent del que s'aproximava i va haver d'arribar la crisi econòmica per constatar-se la inadequació de moltes de les disposicions, que han mirat de ser corregides a cop de reformes contínues. El concurs de creditors es perfila com un procés massa llarg i costós, malgrat la superioritat tècnica que té respecte del sistema anterior. La primera reforma es va produir l'any 2009. En línies generals, el Reial decret llei 3/2009, de 27 de març, va mirar d'imprimir celeritat en la tramitació dels concursos ampliant l'aplicació del denominat *procediment abreujat*, més àgil que l'ordinari i inicialment previst per a empreses de poca entitat, a altres de més grandària; va introduir un primer instrument alternatiu al concurs de creditors anomenat *acord de refinançament*, dirigit a l'ampliació significativa del crèdit disponible del deutor o a la modificació de les obligacions que tenia, bé mitjançant la pròrroga del termini de venciment, bé mitjançant l'establiment d'unes de noves en substitució de les que hi havia, i va obrir la possibilitat d'anticipat la liquidació a la fase comuna, sense necessitat d'esperar la fase successiva en casos en els quals la millor solució era liquidar.

Però les estadístiques corresponents a l'any 2011 revelaven conclusions que desanimaven, com ara l'excessiu allargament en el temps dels concursos de creditors. I és que la mitjana de durada només de la fase comuna era de gairebé un any i tres la de tot el procés concursal. Així mateix, la majoria dels concursos, més d'un 90 %, acabava en liquidació. Amb això quedava en dubte el conveni, que el legislador havia intentat estimular amb mesures com ara la proposta anticipada de conveni, la tramitació del qual es produeix a la fase comuna; una proposta que tenia una aplicació real ínfima, ja que només un 5 % dels convenis s'aconseguien per aquesta via. Un altre problema era el dels concursos sense massa, en els quals no hi ha béns, i aquells en què els crèdits contra la massa, que són fonamentalment els que genera el desenvolupament del procés concursal i s'abonen amb caràcter prededucible, s'"empassaven" el poc actiu que hi havia, la qual cosa demostrava que la regulació era molt complexa per tractar empreses insolvents. A més, la majoria dels concursos de creditors, un 80 %, es tramitaven com a procediments abreujats, de manera que l'excepció es convertia en regla general.

La reforma derivada de la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, intenta posar remei a aquestes mancances per aconseguir un procés més ràpid i eficient. L'exposició de motius d'aquesta llei indica que "no és una reforma radical de la Llei Concursal ni significa un gir copernicà del text legal vigent, sinó que neix del reconeixement dels principis essencials, en concret, la triple unitat legal, de disciplina i de procediment, ja assenyalada". Però amb tot, es tracta de la reforma més important que s'ha fet a la Llei Concursal des que va entrar en vigor.

Precisió

Els canvis fonamentals de la reforma operada per la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, podrien quedar sintetitzats en els set següents:

Precisió

Entre altres mesures es va introduir la possibilitat de tramitació escrita del conveni, de liquidar els actius existents anticipadament o de la formalització d'acords de refinançament.

En primer lloc, s'intenta aprofundir en els acords de refinançament com a alternatives al concurs de creditors, introduïts en la reforma del 2009. En resum, ara la negociació pot permetre evitar que el deutor incompleixi el deure de sol·licitar el concurs, i també que durant un cert temps els creditors obtinguin la declaració de concurs. Així mateix, si es compleixen alguns requisits, són acords que escapen de la possibilitat de rescissió, i els ingressos de tresoreria que generin són objecte d'un tracte més just en cas de concurs posterior.

En segon lloc, es pretén l'abaratiment del procés concursal gràcies a la simplificació i agilitació. Per a això es promou l'anticipació de la liquidació, de manera que aquesta fase pot obrir-se a qualsevol moment i aprovar-se gairebé immediatament un "pla de liquidació" per procedir molt abans a l'alienació dels béns. S'impulsa un veritable procediment abreujat, l'aplicació del qual és discrecional per al jutge d'acord amb la complexitat del concurs, la qual cosa no significa que es derivi de la mera falta de superació de determinats límits econòmics, i ja no es caracteritza només per escurçar els terminis a la meitat, sinó que gaudeix d'una regulació específica.

En tercer lloc, dins del concurs s'afavoreix el conveni, que pot contenir modificacions estructurals com ara fusions o escissions, i s'incentiva aquesta solució en no formar-se la secció de qualificació si la proposta de conveni no és especialment onerosa per als creditors.

En quart lloc, es busca més professionalització de l'Administració concursal, que és un òrgan necessari i auxiliar del jutge semblant a l'antiga sindicatura de la fallida. Amb la reforma, la composició passa de tres a un únic membre, i s'admet que l'administrador concursal sigui una persona jurídica. Però s'exigeix "formació concursal" prèvia i aseptament.

En cinquè lloc, es reglamenta el denominat "concurs del concurs", supòsit en el qual la massa activa és insuficient per pagar les despeses processals. Això desemboca en la conclusió del concurs de creditors, fins i tot des de l'inici mateix, i, a més, al fet que el pagament dels crèdits contra la massa s'efectuï amb una prelación específica, no segons la regla del venciment.

En sisè lloc, s'opera una millora notable de la protecció dels treballadors afectats.

I, en setè lloc, es reforça el règim dels concursos connexos, sobretot respecte als grups de societats, amb una normativa *ex novo* relativa a l'acumulació de concursos de diversos deutors.

Al costat de canvis fonamentals com aquests, la Llei de reforma del 2011 va preveure moltes modificacions menys importants, de fons i de forma, si bé es van deixar sense resoldre altres qüestions problemàtiques. Entre elles, la possibilitat, coneguda en el dret nord-americà com a *fresh start*, segons la qual els particulars queden exonerats després de l'acabament del concurs dels deutes pendents de pagament. Quant a aquesta qüestió, la disposició addicional única d'aquella llei simplement compel·lia el Govern a remetre a les Corts Generals, en el termini de sis mesos, un informe per millorar la situació de les persones físiques i les famílies en dificultats per satisfer les seves obligacions, especialment, les garantides amb hipoteca.

Va caldre esperar fins a la reforma del 2013 perquè es donés entrada a la Llei Concursal al que s'ha anomenat "segona oportunitat", segons la qual es concedeix al deutor com a persona física la possibilitat de quedar lliure de deutes, encara que no es cobreixin amb l'actiu existent, i recomençar l'activitat des de zero. Tanmateix, per a això s'establien en aquesta primera reglamentació uns límits d'obligacions molt elevats. Aquesta reforma, operada per la Llei 14/2013, de 27 de setembre, a més de regular la figura de l'emprenedor de responsabilitat limitada i la nova Societat Limitada de Formació Successiva, va modificar alguns aspectes dels acords de refinançament, i va introduir un segon instrument alternatiu al concurs de creditors, l'"acord extrajudicial

de pagaments”, entès com un mecanisme de negociació extrajudicial de deutes inicialment previst només per a empresaris, persones físiques o jurídiques, amb un procediment flexible que es tramita en breus terminis davant el registrador mercantil o el notari, que són els que designen un mediador encarregat d’arribar a un acord de pagament entre el deutor i els creditors.

Amb posterioritat, el Govern va sorprendre amb el Reial decret llei 4/2014, de 7 de març, que torna a reformar els acords de refinançament, un cop constatada la dificultat per aconseguir aquesta mena d’acords no tant per la falta d’enteniment entre les parts, sinó per la rigidesa de la normativa vigent. Es tracta ara de millorar el marc legal preconcursal dels acords de refinançament amb determinades possibilitats, com els fraccionaments de pagament, les quitanacions i la capitalització del deute. El contingut d’aquest Reial decret llei va ser poc després ampliat pel Reial decret llei 11/2014, de 5 de setembre, que, al costat d’altres canvis va estendre els principis de l’anterior Reial decret llei ideats per al conveni preconcursal al conveni concursal.

Més tard, la Llei 17/2014, de 30 de setembre, va convalidar aquell Reial decret llei 4/2014, de 7 de març, amb certes innovacions en l’àmbit de l’Administració concursal, mentre que el Reial decret llei 11/2014, de 5 de setembre, es va convalidar mitjançant la Resolució del Congrés dels Diputats de 25 de setembre de 2014. La Llei 9/2015, de 25 de maig, va consolidar les mesures instaurades per aquest últim Reial decret llei i va implantar-ne de noves que tendien a flexibilitzar la transmissió de l’empresa del concursat o de les seves unitats productives.

A més, l’any 2015 es va crear el Reial decret llei 1/2015, de 27 de febrer. En essència, aquesta norma flexibilitza el règim d’aquesta mencionada segona oportunitat, instituïda en la reforma del 2013, amb la intenció de convertir-la en un mecanisme susceptible de ser utilitzat a la pràctica. Per a això es flexibilitzen els límits d’obligacions que ha de complir el deutor amb la finalitat de veure’s exonerat del passiu pendent de pagament. Així mateix, es flexibilitza el règim dels acords extrajudicials de pagaments, introduïts a la mateixa reforma del 2013, per millorar-ne l’eficàcia i facilitar la reestructuració de deutes de manera àgil i senzilla; i ara també els particulars, no només els empresaris, poden accedir a aquests acords. Finalment, la Llei 25/2015, de 28 de juliol, consolida en la Llei Concursal les novetats d’aquest Reial decret llei 1/2015, de 27 de febrer, amb modificacions en el contingut.

3. Els òrgans del concurs

3.1. Necessaris

3.1.1. Els jutjats mercantils

Es tracta d'òrgans jurisdiccionals nous, pertanyents a l'ordre jurisdiccional civil. Tenen caràcter unipersonal, ja que estan servits per un únic membre amb la categoria de magistrat. Són òrgans especialitzats als quals està atribuït el coneixement dels concursos, i de determinades matèries de naturalesa civil i mercantil.

Precisió

Malgrat la seva denominació, també coneixen de certs assumptes civils com els relatius a les condicions generals de la contractació, i, en canvi, hi ha assumptes mercantils que escapen de les seves atribucions. Així, a excepció de determinats contractes (propietat intel·lectual o transport, per exemple), les conteses que tinguin lloc en l'àmbit contractual entren dins de la competència objectiva del jutjat de primera instància.

Les atribucions d'aquests òrgans jurisdiccionals en l'àmbit concursal es recullen en l'article 86 *ter* 1 de la Llei orgànica del poder judicial i el 8 de la Llei concursal. Cal destacar el fet que aquests preceptes els confereixen el coneixement de matèries que, tot i excedir aquest àmbit estricte, tenen transcendència en l'esfera patrimonial del deutor.

Exemple

Les accions socials que tinguin per objecte l'extinció, modificació o suspensió col·lectives dels contractes de treball en què sigui ocupador el concursat, i la suspensió o extinció de contractes d'alta direcció; les execucions davant dels béns i drets del concursat, sigui quin sigui l'òrgan que l'hagi ordenat, i les mesures cautelars, a excepció de les que s'adoptin en els processos civils sobre capacitat, filiació, matrimoni i menors.

Precisió

Les normes que distribueixen les competències entre els Jutjats de Primera Instància i els Jutjats del Mercantil van ser reformades mitjançant la Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol, per la qual es modifica la Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial. Com a conseqüència d'aquesta reforma, l'article 85.6 de la Llei Orgànica del Poder Judicial atribueix ara als Jutjats de Primera Instància el coneixement "dels concursos de persona natural que no sigui empresari". En termes similars es pronuncia l'article 45.2 b) de la Llei d'Enjudiciament Civil, segons el qual els Jutjats de Primera Instància coneixeran dels concursos de persona natural que no sigui empresari".

Activitat

És territorialment competent el jutjat mercantil del lloc del domicili d'una societat que figurei en el Registre Mercantil quan hi ha hagut un canvi del qual no hi ha constància registral? Consulteu la Interlocutòria del Jutjat Mercantil número 1 de Cadis de 10 d'octubre de 2008.

3.1.2. L'administració concursal

La Llei concursal dedica un títol complet dels nou que la componen a regular aquest òrgan concursal, en concret, el segon, que es compon de dos capítols: el primer relatiu al nomenament dels administradors concursals i el segon al seu estatut jurídic.

Cal ressaltar quatre característiques generals sobre l'Administració concursal. En primer lloc, es tracta d'un òrgan necessari, ja que el seu nomenament no és potestatiu per al jutge del concurs, sinó que constitueix un dels pronunciaments de la interlocutòria de declaració de concurs (art. 21.1,2n. LC); i, a més, la Llei Concursal li atribueix determinades funcions amb caràcter exclusiu a aquest òrgan concursal. En segon lloc, és un òrgan unipersonal, Així, com a regla general, l'Administració concursal està composta per un únic subjecte, que pot ser persona física o jurídica, essent regulada la representació d'aquesta última en l'article 30. Les condicions subjectives per al seu nomenament es recullen en l'article 27 de la Llei concursal. En tercer lloc, té caràcter eminentment tècnic, en la mesura en què es requereix una determinada qualificació. Finalment, és un òrgan auxiliar del jutge del concurs que completa la capacitat de treball d'aquest. L'administrador concursal és nomenat de manera automàtica per aquell.

Precisió

Després de la reforma operada en l'article 27 de la Llei Concursal pel Reial decret llei 4/2014, de 7 de març, convalidat per la Llei 17/2014, de 30 de setembre, només podran ser designades les persones físiques o jurídiques que figurin inscrites a la secció quarta del Registre Públic Concursal i que hagin declarat la seva disposició a exercir les tasques d'administrador concursal en l'àmbit de competència territorial del jutjat del concurs (art. 27.2), i podran inscriure's en aquesta secció les persones físiques o jurídiques que compleixin els requisits que es determinin reglamentàriament (art. 27.3). Com que encara no s'ha produït aquest desenvolupament reglamentari, segueix en vigor la redacció del precepte previ a aquesta reforma.

Precisió

Quan la concursada és una entitat de crèdit el jutge nomenarà a l'administrador concursal d'entre els proposats pel Fons de Reestructuració Ordenada Bancària i entre els proposats per la Comissió Nacional del Mercat de Valors, quan es tracti de concursos d'entitats subjectes a la seva supervisió, o pel Consorci de Compensació d'Assegurances, en el cas d'entitats asseguradores (art. 27.6 LC).

Precisió

En els concursos en què hi hagi una causa d'interès públic que així ho justifiqui, el jutge del concurs, d'ofici o a instància d'un creditor de caràcter públic, pot nomenar com a segon administrador concursal una administració pública creditora o una entitat de dret públic creditora vinculada o dependent d'aquesta. En aquest supòsit, la representació de l'administració ha de recaure sobre algun empleat públic amb titulació universitària, de graduat o llicenciat, que exerceixi les seves funcions en l'àmbit jurídic o econòmic (art. 27.7 LC).

Activitat

És possible el nomenament d'un administrador judicial intern per a la fase preconcursal? Consulteu l'AJM (3) Barcelona 9.1.2012 (JUR 2014, 176918).

Abans de la reforma operada en la Llei concursal per la Llei 17/2014, de 30 de setembre, no hi havia cap norma destinada a relacionar les funcions concretes de l'administració concursal; es troben disseminades al llarg de la Llei concursal. Després de la referida reforma, l'article 33 recull expressament les funcions d'aquest òrgan, distingint entre les de caràcter processal; les pròpies del deutor o dels seus òrgans d'administració; funcions en matèria laboral; les relatives a drets dels creditors; d'informe i avaluació, i de secretaria, sense perjudici d'altres que la Llei concursal o altres lleis li atribueixin.

Precisió

De manera general, les funcions de l'administració concursal poden resumir-se en la intervenció dels actes patrimonials del deutor, la rescissió d'actes realitzats en perjudici dels creditors, l'evacuació d'un informe, el contingut del qual es recull en l'article 75 de la Llei Concursal, la realització d'un inventari d'actius i una llista de creditors, l'avaluació de propostes de conveni i l'elaboració d'un pla de liquidació.

Cal destacar que la participació d'aquest òrgan concursal varia substancialment segons si l'exercici de les facultats patrimonials del deutor està subjecte a intervenció o a suspensió: és més intensa en aquest últim cas perquè ha de substituir el concursat, a diferència del que esdevé quan està intervingut, en què s'ha de limitar a donar la seva autorització o conformitat als actes que pretengui realitzar. No obstant això, una vegada oberta la fase de liquidació, el règim d'actuació del deutor sempre és el de suspensió, si no s'havia acordat amb anterioritat.

També regula la Llei concursal el règim d'incapacitats, incompatibilitats i prohibicions que recau sobre els administradors concursals (art. 28 LC), els quals han d'acceptar o rebutjar l'encàrrec dins els cinc dies següents al de recepció de la comunicació del nomenament (art. 29 LC), i poden ser recusats (art. 32 LC). Finalment, es preveu la possibilitat de delegació de funcions concretes en els denominats *auxiliars delegats*, amb l'autorització pertinent de l'òrgan judicial. El nomenament d'auxiliars delegats pot produir-se tant a instàncies de l'administració concursal com d'ofici, si existeix un únic administrador concursal; i serà obligatori en certs supòsits legalment previstos (art. 31.1 LC). La retribució dels auxiliars delegats és a càrrec dels administradors concursals (art. 31.2 LC), als quals se'ls aplica l'estatut jurídic (art. 31.3 LC).

Precisió

La Llei concursal estableix un sistema de retribució dels administradors concursals mitjançant aranzel, el desplegament reglamentari del qual va tenir lloc per mitjà del Reial decret 1860/2004. Així mateix, en ocasió de la reforma efectuada per l'RDL 3/2009, de 27 de març, es va crear un fons de garantia per tal de fer front als pagaments derivats de la intervenció d'aquells professionals, en cas d'insuficiència de béns en l'actiu concursal. No obstant això, després de la reforma derivada de la Llei 25/2015, de 28 de juliol, que va donar lloc a la introducció de l'article 34 bis, es constitueix un únic compte de garantia aranzelària, que es dotarà amb les aportacions obligatòries que realitzaran els administradors concursals i dependrà del Ministeri de Justícia. El règim i la dotació d'aquest compte es regulen en els articles 34 ter i quàter, la redacció dels quals porta causa de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre.

Els administradors concursals i els auxiliars delegats han de respondre davant del deutor i els creditors dels danys i perjudicis causats a la massa pels actes i omissions contraris a la Llei o realitzats sense la diligència adequada. Igualment, si hi concorre una causa justa, poden ser separades del càrrec. En aquest cas s'ha de procedir a efectuar un nou nomenament (art. 36 a 38 LC).

Jurisprudència

Els auxiliars delegats estan pensats per funcionar en aquells casos en els quals els administradors concursals (fins i tot explicant aquells amb col·laboració del personal o del personal de l'empresari concursat) no puguin afrontar la complexitat del concurs, la qual cosa no ha d'excloure els supòsits en què aquells no comptin amb l'especialització idònia per al millor acompliment d'aquelles tasques més concretes. La necessitat d'aquests auxiliars es deu a la vinculació molt concreta a l'òrgan mitjançant l'expedient de la delegació de funcions. [...] Ara bé, sembla que els auxiliars no s'insereixen en l'estructura orgànica de l'Administració concursal (no són administradors concursals), així com tampoc no assumeixen una posició orgànica pròpia en el concurs, ni és tècnicament necessari conceptuar-los com a òrgans de l'Administració concursal. El mecanisme delegatori aconsegueix desplaçar el poder de decisió (en l'àmbit de les funcions que es tracti) a l'auxiliar delegat, però exigeix sotmetre'l alhora al règim d'incapacitats, incompatibilitats, prohibicions, recusació i responsabilitat establert per als administradors concursals i els seus representants (article 32.3) (AAP Balears [5a] de 31 de març de 2008 [AC 2008, 1649]).

3.2. No necessaris

3.2.1. La junta de creditors

La junta de creditors representa l'interès exclusiu dels creditors. Es tracta d'un òrgan no necessari, ja que la seva constitució té com a pressupòsit l'obertura de la fase de conveni. Una vegada oberta aquesta fase, l'acceptació per part dels creditors de la proposta o propostes de conveni presentades, es pot produir per dues vies diferents: mitjançant la votació en Junta de Creditors o mitjançant les denominades *adhesions*.

Precisió

Després de la reforma derivada de l'RDL 3/2009, el sistema d'adhesions no solament s'utilitza per a l'acceptació pels creditors d'una proposta "anticipada" de conveni, en la fase comuna del concurs, sinó que també és possible aplicar-la en l'àmbit de la tramitació escrita d'una proposta "ordinària", dins ja de la fase de conveni. Això s'esdevindrà quan hi hagi un gran nombre de creditors, en concret, més de tres-cents (art. 111.2,II LC).

En definitiva, quan l'acceptació de la proposta de conveni, anticipada o ordinària, es realitzi per mitjà del sistema d'adhesions escrites, la junta de creditors mai no s'arribarà a constituir. Però tampoc quan el concurs es resolgui per la via de la liquidació, en ser una solució alternativa al conveni. Això tret que l'obertura de la liquidació vingui precedida pel fracàs d'un conveni.

3.2.2. El Ministeri Fiscal

El Ministeri Fiscal té per missió promoure l'acció de la justícia en defensa de la legalitat, dels drets dels ciutadans i de l'interès públic tutelat per la Llei (art. 124 CE). No obstant això, en l'àmbit concursal la intervenció d'aquest òrgan no és estrictament necessària. La Llei concursal preveu aquesta intervenció en determinats supòsits.

Exemple

El Ministeri Fiscal ha de posar en coneixement judicial la insolvència d'algun possible responsable penal (art. 4 LC); ha de ser escoltat en determinades actuacions processals (art. 12.2 i 41 LC, o 1.3 LORC), i intervenir elaborant un dictamen, si escau, de la formació de la secció de qualificació del concurs (art. 169 LC).

4. Les solucions extraconcursals de la insolvència

4.1. Els acords de refinançament

Els acords de refinançament van ser incorporats a la Llei Concursal en virtut de la reforma operada en la mateixa pel RDL 3/2009, de 27 de març. Es tracta de convenis extraconcursals que pot aconseguir el deutor per aconseguir una ampliació significativa del crèdit disponible o la modificació de les seves obligacions, ja sigui mitjançant la pròrroga del termini de venciment o l'establiment d'altres contretes en substitució de les existents, havent de respondre a un pla de viabilitat que permeti la continuïtat de la seva activitat en el curt i el mig termini. L'obtenció d'un acord de refinançament pot evitar el concurs, sempre que el deutor aconsegueixi superar la seva situació d'insolvència.

L'article 5 bis de la Llei Concursal, introduït per la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, exigeix al deutor del deure de sol·licitar el concurs quan posi en coneixement del jutjat competent per a la seva declaració que ha iniciat negociacions per aconseguir un acord de refinançament dels previstos en l'article 71 bis.1 i en la disposició addicional quarta (o per obtenir adhesions a una proposta anticipada de conveni); comunicació que es podrà formular abans del venciment del termini de dos mesos establert en l'article 5. Això sí, transcorreguts tres mesos des de la comunicació al jutjat, el deutor, hagi aconseguit o no aquest acord, haurà de sol·licitar la declaració de concurs dins del mes hàbil següent. Això tret que ja no es trobi en estat d'insolvència.

Precisió

Si el deutor no ha aconseguit superar la seva situació d'insolvència i és declarat en concurs, els acords de refinançament que hagués pogut aconseguir amb anterioritat, així com els possibles negocis, actes i pagaments realitzats i les garanties constituïdes en execució dels mateixos, no seran rescindibles si reuneixen els requisits ressenyats en l'article 71 bis, als quals es farà referència posteriorment. A més, les entrades de tresoreria que es produeixin per la via de tals acords tenen la consideració de crèdits contra la massa en un cinquanta per cent (art. 84.2,11º LC) i de crèdits concursals privilegiats per l'altra meitat (art. 91,6º LC); i els seus efectes es poden estendre, quant a les esperes, a la resta de creditors financers els crèdits dels quals no estiguin dotats de garantia real, sempre que es compleixin les condicions establertes en la disposició addicional quarta.

Precisió

Després de la Llei 17/2014, de 30 de setembre, s'estableix la suspensió d'execucions judicials o extrajudicials de béns o drets del deutor que resultin necessaris per a la continuïtat de la seva activitat professional o empresarial com a efecte derivat de la comunicació d'inici de negociacions amb els creditors, amb exclusió de les execucions que tinguin per objecte fer efectius crèdits de dret públic. El termini de suspensió s'estén des de la presentació de la referida comunicació fins que es formalitzi l'acord de refinançament que preveu l'article 71 bis.1, o es dicti la providència que admeti a tràmit la sol·licitud d'homologació judicial de l'acord de refinançament, o s'adopti l'acord extrajudicial de pagaments, o s'hagin obtingut les adhesions necessàries per a l'admissió a tràmit d'una proposta anticipada de conveni o tingui lloc la declaració de concurs (art. 5 bis.4 LC).

Jurisprudència

La simple presentació del Decret del Secretari, en què han de constar els béns necessaris per a la continuïtat que el mateix deutor esmenta en el seu escrit de comunicació d'inici de negociacions, propicia la suspensió davant el Jutge que coneix de l'execució, que serà el competent per acordar-lo. Només és competent el Jutge del Mercantil per resoldre si, a instàncies de part, se suscita davant seu una qüestió sobre la no necessitat dels béns per a la continuïtat de l'activitat. La reforma confirma que la mateixa iniciativa de l'executat en presentar la sol·licitud preconcursal delimita l'àmbit dels béns objecte d'execució i que són necessaris per a la continuïtat de l'activitat. Això es plasma, sense qualificació prèvia, en el Decret del Secretari, que té per formulada la comunicació, la còpia de la qual és un document prou adequat perquè el Jutge que en conegui l'execució acordi la paralització. La norma no preveu la intervenció de l'executant i, per això, si discrepés sobre la necessitat dels béns per a la continuïtat de l'activitat, només li caldria promoure el corresponent incident davant el Jutge competent per conèixer si escau, amb la finalitat d'obtenir una declaració que els béns no són necessaris per a la continuïtat de l'activitat i amb això sol·licitar davant el jutge de l'execució l'aixecament de la suspensió (AAP Àlaba [1a] de 26 de juny de 2015 [JUR 2015, 190481]).

Per això, es valora que la declaració de necessitat dels béns amb relació a l'art. 5 bis pot ser entesa com una declaració als efectes de l'art. 5 bis i sobre la base de les alegacions i les proves, únicament documentals, que hagin estat aportades en el tràmit de recurs o amb anterioritat pel deutor per justificar la necessitat dels béns. [...] Les limitacions destacades anteriorment permeten també afirmar que el nivell d'exigència fàctica i probatòria que per apreciar el requisit de necessitat en el marc de l'art. 56 ha quedat ressaltat per la jurisprudència (com l'Acte de l'AP de Barcelona, secció 15a de 10 d'abril de 2014) ha de ser necessàriament menor en el marc de l'art. 5 bis (AJM 7 Barcelona de 29 d'abril de 2016 [JUR 2016, 114804]).

Activitat

- a) La comunicació de l'article 5 bis procedeix en cas d'insolvència imminent? Consulteu l'AAP Madrid (28a) de 5 de febrer de 2010 (AC 2010, 835).
- b) Quina naturalesa té el termini al qual es refereix l'article 5 bis de la Llei Concursal, processal o material? Consulteu la SAP Barcelona (15a) de 6 de juliol de 2016 (JUR 2016, 195008).
- c) L'acte d'admissió o inadmissió a tràmit d'una comunicació preconcursal es pot recórrer a apel·lació? Consulteu l'AAP Madrid (28a) de 5 de febrer de 2010 (JUR 2010, 347243).
- d) Quin òrgan haurà de pronunciar-se sobre el caràcter necessari dels béns del deutor?

Precisió

Tampoc no podran iniciar-se o, si s'escau, quedaran suspeses les execucions singulars promogudes pels creditors de passius financers a què es refereix la disposició addicional quarta, sempre que es justifiqui que un percentatge no inferior al 51 per cent de passius financers han recolzat expressament l'inici de les negociacions encaminades a la subscripció de l'acord de refinançament; suspensió que també s'estén a les execucions promogudes per creditors amb garantia real (art. 5 bis.4 LC).

D'altra banda, com a conseqüència de les últimes reformes operades en la Llei Concursal, es preveuen nous possibles continguts per als acords de refinançament. Així, es permet, al costat dels tradicionals quitaments i esperes, la capitalització del deute i la seva conversió en accions o participacions.

Precisió

En evitació de la possibilitat que es considerin creditors subordinats als nous socis o copartípcis, per a convertir-se en persones especialment relacionades amb el deutor, l'article 92.5è de la Llei concursal deixa fora de l'àmbit de la regla general de subordinació els crèdits capitalitzats en compliment d'un acord de refinançament, de conformitat amb l'article 71 bis o amb la DA 4a. de la Llei concursal.

Precisió

Com una altra mesura de protecció envers els creditors que capitalitzen els seus crèdits, l'article 93.2.2n. de la Llei concursal estableix una presumpció *iuris tantum* en el sentit de no considerar els mateixos administradors de fet de la persona jurídica deutora, si en el futur es declara el concurs. Això pot impedir que resultin afectats per la resolució que, si s'escau, es dicti en el si de la secció de qualificació del concurs (art. 169.1 i 172.2.1r. LC).

Precisió

A més, en l'article 165 de la Llei concursal, que recull les presumpcions *iuris tantum* del concurs culpable, s'afegeix un apartat quart que presumeix el dol o la culpa dels qui, sense causa raonable, votin en contra de l'acord de capitalització i en frustrin així l'obtenció.

Una altra de les novetats, quant al contingut dels acords de refinançament, rau en la possibilitat d'ampliació dels quitaments i esperes, complint les condicions legals. Així, els apartats 3r. i 4t. de la DA 4a. de la Llei concursal preveuen dos tipus d'opcions, en funció del percentatge del passiu financer favorable a l'acord de refinançament, amb diferents possibles límits en els quitaments i esperes:

- Amb un 60% del passiu financer favorable a l'acord: esperes de fins a cinc anys i conversió de deute en préstecs participatius durant cinc anys.
- Amb un 75% del passiu financer favorable a l'acord:
 - Esperes de fins a deu anys.
 - Quitaments sense percentatge màxim.
 - Conversió de deute en accions o participacions de la societat deutora, amb alternativa de quitament equivalent per als disconformes, sempre que concorri acord social amb les majories de la Llei de societats de capital.
 - Conversió de deute en préstecs participatius, obligacions convertibles, préstecs subordinats o instruments financers de fins a deu anys.
 - Cessió de béns o drets en pagament de la totalitat o part del deute.

Precisió

Aquests mateixos efectes es fan extensius als creditors amb garantia real pel valor que excedeixi a la garantia real; i, pel que no excedeixi, quan concorrin les majories del 65% i 80%, respectivament, per a cadascun dels dos tipus d'opcions als quals s'ha fet referència.

4.2. L'acord extrajudicial de pagaments

L'acord extrajudicial de pagaments és un procediment extraconcursal de negociació de deutes d'empresaris, persones físiques o jurídiques, amb la intervenció d'un "mediador concursal". La seva regulació es conté en el Títol X de la Llei Concursal (arts. 231 a 242), introduït per la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de suport als emprenedors i la seva internacionalització.

Precisió

En concret, aquest procediment resulta d'aplicació a l'empresari persona natural que es trobi en situació d'insolvència o que prevegi que no podrà complir regularment amb les seves obligacions, si justifica, aportant el corresponent balanç, que el seu passiu no supera els cinc milions d'euros (art. 231.1,I). No obstant això, s'estén el concepte d'empresari persona natural a aquells que exerceixin activitats professionals o que tinguin tal consideració a l'efecte de la legislació de la Seguretat Social, així com els treballadors autònoms (art. 231.1,II). Però s'exclou l'accés als deutors que es trobin en algun dels supòsits de l'article 231.3, i als que es trobin negociant amb els seus creditors un acord de refinançament o la sol·licitud de concurs dels quals hagués estat admesa a tràmit (art. 231.4 LC). Tampoc s'admeten entitats asseguradores i reasseguradores (art. 231.5, III LC).

Precisió

Els crèdits amb garantia real es veuran afectats per l'acord extrajudicial de pagaments, però no els crèdits de dret públic, encara que gaudeixin de garantia real (art. 231.5, i i II).

Jurisprudència

És usual remetre's a l'article 231.1, apartat segon, de la Llei Concursal. Encara que, circumscrit a l'àmbit de l'acord extrajudicial de pagaments, es defineix l'empresari persona natural com aquell que té aquesta condició d'acord amb la legislació mercantil, però també aquells altres que exerceixen activitats professionals o tenen aquesta consideració efectes de legislació de la Seguretat Social. Els treballadors autònoms també serien considerats empresaris persones naturals. Pot succeir, doncs, que tingui la consideració d'empresari un deutor que no faci activitat econòmica, com, per exemple, aquella persona que està donada d'alta a la Seguretat Social una empleada de llar (art. 10.1.7è. RD 84/1996, de 26 de gener i art. 1.3 RD 1620/2011, de 14 de novembre). També quedarien fora del concepte de consumidor aquells que estan donats d'alta com a autònoms afectes de legislació de la Seguretat Social. Només el treballador per compte d'altri sembla que en queda fora (SAP Còrdova [1a] d'1 de desembre de 2016 [AC 2016, 2038]).

Davant d'això, la tesi integradora segons la qual el concepte d'"empresari" ens el proporciona l'art. 231 LC, estén encara més el concepte, ja que abasta: 1) les persones naturals que tenen la condició d'empresaris d'acord amb la legislació mercantil, en els termes que abans hem vist; 2) aquells que exerceixen activitats professionals, que ja a efectes tributaris la Llei de l'Impost sobre el Valor Afegit (Llei 37/1992, de 28 de desembre) els equipara en l'article 5, en considerar empresaris o professionals "aquestes persones que fan activitats empresarials o professionals", que segons el segon apartat són "les que impliquen l'ordenació per compte propi de factors de producció materials i humans o d'un d'ells, amb la finalitat d'intervenir en la producció o distribució de béns o serveis"; 3) els treballadors autònoms, que segons la Llei 20/2007, d'11 de juliol, de l'Estatut del Treball Autònom es consideren "les persones físiques que fan de manera habitual, personal, directa, per compte propi i fora de l'àmbit de direcció i organització d'una altra persona una activitat econòmica o professional a títol lucratiu, donin o no ocupació a treballadors per compte d'altri. Aquesta activitat autònoma o per compte propi podrà fer-se a temps complet o a temps parcial", encara que sigui redundat, en poder-se englobar a la categoria d'empresari en els termes amplis previstos per la doctrina mercantilista, i 4) els que tenen la consideració d'empresaris efecte de legislació de la Seguretat Social, la qual cosa ens remet a l'article 138.3 i 136 de la Llei General de la Seguretat Social (Reial decret legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre) i a l'article 10 del Reial decret 84/1996, de 26 de gener, pel qual s'aprova el Reglament General sobre inscripció d'empreses i afiliació, altes, baixes i variacions de dades de treballadors a la Seguretat Social, que assenyalava que, efecte del Reglament, "es considera empresari, encara que la seva activitat no estigui motivada per ànim de lucre, tota persona física o jurídica, pública o privada, a la qual prestin els seus serveis, amb la consideració de treballadors per compte d'altri o assimilats, les persones compreses en el camp d'aplicació de qualsevol règim dels que integren el sistema de la Seguretat Social". Entre ells enumera expressament el "titular de la llar familiar, ja ho sigui efectivament o com a simple titular del domicili o lloc de residència en el qual es prestin els serveis domèstics" respecte dels treballadors inclosos en el Sistema Especial per a Empleats de Llar establerta en el Règim General de la Seguretat Social. Admetem que és sorprenent que el titular d'una llar, pel fet de tenir una empleada de llar de manera parcial, com a ocupador (que és el més rellevant en l'àmbit de la Seguretat Social) s'equipari a una persona que desenvolupa una activitat econòmica en nom propi, quan són realitats diverses. Però això no és sinó fruit d'aquesta imprecisió del legislador, en no valorar les conseqüències que una tècnica legislativa de remissió implica. El fet que pugui no ser empresari en sentit mercantil

no és determinant quan ha estat el legislador qui li ha assignat aquesta condició i li atorga igual tracte (AAP Múrcia [4a] de 28 de juliol de 2016 [JUR 2016, 207911]).

El deutor que pretengui aconseguir amb els seus creditors un acord extrajudicial de pagaments sol·licitarà, mitjançant instància, el nomenament d'un mediador concursal (art. 232.1 i 2 LC). El mediador concursal haurà de reunir la condició de mediador, d'acord amb la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, i, per actuar com a administrador concursal, les condicions que s'indiquen a l'article 27. La condició de mediador concursal l'adquireix amb el nomenament, que haurà de recaure en la persona natural o jurídica a la qual de forma seqüencial correspongui d'entre les que figurin en la llista oficial que es publicarà al portal corresponent del "Butlletí Oficial de l'Estat" (art. 233.1 LC). Dins dels deu dies següents a l'acceptació del càrrec, el mediador concursal comprovarà les dades i la documentació aportats pel deutor i podrà requerir-li el seu complement, esmena o correcció, i convocarà al deutor i als creditors a una reunió que se celebrarà dins dels dos mesos següents a l'acceptació, en la localitat on el deutor tingui el seu domicili. Això amb l'excepció dels creditors de dret públic, que mai es veuran afectats per l'eventual acord que s'aconsegueixi (art. 234.1 LC).

Precisió

La convocatòria de la reunió es realitzarà per conducte notarial o per qualsevol mitjà de comunicació, individual o escrita, que assegurï la recepció, s'haurà de dur-se a terme per correu electrònic si constés l'adreça electrònica, i haurà d'expressar el lloc, dia i hora de la reunió, la finalitat d'aconseguir un acord de pagament i la identitat dels creditors convocats, amb la corresponent informació relativa als seus crèdits (art. 234.2 i 3).

El deutor podrà continuar amb la seva activitat laboral, empresarial o professional, però s'abstindrà de realitzar qualsevol acte d'administració i disposició que excedeixi els actes o operacions pròpies del gir o tràfic de la seva activitat (art. 235.1 LC). Tampoc no podrà ser declarat en concurs, si no concorren les circumstàncies previstes en l'article 5 bis (art. 235.6 LC). I des de la comunicació de l'obertura de les negociacions al jutjat competent per a la declaració del concurs els creditors que poguessin veure's afectats pel possible acord extrajudicial de pagaments no podran iniciar ni continuar cap execució judicial o extrajudicial sobre el patrimoni del deutor, mentre es negocia l'acord extrajudicial fins a un termini màxim de tres mesos (art. 235.2 LC).

Precisió

Queden exceptuats els crèdits amb garantia real que no recaigui sobre béns o drets necessaris per a la continuïtat de l'activitat professional o empresarial del deutor ni sobre el seu habitatge habitual. Si la garantia real recau sobre aquests béns o drets, els creditors podran exercitar la seva acció real enfront d'ells, sense perjudici de la paralització del procediment durant el transcurs del termini.

Activitat

Què passa si el deutor inicia l'acord extrajudicial de pagaments i per causes que no li són imputables no es duu a terme la comunicació a la qual al·ludeix l'article 5 bis de la Llei Concursal? Consulteu l'AJM (1) Barcelona de 2 de juliol de 2015 (JUR 2015, 266908).

Jurisprudència

L'article 235.2 de la Llei Concursal, introduït després de la reforma de la Llei d'Emprenedors, estableix que: [...]. Per poder aconseguir aquest efecte de suspensió de les execucions, excepte les que gaudeixin de garantia real, és necessari que es publiqui l'inici de l'expedient extrajudicial i, perquè es produeixi la publicació, cal que es designi mediador per part del notari i que accepti el càrrec. Per tant, si no hi ha designat mediador, no poden derivar-se cap dels efectes que permetrien al deutor aconseguir l'acord extrajudicial de pagaments. No és objecte d'aquesta sol·licitud analitzar les causes o circumstàncies que determinen la falta de designació de mediador –circumstància no imputable a l'instant de l'expedient–, sinó les conseqüències que aquesta situació genera en el patrimoni del deutor, que, conforme a l'article 231 de la Llei Concursal, ha de trobar-se en situació d'insolvència per poder iniciar l'expedient extrajudicial. La demora en el nomenament de mediador i en la publicació de l'obertura de l'expedient contrasta amb els principis de celeritat i flexibilitat que preveu el preàmbul de la Llei d'Emprenedors, sense que la Llei d'Emprenedors introdueixi cap mecanisme de tutela cautelar del deutor davant d'aquestes demores, que no li són imputables. La situació d'insolvència del deutor, unida als procediments judicials d'execució ja iniciats contra ell –referits en la documentació annexa a l'escrit d'inici del procediment davant el notari–, comprometen seriosament les possibilitats d'aconseguir l'acord extrajudicial pretès per la Llei, ja que poden minvar el patrimoni del deutor i col·locar els creditors que han iniciat l'execució en una posició més favorable que la d'altres creditors de la mateixa naturalesa. Certament el deutor podria sol·licitar el concurs voluntari i amb això activar els mecanismes de protecció del seu patrimoni previstos en els articles 55 i 56 de la Llei Concursal, però aquesta opció frustraria l'objectiu de la reforma de la Llei Concursal de canalitzar per mitjà d'instruments extrajudicials de pagament els procediments d'insolvència d'empresaris i empenedors; d'altra banda, privaria el deutor dels beneficis previstos en el nou títol X de la Llei Concursal. El notari no està habilitat legalment a adoptar mesures cautelars o anticipar algun dels efectes de l'admissió del procediment; la qüestió que ha de resoldre's és si el jutge concursal disposa de cap mecanisme legal per anticipar alguns efectes propis d'un procés concursal judicial que es pretén evitar, coadjuvant amb això el fet que la reforma pugui aplicar-se amb èxit i complir els seus objectius. [...] La qüestió és si es poden anticipar mesures protectores del patrimoni del deutor que es vinculen a la declaració de concurs i que, en tot cas, es produirien bé per la publicació de l'expedient notarial, bé per la declaració de concurs. Qüestió que inevitablement connecta amb la possibilitat que aquesta mesura cautelar pugui perjudicar als creditors. [...] En definitiva, sembla raonable forçar la interpretació de la Llei Concursal i permetre l'anticipació d'algun dels efectes de la publicació de l'expedient extrajudicial en una situació tan excepcional com aquesta. No hi ha previsió en la Llei Concursal d'audiència prèvia als interessats, ni tampoc té sentit en el marc d'un procediment universal d'insolvència imposar al deutor una fiança o caució sense perjudici que els hipotètics danys que pugui causar aquesta mesura es considerin crèdits prededucibles o contra la massa. Els límits d'aquesta mesura han de ser els que preveu l'article 235.2 LC, és a dir, no pot afectar creditors amb garanties reals, no pot afectar creditors públics –sotmesos al tràmit especial del nou títol X–, s'adopta durant el temps que duri l'actual situació d'impossibilitat de designa de mediador i, per tant, de publicació de l'inici de l'expedient notarial; a més, no podrà allargar-se més enllà de tres mesos (AJM 3 Barcelona de 24 de gener de 2014 [AC 2014, 205]).

Tan aviat com sigui possible i, en qualsevol cas, amb una antelació mínima de vint dies naturals a la data prevista per a la celebració de la reunió, el mediador concursal, amb el consentiment del deutor, remetrà als acreedors una proposta d'acord extrajudicial de pagaments sobre els crèdits pendents de pagament a la data de la sol·licitud, proposta que podrà contenir esperes o moratòries, que no podran superar els deu anys, quitacions, cessió de béns o drets als creditors en pagament o per a pagament de totalitat o part dels seus crèdits i la conversió de deute en accions o participacions de la societat deutora (art. 236.1LC).

Precisió

La proposta anirà acompanyada d'un pla de pagaments amb detall dels recursos previstos per al seu compliment i d'un pla de viabilitat, i contindrà una proposta de compliment regular de les noves obligacions, incloent-hi, si escau, la fixació d'una quan-

titat en concepte d'aliments per al deutor i la seva família, i d'un pla de continuació de l'activitat professional o empresarial que desenvolupés. També s'hi inclourà còpia de l'acord o sol·licitud d'ajornament dels crèdits de dret públic o, com a mínim, de les dates de pagament d'aquests, si no s'han de satisfer en els seus terminis de venciment (art. 236.2 LC).

Dins dels deu dies naturals posteriors a l'enviament de la proposta d'acord pel mediador concursal als creditors, aquests podran presentar propostes alternatives o propostes de modificació. Després d'aquest termini, el mediador concursal els remetrà el pla de pagaments i viabilitat final acceptat pel deutor (art. 236.3 LC). Aquesta és la primera oportunitat que se'ls ofereix als creditors per participar en l'elaboració de l'acord; la segona es produeix en la mateixa reunió en la qual el pla de pagaments i el pla de viabilitat podran ser modificats, sempre que no s'alterin les condicions de pagament dels creditors que, per haver manifestat la seva aprovació dins dels deu dies naturals anteriors, no hagin assistit a la reunió (art. 237.2 LC). Però el mediador concursal haurà de sol·licitar immediatament la declaració de concurs de creditors si, abans de transcorregut el termini, decidissin no continuar amb les negociacions els creditors que representin, com a mínim, la majoria del passiu que pugui veure's afectada per l'acord i el deutor es trobés en situació d'insolvència actual o iminent (art. 236.4 LC).

Precisió

L'obligació que s'imposa al mediador concursal de sol·licitar immediatament la declaració de concurs no és coherent amb la possibilitat de modificació de la proposta en l'acte mateix de la reunió tant a instàncies del deutor com dels creditors. Sembla que el mediador haurà d'esperar a la reunió per adoptar la decisió definitiva sobre la conveniència de sol·licitar la declaració de concurs.

Jurisprudència

Els anteriors raonaments són aplicables també al supòsit que ens ocupa, en el qual consta sentència de divorci dictada l'any 2008, que fixa una pensió d'aliments a càrrec del senyor Antonio i a favor dels seus fills menors d'edat, pensions que –per la naturalesa i periodicitat que tenen– se segueixen reportant amb posterioritat a l'acord extrajudicial de pagaments, i no poden ser objecte de transacció ni renúncia: arts. 751 de la LEC i 151 del Codi Civil. L'art. 236 de la Llei Concursal disposa que la proposta d'acord extrajudicial de pagaments inclourà, si escau, la fixació d'una quantitat en concepte d'aliments per al deutor i la família. Preveu, doncs, aquest precepte la possibilitat de fixar en el procediment d'acord extrajudicial de pagaments aliments per al deutor i la seva família. L'expressió "i la seva família" ha d'entendre's per a aquells supòsits en els quals no hi ha una situació de crisi familiar, un previ procés matrimonial o menors previstos en el títol I llibre IV de la LEC, ja que en aquest cas és el jutjat de primera instància, de família, i no el jutjat del mercantil, el que és competent per fixar les pensions d'aliments, perquè no només no hi ha atribució competencial als jutjats del mercantil en processos de família, sinó que està expressament exclosa per l'art. 8 de la Llei Concursal (SAP la Rioja [1a] de 9 de novembre de 2017 [AC 2017, 1590]).

Activitat

Cal disminuir la pensió d'aliments als fills a través d'un acord extrajudicial de pagaments? Consulteu la SAP la Rioja (1a) de 9 de novembre de 2017 [AC 2017, 1590]).

Jurisprudència

D'acord amb l'art. 242.bis de la Llei Concursal, el deutor remetrà la proposta d'acord, i són els creditors, no el deutor, els qui poden remetre propostes alternatives o de modificació; el que no és possible és que el deutor presenti diversos plans de pagaments alternatius, o un segon pla de pagaments diferent del que es va presentar inicialment, com ha passat en aquest cas, en què la sol·licitud del 21 de juliol de 2016 el deutor s'acompanya d'un pla de pagaments que consisteix a mantenir el pagament de la quota hipotecària, pagar en concepte de pensió d'aliments 100 euros per a cada fill, en un total de 200 euros, i quant als deutors ordinaris una quitació del 80 % i una espera de 2 anys, i pocs mesos després, el 18 de novembre de 2016, sense cap explicació, presenta un altre pla de pagaments alternatiu en què es manté el pagament de la quota hipotecària, i quant a la resta dels deutors, inclosos aliments i costes judicials, una quitació del 25 % i una espera de 48 mesos (SAP la Rioja [1a] de 9 de novembre de 2017 [AC 2017, 1590]).

Els creditors que hagin estat convocats tenen el deure assistir a la reunió, sancionant-se el seu incompliment amb la postergació dels seus crèdits, que passaran a ser subordinats si, fracassada la negociació, fos declarat el concurs del deutor (art. 237.1 LC).

Com sabem, el pla de pagaments i el pla de viabilitat podran ser modificats en la reunió, sempre que no s'alterin les condicions de pagament dels creditors que, per haver manifestat la seva aprovació dins dels deu dies naturals anteriors, no hagin assistit a la reunió (art. 237.2 LC). Per a l'acceptació del pla extrajudicial de pagaments seran necessàries les següents majories, calculades sobre la totalitat del passiu que pugui resultar afectat per l'acord:

a) Si hi vota a favor el 60 per cent, els creditors amb crèdits que no gaudeixin de garantia real o excedeixin del valor de la garantia real -la part d'aquests crèdits que excedeixi l'esmentat valor- quedaran sotmesos a les esperes, ja siguin de principal, d'interessos o de qualsevol altra quantitat deguda, per un termini no superior a cinc anys, a quitaments no superiors al 25 per cent de l'import dels crèdits, o a la conversió de deute en préstecs participatius durant el mateix termini.

b) Si hi vota a favor el 75 per cent, els creditors amb crèdits que no gaudeixin de garantia real o excedeixin del valor de la garantia real -la part d'aquests crèdits que excedeixi l'esmentat valor- quedaran sotmesos a les esperes per un termini de cinc anys o més, però en cap cas superior a deu, a quitaments superiors al 25 per cent de l'import dels crèdits, i a les altres mesures previstes en l'article 236.

Si el pla no fos acceptat i el deutor continués en insolvència, el mediador concursal sol·licitarà immediatament al jutge competent la declaració de concurs; i, si escau, demanarà també la conclusió del concurs per insuficiència de massa activa, en els termes de l'article 176 bis de la Llei Concursal (art. 238.3 LC). En canvi, si el pla fos acceptat pels creditors, l'acord s'elevàrà immediatament a escriptura pública, que tancarà l'expedient, si s'hagués tramitat davant notari.

Precisió

S'exceptuen els creditors que hagin manifestat la seva aprovació o oposició, dins dels deu dies naturals anteriors a la reunió, i els que tinguin al seu favor garantia real (art. 237.1 LC).

Precisió

Cal tenir en compte que tots els crèdits, excepte els no afectats per l'acord, són iguals, perquè, a diferència del que esdevé en el concurs, no es classifiquen entre privilegiats, ordinaris i subordinats.

Per als expedients oberts pel registrador mercantil o la Càmera Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació, es presentarà davant el Registre Mercantil còpia de l'escriptura perquè es pugui tancar l'expedient (art. 238.2 LC).

Precisió

El tancament es comunicarà pel notari, el registrador o la Càmera Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació al jutjat que hagués hagut de tramitar, si escau, el concurs. Igualment es justificarà per certificació o còpia remeses als registres públics de béns competents per a la cancel·lació de les anotacions practicades. Així mateix, es publicarà l'existència de l'acord en el "Butlletí Oficial de l'Estat" i en el Registre Públic Concursal per mitjà d'un anunci que contindrà les dades que identifiquin al deutor, incloent el seu Nombre d'Identificació Fiscal, el registrador o notari competent, o la Càmera Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació, el nombre d'expedient de nomenament del mediador, el nom del mediador concursal, incloent el seu nombre d'identificació fiscal, i la indicació que l'expedient està a la disposició dels creditors interessats en el Registre Mercantil, Notaria o Càmera Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació corresponent per a la publicitat del seu contingut.

Jurisprudència

No constant l'import del crèdit per les pensions d'aliments als fills menors, que, si escau, només podria referir-se a les pensions vençudes i impagades en el moment de presentar la sol·licitud d'acord extrajudicial de pagaments, no pot estimar-se que hagin votat a favor de l'acord les majories exigides per l'art. 238 de la Llei Concursal, en concret el 60 % del passiu que pogués veure's afectat per l'acord extrajudicial de pagaments, com es fa constar en l'acta notarial. I és evident, sense necessitat de més argumentació, com n'és de desproporcionat acordar no només una rebaixa de la pensió d'aliments, sinó que els menors no percebin la pensió fins passats com a mínim quatre anys. No només és desproporcionat, sinó que la Sala considera que no pot dur-se a terme aquesta rebaixa i retarda el pagament de la pensió d'aliments, amb la qual cosa actua en contra del que es va acordar en la sentència de divorci i al marge del procediment de modificació de mesures, que és la via legalment prevista en que una pretensió així ha d'exercitar-se (SAP la Rioja [1a] de 9 de novembre de 2017 [AC 2017, 1590]).

L'article 239.1 estableix, per a la impugnació de l'acord, un termini de deu dies, a aplicar des de la publicació de l'acord. L'oposició només podrà fundar-se en alguna de les següents causes: falta de concurrència de les majories exigides per a l'adopció de l'acord tenint en compte, si escau, als creditors que, havent de concórrer, no haguessin estat convocats; la superació dels límits establerts per l'article 236.1; o la desproporció de les mesures acordades. La impugnació no tindrà efectes suspensius de l'execució de l'acord i es tramitarà per la via de l'incident concursal (art. 239.2 i 3 LC).

Precisió

Es reconeix legitimació activa per impugnar l'acord extrajudicial al creditor que no hagués estat convocat o no hagués votat a favor de l'acord o hagués manifestat amb anterioritat la seva oposició en els termes establerts en l'article 237.1.

Cap creditor afectat per l'acord podrà iniciar o continuar execucions contra el deutor per deutes anteriors a la comunicació de l'obertura de l'expedient. Això és una conseqüència de l'eficàcia novatòria de l'acord. Així, després de l'acord, aquests deutes o són substituïts pels nous pactes, és a dir, novades; o s'extingeixen total o parcialment, si s'ha acordat la cessió de béns als creditors (art. 240.1 i 2 LC). Al mediador concursal se li encomana la funció de supervisar el compliment d'aquest acord, que es produirà quan les obligacions as-

sumides en el mateix siguin íntegrament realitzades pel deutor. En tal cas, ho farà constar en acta notarial que es publicarà en el Registre Públic Concursal (art. 241.1 i 2 LC).

Jurisprudència

En conseqüència, té raó la part apel·lant en què la Sra. Encarnación no té la condició de deutora en aquest procediment i en conseqüència no li són aplicables els efectes establerts en l'art. 240 de la LC acordat en la resolució d'Instància. Dit això, sí que en canvi li és aplicable el que es disposa en l'art. 235 de la LC, respecte dels deutors, en aquest procediment els Srs. Porfirio i Consolo, que també van comunicar mitjançant un escrit amb data 7 de desembre de 2015 la sol·licitud de mediació concursal per aconseguir un acord extrajudicial de pagaments amb els creditors, i en conseqüència caldrà mantenir-se la suspensió de l'assenyalament de la subhasta acordada en la diligència d'Ordenació de 12 de gener de 2016 i deixar en suspens qualsevol actuació davant d'ells. Així mateix, amb data 5 de gener de 2016, el Sr. Luis María presenta un escrit en què comunica que el dia 4 de desembre de 2015 es va presentar un acord extrajudicial de pagaments en què sol·licitava a suspensió de la celebració de la subhasta (foli 1161). I en conseqüència també caldran mantenir-se els pronunciaments acordats en la resolució d'Instància. No és aplicable a aquest el que es disposa en l'art. 240 de la LC, ja que no consta l'aportació d'un acord extrajudicial de pagaments però sí l'inici de l'expedient (SAP Girona [2a] de 13 d'octubre de 2016 [AC 2017, 232]).

Activitat

Pot una hipotecant no deutora sol·licitar la suspensió de l'execució hipotecària amb fonament en un acord extrajudicial de pagaments no acordat, però sí iniciat? Consulteu SAP Girona [2a] de 13 d'octubre de 2016 [AC 2017, 232]).

Al mediador concursal se li encomana la funció de supervisar el compliment d'aquest acord, que es produirà quan les obligacions assumides siguin íntegrament dutes a terme pel deutor. En aquest cas, així ho farà constar en acta notarial, que es publicarà en el Registre Públic Concursal (art. 241.1 i 2 LC).

Precisió

L'acord extrajudicial de pagaments, encara que no és objecte d'homologació judicial, s'estén als creditors dissidents o absents afectats.

Però també pot ser incomplet. En aquest cas, el mediador concursal haurà d'instar la declaració de concurs del deutor, presumint-se la seva insolvència (art. 241.3 LC). Això sense perjudici de la possibilitat que aquest desisteixi de l'acord i presenti una sol·licitud de concurs voluntari, que necessàriament es resoldrà a través de la liquidació.

Precisió

L'incompliment de l'acord produeix la desaparició dels seus efectes novatoris. En conseqüència, els creditors concorreran en el posterior concurs, denominat "consecutiu", amb els seus crèdits originals, és a dir, amb la quantia i qualitat que tenien amb anterioritat a l'acord.

Activitat

Si l'acord extrajudicial de pagaments és incomplet i el deutor és declarat en concurs, què ocurrerà amb els pagaments realitzats en execució d'aquest? Consulteu el criteri dels jutges del mercantil sobre aquest extrem.

Té la consideració de concurs consecutiu el que es declari per la impossibilitat d'aconseguir un acord extrajudicial de pagaments o per anul·lació del mateix o per incompliment del pla de pagaments acordat. El concurs consecutiu pot ser voluntari, és a dir, promogut pel deutor; o necessari, podent ser instat pels creditors o pel mediador concursal, que té el deure fer-ho en el supòsit de l'article 241.3. També pot obrir-se d'ofici pel jutge com a conseqüència de l'estimació de l'acció d'impugnació de l'acord (arts. 239.6 i 242.1 LC). Les especialitats del concurs consecutiu es contenen en l'article 242.2 de la Llei Concursal.

Precisió

Entre aquestes especialitats es troba l'exoneració del passiu no satisfet pel deutor després de la liquidació de l'actiu concursal. Amb això s'introdueix en el nostre Dret Concursal la institució coneguda com "fresh start" o "discharge", que havia estat reclamada doctrinalment des de temps enrere. No obstant això, la condonació judicial (és precisa una resolució judicial) dels crèdits pendents de pagament després de la realització del patrimoni concursal només està legalment prevista per al deutor persona natural el concurs del qual es qualifiqui com a fortuït, sempre que es compleixin els requisits de l'article 178 bis.

Activitat

a) En quin tràmit deurà el jutge del concurs comprovar la concurrència dels requisits que donen lloc a l'exoneració del passiu pendent de pagament i, si escau, emetre tal pronunciament? Consulteu el criteri dels jutges del mercantil sobre aquest extrem.

b) Extingit el deute principal, podrà el creditor reclamar als codeutors solidaris i als fiadors? Consulteu el criteri dels jutges del mercantil sobre aquest extrem.

Jurisprudència

Segons aquesta normativa, cal integrar els arts. 242.1 i 232.3 LC en relació amb l'art. 10.1 LC i entendre que la competència territorial per conèixer el concurs consecutiu d'un deutor persona natural no comerciant que ho sol·liciti "per la impossibilitat d'aconseguir un acord extrajudicial de pagaments o per incompliment" correspon al jutjat del domicili del deutor, tret que s'acrediti que no coincideix amb el centre dels seus interessos principals, ja que en aquest cas la competència correspondrà al jutge on es trobi situat aquest centre dels interessos principals del deutor (AAP Sevilla [5a] de 27 de juny de 2017 [AC 2017, 1240]).

Examinada la sol·licitud i valorats en conjunt els documents que s'acompanyen en els termes previstos en l'article 236 LC, en relació amb els 13 i 14 LC, es constata la concurrència del pressupòsit objectiu per declarar el concurs per esdevenir-se que ara està en situació d'insolvència actual, i haver intentat sense èxit un acord extrajudicial de pagaments en el qual es va designar un mediador concursal. Així mateix s'ha constatat que el sol·licitant ha complert tots els requeriments formals exigits per l'article 6.2 LC quant als documents imprescindibles per poder declarar el concurs. A l'empara de l'article 242 LC s'ha de considerar el concurs com a consecutiu. S'ha de procedir a nomenar una Administració concursal en els termes regulats per l'article 27, d'entre les persones o entitats incloses en les llistes legalment previstes. Designant d'acord amb l'article 242.1.r LC la persona designada com a mediador concursal en l'acord extrajudicial de pagaments frustrat. L'article 242 LC determina l'obertura immediata de la liquidació, i per tant queden suspeses les facultats patrimonials, d'administració i disposició dels òrgans de la societat en els termes previstos en l'article 145 LC. Ateses les al·legacions del deutor i la documentació que aporta amb la sol·licitud, no sembla, en principi, que calgui adoptar, segons ho habilita la LLO 8/2003 de 22 de juliol, cap mesura cautelar, ni limitació en les comunicacions del concursat, sempre que es compleixin les exigències derivades d'una cooperació diligent i puntual del concursat amb el jutjat i amb els administradors del concurs durant la tramitació. D'acord amb l'article 21.1.5.r i 23 LC en relació amb l'article 191.1 i 2 del mateix text legal, s'han ponderat les circumstàncies i els factors que determinen la crida als creditors en els terminis legals, i s'ha acordat com a publicitat per a la present declaració la publicació gratuïta en el Butlletí Oficial de l'Estat on es recullin l'anunci les dades indispensables per a la identificació del concursat, el règim patrimonial en el qual queden les seves facultats, el jutjat competent, el nombre d'actuacions i número general del procediment, la data de declaració, el termini per a la comunicació de crèdits i la identificació completa de l'Administració concursal. L'Administració concursal haurà de tenir en

compte les especialitats de l'article 242 LC quant a la consideració de crèdits contra la massa, honoraris d'Administració concursal i còmput de termini per als actes rescindibles (AJM 3 Barcelona de 7 d'octubre de 2015 [JUR 2015, 266843]).

En conseqüència, el concursat Sr. Lorenzo, abans de demanar el benefici de l'exoneració del passiu, almenys hauria d'haver intentat un acord extrajudicial de pagaments d'acord amb els articles 231 i següents de la LC, i no consta que ho hagi fet amb tots els creditors i, perquè se li pugui aplicar el règim d'exoneració parcial de l'apartat 5è de l'art. 178 bis. 3 LC, hagués d'haver acreditat almenys l'existència de negociacions prèvies serioses i tendents a arribar a un acord per d'alguna manera liquidar el deute que hi ha, ja sigui per mitjà d'ajornaments, fraccionament, reducció o d'alguna altra mena (dació en pagament, cessions de crèdit...). D'altra banda, tampoc no consta provat que hagués atès el pagament del 25 % dels crèdits ordinaris (SJPI 2 Segòvia de 28 de juliol de 2017 [JUR 2017, 251020]).

La utilització de l'acord extrajudicial de pagaments com a simple mitjà per "complir l'expedient" i així evitar l'abonament del 25 % del crèdit ordinari no pot sinó ser considerat un frau de llei que no pot ser emparat. El benefici s'atorga a aquells que han acudit a aquesta via i intentat de manera real i efectiva arribar a un enteniment amb els creditors sobre la manera d'abonar els crèdits, mirant d'obtenir una reducció del crèdit o l'ajornament del pagament en condicions diferents i més avantatjoses per al deutor, de la manera que els creditors considerin més adequat i avantatjós als seus interessos el cobrament d'una quantitat inferior o en un termini més llarg del deute, davant del perill que comportaria no cobrar o cobrar una quantitat minsa per veure's abocat el deutor a un procés concursal liquidatiu. [...] Òbviament en aquest cas, pel que ja s'ha manifestat, no podem arribar a una cap conclusió que no sigui que no s'ha intentat un acord extrajudicial de pagaments previ, ja que la petició que se li perdoni el 100 % del deute no lliga amb cap intent seriós en aquest sentit (SJM Logronyo de 25 de febrer de 2016).

Activitat

Pot donar-se com a vàlid per a l'assoliment del benefici de l'exoneració del passiu un acord extrajudicial de pagaments en el qual es proposa un perdó del total del deute? Consulteu la SAP la Rioja (1a) de 29 de juliol de 2016.

5. La declaració de concurs

5.1. Pressupòsits

5.1.1. Processals

Els pressupòsits processals es refereixen a la jurisdicció i competència de l'òrgan judicial que ha de conèixer del concurs, que s'ha de tractar sempre d'un jutjat mercantil, i a la personalitat del deutor que insta la declaració de concurs, i dels creditors i altres legitimats per a sol·licitar-la.

5.1.2. Materials

Pel que fa al **pressupòsit subjectiu**, qualsevol deutor pot ser declarat en concurs, ja sigui persona natural o persona jurídica.

També cal incloure en l'àmbit subjectiu del concurs certes entitats sense personalitat jurídica.

Exemple

Societats mercantils, associacions, cooperatives i societats civils.

Exemple

L'herència, mentre no hagi estat acceptada purament i simplement (herència jacent).

Jurisprudència

Per tant, si el mateix apel·lant parla d'herència jacent, aquesta herència i no ell serà la deutora que pugui ser declarada en concurs. És més, si tots els hereus, l'acceptació dels quals no consta, l'acceptessin a benefici d'inventari, podria continuar el concurs de l'herència, o ser declarat el concurs d'aquesta, ja que no hi ha confusió de patrimonis de l'acceptant i cabal hereditari. O, en tot cas, podria concursar un patrimoni separat de l'hereu, però que no justificaria en si mateix una declaració del concurs, ja que només respondria dels deutes del causant amb el cabal relicte, no amb la resta del seu patrimoni (AAP Pontevedra [1a] de 29 d'abril de 2009 [AC 2009, 160]).

En el supòsit present, la sol·licitud de concurs ho és d'una societat unipersonal el soci únic de la qual va morir amb anterioritat a la presentació del concurs i els poders especials per a la presentació de la sol·licitud van ser atorgats pels legítims hereus d'aquest, i a requeriment del jutjat van acreditar que l'herència havia estat acceptada per tots a benefici d'inventari. De tots aquests fets, lògicament el jutge aplica el que es disposa en l'art. 1.2 en connexió amb l'art. 3.4 de la LC, que recullen que quan l'herència no sigui acceptada simplement pels hereus podrà tramitar-se l'herència jacent del mort (AAP Girona [1a] de 23 de gener de 2009 [JUR 2009, 142250]).

La Llei Concursal recull la possibilitat d'aquesta sol·licitud sempre que partim d'una herència no acceptada simplement efecte de responsabilitat patrimonial universal, que en aquest cas es produeix tenint en compte el que es preveu en els articles 995, 1003 i 1911 del Codi Civil. Els supòsits, per tant, que es poden donar són o bé la no acceptació, fins i tot rebuig, o l'acceptació a benefici d'inventari o durant el temps en què exerceixi el dret a deliberar (AJM 1 Màlaga de 23 de juny de 2008 [AC 2008, 1568]).

Cal acreditar la defunció i l'existència de cabal relicte, i que no consti que l'herència hagi estat acceptada simplement (AJM 4 Madrid de 21 de juliol de 2005 [JUR 2005, 1708]).

L'herència no és i mai s'ha tingut per "una personalitat jurídica pròpia i independent". Ni l'article 1026 del Codi Civil ni la jurisprudència sobre la capacitat pro-

cessal de l'herència jacent van més enllà de reconèixer a l'herència la capacitat per ser part en el procés civil, i la capacitat processal que s'exerceix per mitjà de l'administrador o representant. De fet és un fenomen de part processal que no té personalitat. L'herència que pot concursar no ha de ser acceptada simplement, i la sol·licitud de l'hereu implica l'acceptació a benefici d'inventari. El concurs declarat a sol·licitud dels hereus no és mai d'un patrimoni de titular temporalment indeterminat, sinó d'un titular determinat, que és des de la mort del causant l'hereu (SJM 2 Bilbao de 2 de maig de 2007).

En canvi, no es poden declarar en concurs les entitats integrants de l'organització territorial de l'Estat, els organismes públics i altres ens de dret públic (art. 1 LC).

Jurisprudència

Una societat la capital de la qual és de composició mixta, com la qual ara ens ocupa, només podria accedir a la gestió indirecta d'un servei públic d'acord amb el que es recull a l'art. 85,b), que ens remet al Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, l'art. 277 del qual preveu l'encomana del servei a una "societat d'economia mixta" (entenen-se com a tal aquella en la qual l'Administració participa, sola o per mitjà d'una entitat pública, en concurrència amb persones naturals o jurídiques) com una modalitat més de contractació administrativa. Cal indicar, per tant, que si una "societat mercantil local", en la qual tot el capital és directament o indirecta de titularitat pública, no participa de les característiques d'un ens de dret públic, menys encara podrà fer-ho una "societat d'economia mixta" (AAP Madrid [28a] de 6 d'abril de 2015 [JUR 2015, 178278]).

En matèria local, per tant, l'entitat instrumental local i l'entitat pública empresarial no podria ser declarada en concurs, és a dir, aquelles que tenen personificació jurídicopública, però sí aquelles que tenen personificació jurídicoprivada. Aquest és precisament aquest cas, on es tracta d'una societat mercantil (societat limitada) amb un objecte social privat sense intervenció pública o de servei públic o d'exercici d'autoritat, la característica essencial de la qual és la plena participació pública, que no li treu naturalesa privada. Sostreure-la del dret privat quan concorre al mercat, no aplicant-li la normativa concursal, és un privilegi contrari als principis i normes més elementals sobre la competència (AJM 1 Màlaga de 13 d'abril de 2009 [AC 2009\1005]).

Es tracta d'una societat (anònima) concessionària de determinats serveis municipals de l'indicat municipi, que són els serveis d'aigua, enllumenat, parcs i jardins, conservació de la xarxa viària i d'edificis públics [...]. El capital és públic en un 30 %, [...] és clar que ens trobem davant una empresa de serveis que no implica l'exercici d'autoritat, en la qual el capital públic és minoritari, i en què les facultats de dissolució i liquidació no demanen cap tipus d'obstacle administratiu, [...], per la qual cosa la legitimada no és una corporació de dret públic en el sentit de l'art. 1.3 LC, i hi concorre el pressupòsit subjectiu per a la declaració del concurs (AJM 1 Almeria de 22 de juny de 2011 [AC 2011, 2002]).

El **pressupòsit objectiu** del concurs és la insolvència o estat en què es troba el deutor que no pot complir regularment les seves obligacions exigibles. Si el concurs és instat pel deutor, la insolvència també es pot plantejar com a imminent, que es tradueix en una previsió futura d'incompliment.

Activitat

Consulteu les resolucions següents del Tribunal Suprem sobre la insolència com a pressupòsit objectiu del concurs: SSTs de 15 d'octubre de 2013 (RJ 2013, 7253), de 1 d'abril de 2014 (JUR 2014, 114099) i 7 de maig de 2015 (JUR 2015, 146863).

Jurisprudència

Certament, com hem assenyalat en aquestes sentències, el pressupòsit objectiu del concurs, la concurrència del qual obliga a la sol·licitud temporània (art. 5.1 L), no són els fets reveladors de la insolvència al qual al·ludeix l'art. 2.4 LC, que serveixen per facilitar la petició de concurs a instàncies dels creditors, entre els quals hi ha el sobreseïment general en el pagament corrent de les obligacions (art. 2.4.1.r LC) i l'impagament d'obligacions tributàries o de quotes de la SS durant els tres mesos anteriors a la sol·licitud de concurs (art. 2.4.4.t LC). El pressupòsit objectiu del concurs és l'estat d'insolvència tal com ho defineix l'art. 2.2 LC: es troba en estat d'insolvència el deutor que no pot complir regularment les obligacions exigibles. Dèiem en la sentència d'11 de març de 2009, entre altres, que l'expressió "estat d'insolvència" ha d'entendre's en un sentit flexible i no absolut, no identificat necessàriament amb la definitiva i irreversible impotència patrimonial, sinó amb la situació d'incapacitat actual o imminent per al compliment regular de les obligacions, encara que la impossibilitat es degui a una situació de ni liquiditat però amb actiu superior al passiu exigible. Síntoma o fet revelador d'aquest estat pot ser el sobreseïment general en el pagament de les obligacions, o l'impagament de les obligacions tributàries o de quotes de la SS durant tres mesos (anteriors a la sol·licitud de concurs), d'acord amb l'art. 2.4 LC, però el que és rellevant és la capacitat del deutor per afrontar de manera regular les obligacions, tant transitòriament com definitivament, i en quin moment va deixar de tenir-la. Així, una dada significativa per apreciar aquest estat serà la constatació d'un cessament generalitzat en el pagament de les obligacions exigibles, però no l'impagament puntual o aïllat de certs crèdits (SAP Barcelona [15a] de 7 d'octubre de 2015 [JUR 2015, 269064]).

El que és important i decisiu és la insolvència del deutor i no la impossibilitat de cobrament per part dels creditors, que només és la conseqüència de la insolvència que es pot manifestar per un seguit de circumstàncies que no tinguin res a veure amb la insolvència. Es pot ser solvent, tenir el finançament adequat i, tanmateix, no pagar per una altra raó qualsevol, o sense cap raó aparent. Que hi hagi dificultat que els creditors puguin tenir per cobrar els crèdits no significa que s'estigui davant un estat d'insolvència de qui no paga (SAP Balears [5a] de 7 de juliol de 2014 [JUR 2014, 200055]).

Per al dret concursal espanyol el que és rellevant és que el deutor no pugui complir de manera regular les obligacions, amb independència de la raó que ho motivi i, per tant, que això es degui o no a causa del fet que li sigui imputable a aquell (AAP Madrid [28a] de 8 de maig de 2008 [JUR 2008, 186818]).

Activitat

Contesteu a les preguntes següents:

- a) Pot ser que un deutor insolvent sigui declarat en concurs si no hi ha una pluralitat de creditors?
- b) És procedent la declaració de concurs quan no hi ha un actiu realitzable? La solució seria la mateixa si el deutor ha realitzat actes de venda de béns a tercers durant els dos anys anteriors?

Consulteu la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona de 16 de març de 2011; la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Pontevedra de 14 de gener de 2010; la Sentència del Jutjat Mercantil número 1 d'Alacant de 24 de setembre de 2009; la Interlocutòria del Jutjat Mercantil número 1 de Bilbao de 4 de març de 2008; la Interlocutòria del Jutjat Mercantil número 1 de Madrid de 13 d'octubre de 2006, i la Interlocutòria del Jutjat Mercantil número 1 de Bilbao de 3 de desembre de 2004.

Precisió

No obstant això, quan la sol·licitud de concurs sigui presentada per un creditor i es basi en un embargament o recerca patrimonial infructuosos o que hagi donat lloc a una declaració administrativa o judicial d'insolvència, el jutge dictarà interlocutòria el primer dia hàbil següent sense cap altra activitat addicional (art. 15.1 LC).

Amb independència que el concurs sigui sol·licitat pel mateix deutor (concurso voluntari) o per algun dels altres legitimats (concurso necessari), l'estat d'insolvència ha de ser acreditat. Per aquesta raó, a la mera presentació de la sol·licitud no segueix una declaració automàtica del concurs.

1) Quan la sol·licitud sigui presentada pel deutor, a més d'indicar si el seu estat d'insolvència és actual o imminent, ha de justificar la seva situació d'endeutament per mitjà dels documents que està obligat a adjuntar-hi (arts. 2.3 i 6 LC), i també pot al·legar la concurrència d'algun dels fets indicaris de la insolvència previstos en l'article 2.4 de la Llei concursal.

Precisió

De conformitat amb l'article 6.2 de la Llei concursal, aquests documents són un poder especial per a sol·licitar el concurs, una memòria, un inventari de béns i una relació de creditors i, si escau, la plantilla de treballadors, amb la identitat de l'òrgan de representació dels mateixos, i els documents comptables previstos en l'article 6.3.

Jurisprudència

L'exigència documental no és una finalitat en si mateixa, sinó que està al servei d'una finalitat substantiva, com és justificar el pressupòsit objectiu del concurs i proporcionar la informació econòmica i patrimonial adequada per permetre que l'Administració concursal pugui complir les funcions essencials (AAP Barcelona [15a] de 25 de setembre de 2007 [JUR 2008, 14950]; AAP Barcelona [15a] de 9 de desembre de 2010 [JUR 2010, 117652]).

2) Quan la sol·licitud sigui presentada per un creditor, l'ha de fonamentar en l'existència d'una execució infructuosa o d'algun dels fets recollits en l'article 2.4: el sobreseïment general en el pagament corrent de les obligacions; la presència d'embaraments per execucions pendents que afectin d'una manera general el patrimoni del deutor; l'alçament o liquidació precipitada dels seus béns i, finalment, l'incompliment generalitzat d'obligacions tributàries, salarials i d'indemnització, i de pagament de quotes i altres conceptes de recaptació conjunta a la Seguretat Social durant els tres mesos anteriors a la sol·licitud de concurs (arts. 2.4 i 7 LC).

Activitat

Responeu a les preguntes següents:

- a) És necessari el sobreseïment total, és a dir, l'impagament de la integritat dels crèdits per part del deutor?
- b) Hi ha sobreseïment general si el deutor pateix algun retard en el pagament o incompliment esporàdic?

Consulteu, entre altres resolucions, la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona, d'1 de juny de 2011.

Jurisprudència

En un concurs necessari, ha de sustentat-se la insolvència del deutor en aquest catàleg de fets establert amb caràcter taxatiu per l'art. 2.4 LC; en canvi, quan la sol·licitud de concurs la presenta el deutor, la insolvència pot basar-se en aquests mateixos fets o en qualsevol altre de diferent. A més, els fets externs enumerats en l'art. 2.4 LC

constitueixen una presumpció *iuris tantum* del fet que el deutor coneixia el seu estat d'insolvència, segons disposa l'art. 5.2 LC (SAP Barcelona [15a] de 4 de juny de 2015 [AC 2015, 1020]).

Així, perquè el concurs necessari pugui ser declarat, no n'hi haurà prou amb l'aportació de documents que no justifiquin de manera plena qualsevol dels fets que l'art. 2.4 LC ha considerat reveladors de la situació d'insolvència [...]. L'acreditació d'aquests extrems ha de produir-se al moment de la presentació de la sol·licitud de declaració del procediment i no en un moment posterior [...] El jutge del concurs no només es troba plenament facultat per analitzar d'ofici la procedència de l'admissió a tràmit de la sol·licitud de concurs necessari, sinó que hi està obligat en l'àmbit processal (requisits formals) i en el de la matèria (títol i fets reveladors de la insolvència), i ha de rebutjar d'ofici la sol·licitud que no reuneixi aquestes exigències (AAP Lleida [2a] d'1 de setembre de 2012 [JUR 2012, 350909]). Procedeix la declaració de concurs necessari del deutor que, concorrent algun dels indicadors externs d'insolvència (art. 2.4 LC), no ha acreditat que malgrat tot que la situació és de solvència (AAP Sevilla [5a] d'1 de desembre de 2010). No procedeix la declaració de concurs necessari si no s'han demostrat els fets externs reveladors de la insolvència, encara que en la seva oposició a la sol·licitud de concurs el deutor no sigui capaç de provar que pot pagar regularment i el balanç no mostri liquiditat i sí sobreendeudament. La normativa no té una concepció patrimonial de la insolvència actual, sinó funcional o negocial, ja que a la insolvència tècnica ha d'afegir-se un fet extern revelador, que ve taxat en la Llei Concursal (AJM 1 Las Palmas de 19 d'octubre de 2010 [AC 2010, 1801]). Com assenyala l'Acte de la Secció 28a (especialitzada en matèria mercantil) de l'Audiència Provincial de Madrid de 21 de setembre de 2006, "a falta d'una prova suficient de l'existència de fets reveladors de la insolvència de la societat deutora, concretament del sobreseïment general en el pagament corrent de les obligacions, fa innecessari entrar a valorar altres extrems de la resolució recorreguda, controvertits en el recurs, ja que aquesta falta de prova suficient dels fets comporta la desestimació de la sol·licitud de declaració de concurs necessari" (AJM 2 Madrid de 5 de maig de 2009 [AC 2009, 1053]).

En el text definitiu de la Llei Concursal el legislador va optar per eludir el notable grau d'inseguretat jurídica pel fet que aquest mètode podia portar a adoptar un sistema de *numerus clausus* en què la legitimitat del creditor per a la sol·licitud de concurs necessari no pot sostenir-se sobre la noció més o menys difusa de la insolvència (vàlida només per a la sol·licitud del deutor en el concurs voluntari), sinó que ha de basar-se excloentment en la concurrència d'un nombre determinat d'hipòtesis legalment tipificades (els denominats "fets reveladors" o "fets de concurs"), que, encara que ordinàriament són denotatives d'una situació d'incapacitat patrimonial per fer front al pagament dels deutes, no s'hi han d'identificar necessàriament [...] la tesi del *numerus clausus* ve confirmada per la mateixa regulació legal. Així: 1. L'art. 7-1 de la Llei Concursal exigeix que el creditor que insti la declaració de concurs haurà d'expressar en la sol·licitud el títol o fet en el qual d'acord amb l'article 2.4 basa la sol·licitud. 2. Si bé l'art. 18 de la Llei Concursal admet que el deutor mostri la seva solvència malgrat la constatació plena d'algun dels "fets reveladors" invocats pel creditor (els de l'art. 2-4), no preveu, en canvi, la hipòtesi inversa, és a dir, no atribueix cap efecte al fet que el creditor instant del concurs necessari provi la insolvència del deutor quan la concurrència del fet revelador invocat es trobi orfe de prova ni, òbviament, quan no s'ha invocat cap fet revelador. 3. És la mateixa exposició de motius de la Llei Concursal la que ens indica de manera eloqüent que "els que estan legitimats per sol·licitar el concurs del deutor [...] han de basar-se en algun dels fets que com a presumptes reveladors de la insolvència enuncia la Llei: des de l'execució singular infructuosa fins al sobreseïment, general o sectorial, segons afecti el conjunt de les obligacions o alguna de les classes que la Llei considera especialment sensibles en el passiu del deutor, entre altres fets taxats [...]. Incumbeix al sol·licitant del concurs necessari la prova dels fets en què fonamenta la seva sol·licitud" (AAP Madrid [28a] de 5 de desembre de 2014 [JUR 2015, 247663]); AAAP Madrid [28a] de 17 de desembre de 2010 [JUR 2011, 95224] i de 20 de febrer de 2012 [JUR 2012, 177370]).

5.2. Procediment

El concurs no pot ser declarat d'ofici, sinó que aquesta declaració ha de partir de la iniciativa d'alguna de les persones que apareixen com a legitimades en l'article 3 de la Llei concursal. Així, la sol·licitud de concurs pot procedir del deutor, en aquest cas té la consideració de voluntari, o de qualsevol dels seus creditors, i llavors el concurs és necessari (art. 22 LC) i, si la declaració de

conkurs és demanada per tots dos, se segueix el principi de prioritat temporal, és a dir, el concurs és voluntari o necessari en funció de qui hagi presentat la primera sol·licitud, el deutor o un creditor, respectivament.

Jurisprudència

La declaració de concurs no pot fer-se *ex officio iudicis*. El jutge, per motius d'ordre públic i d'empara del mercat, no pot procedir, fins i tot en els casos de notori sobreseïment general de pagaments, a declarar el concurs necessari. Per aquesta mateixa raó, tampoc no ha de propiciar-se una interpretació *ad restringenda* dels requisits de legitimació activa (AJM 2 Bilbao de 28 de maig de 2007).

Precisió

Després de la reforma derivada de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, si el deutor és una persona jurídica, serà competent per decidir sobre la sol·licitud l'òrgan d'administració o de liquidació. No obstant això, la Llei Concursal també reconeix legitimació per demanar la declaració de concurs de la persona jurídica a l'òrgan d'administració o liquidació i als socis, membres o integrants que siguin personalment responsables dels deutes d'aquella. I, per a sol·licitar el concurs de l'herència no acceptada purament i simplement, estan legitimats els creditors del deutor mort, els hereus d'aquest i l'administrador de l'herència (art. 3 LC).

Jurisprudència

La Llei Concursal atribueix legitimació per decidir sobre la sol·licitud de concurs, tant en cas d'insolvència actual com imminent, a l'òrgan d'administració de la societat, sense que pugui entendre's que, sent imminent la insolvència, la decisió de sol·licitar el concurs ha d'adoptar-la la junta general, en la consideració que en aquest cas no hi ha una veritable obligació, ni un veritable risc per a l'administrador (art. 5 LC). Ara bé, a la legitimació per sol·licitar el concurs no ha de traslladar-se el problema de la responsabilitat de l'òrgan d'administració per no sol·licitar el concurs, ja que es tracta de qüestions diferents, i de l'article 3.1 de la Llei Concursal només pot deduir-se que l'òrgan d'administració està legitimat en tot cas (AJM 3 Barcelona de 3 de desembre de 2008 [AC 2008, 2088]).

Han d'aplicar-se les regles per a la formació de voluntat per part de l'òrgan d'administració de la societat: actuació conjunta dels administradors mancomunats, acord adoptat en el consell d'administració o decisió adoptada pel conseller delegat dins de l'àmbit de les funcions objecte de delegació, o actuació de qualsevol administrador solidari. D'una banda, no consta l'actuació conjunta dels liquidadors mancomunats amb vista a sol·licitar el concurs de creditors, sinó discrepàncies entre ells (AAP Biscaia [4a] de 30 de març de 2009). Atès que es tractaria d'un concurs voluntari, en tant que ho sol·licita el deutor, la legitimació per instar la declaració de concurs, en el cas que ens ocupa de deutor persona jurídica, correspon segons l'article 3-1 de la Llei Concursal a l'òrgan d'administració, per la qual cosa és ineludible la concurrència de l'altre administrador mancomunat, l'ara recurrent (AAP La Rioja de 27 de desembre de 2010 [JUR 2011, 69013]). Si la societat a través de la junta general, única legitimada per nomenar administradors i decidir sobre la forma d'administració, va optar per una administració mancomunada de dos administradors, no li és factible a l'administrador que roman en el càrrec actuar de manera individual sense convocar la junta per al nomenament de nous administradors, quan ha tingut prou temps per fer-ho. Per aquests motius, l'atorgament d'apoderament *apud acta* no es considera suficient per esmenar la deficiència apuntada, en la qual es considera que el sol·licitant no té prou legitimitat (AJM 7 Madrid de 14 de febrer de 2007).

L'únic legitimat per fer la sol·licitud és l'òrgan d'administració (els administradors legals), però això no impedeix que l'administrador de fet pugui ser responsable si l'administrador legal és un mer testafarro, quan l'omissió es pot imputar a qui prenien les decisions de la companyia. I això no treu que la responsabilitat pot ser també de l'administrador legal, que ha deixat de complir un deure legal greu. Per eximir-se de responsabilitat, no pot escudar-se en l'existència d'un administrador de fet que *de facto* administrava la companyia, tret que demostrï que va intentar complir aquell

deure legal i que l'administrador de fet ho va impedir (STS 22 de juliol de 2015 [RJ 2015, 3512]).

A més, cal apuntar que està legalment prevista la possibilitat de declaració conjunta de diversos deutors. Això si són cònjuges, hi ha confusió de patrimoni entre ells o, si es tracta de persones jurídiques, quan formin part del mateix grup, amb identitat substancial dels seus membres i unitat en la presa de decisions (art. 25 LC).

Jurisprudència

Perquè hi hagi grup de societats no és necessari que qui exerceix o pot exercir el control sigui una societat mercantil que tingui l'obligació legal de consolidar els comptes anuals i l'informe de gestió. [...] Si hi ha control, en el sentit definit en l'art. 42.1 del Codi de Comerç, perquè hi hagi un grup societari a l'efecte de la Llei Concursal, és indiferent que a la cúspide del grup hi hagi una societat mercantil (que tindria l'obligació comptable de fer comptes anuals i informe de gestió consolidats) o algun altre subjecte (persona física, fundació, etc.) que no tingui aquestes obligacions comptables. [...] Les raons que justifiquen un determinat tractament als concursos en els quals estan involucrades societats subjectes a control, en el sentit de l'art. 42.1 del Codi de Comerç, i que afecten qüestions com l'acumulació de concursos, incompatibilitats per exercir el càrrec d'administrador concursal, accions de reintegració, subordinació de crèdits, etc., concorren tant quan al capdavant del grup, exercitant el control, hi ha una societat mercantil com quan hi ha una persona física o una persona jurídica que no sigui una societat mercantil, com per exemple una fundació. [...] No hi ha justificació que en un concurs d'una societat integrada en un grup en el qual una d'aquestes fundacions o una persona física exerceix el control, una altra societat integrada en el grup no és considerada com a persona especialment relacionada amb la concursada, o que no es tramitin acumuladament els concursos de dues societats integrades en un d'aquests grups simplement perquè al capdavant del grup hi ha una fundació o una persona física i no una altra societat (STS de 15 de març de 2017 [RJ 2017, 1370]).

De la regulació concursal pot col·legir-se, d'una banda, que l'existència d'un grup de societats no impedeix que puguin ser declarades en concurs les societats del grup, i, d'una altra, que la declaració de concurs de la matriu no arrossega les altres societats del grup i viceversa (AJM [1] Cadis de 10 d'octubre de 2008 [AC 2009, 375]). La declaració conjunta té un abast merament processal, sense que això impliqui la tramitació conjunta dels diferents concursos ni l'aixecament del vel societari que permeti la comunicació de responsabilitat entre les diferents societats del grup. Si el que es pretén és aquesta extensió de responsabilitat, la sol·licitud de declaració conjunta no és la via adequada. En la sol·licitud, el creditor instant ha d'especificar el crèdit que té contra tots i cadascun dels deutors respecte dels quals sol·licita que es declari el concurs. A més d'acreditar la condició de creditor, és imprescindible que s'especifiqui en la sol·licitud el fet revelador de la insolvència que és d'aplicació (AJM [1] Alacant de 13 d'octubre de 2008 i de 20 d'octubre de 2009). No es pot parlar de concurs del grup, i sí de concursos de societats del mateix grup, precisant que no han de ser totes, ni tampoc és necessari que sigui declarada en concurs la matriu. No procedeix la declaració conjunta de concurs de diverses societats si no s'acredita la pertinença al mateix grup en el sentit de l'article 42 del Codi de Comerç, amb independència que entre elles hi hagi indicis de l'existència d'un entramat societari (AJM [1] Cadis de 15 d'abril de 2011 [AC 2011, 1969]).

Precisió

També es podrà declarar judicialment el concurs conjunt de dues persones que siguin parella de fet inscrita, a sol·licitud dels membres de la parella o d'un creditor, quan apreciï l'existència de pactes expressos o tàcits o de fets concloents dels quals es derivi la inequívoca voluntat dels qui conviuen de formar un patrimoni comú (art. 25.3 LC).

Jurisprudència

La confusió de patrimonis s'entén com la impossibilitat de determinar amb seguretat si els béns i drets afectes a la responsabilitat patrimonial d'un determinat deutor pertanyen a aquest o a un altre dels deutors insolvents (AJM 1 Pontevedra de 24 d'abril de 2007). Si per patrimoni s'entén el conjunt d'actius i passius titularitat d'un subjecte de dret, quant a l'extensió, hi haurà aquesta confusió quan concorri una commistió dels elements típics patrimonials, això és, els conjunts d'actius i passius, de manera que s'afecta la generalitat o una majoria molt principal d'aquesta conjunta, d'aquestes masses dels diferents concursos, fins i tot quan alguns actius o passius aïllats siguin individualitzables per a cada concurs, els quals seran malgrat tot arrossegats per la consolidació, ja que no pot ser parcial, atès que en un altre cas no hi hauria pròpiament confusió patrimonial. Seguint amb l'extensió de la commistió, ha d'afectar tant passiu com actiu, no només un dels aspectes, ja que el concepte de patrimoni és omnicomprensiu de tots dos elements (AJM 8 Madrid de 30 de gener de 2014 [AC 2014, 212]).

Precisió

En aquests casos també escau que, si s'han declarat de manera independent els concursos dels subjectes esmentats, posteriorment s'acumulin. Però la declaració conjunta i l'acumulació només suposen la tramitació coordinada dels processos, no una consolidació de masses, tret que hi hagi confusió de patrimonis.

Jurisprudència

“La no-consolidació de masses actives i passives dels diferents deutors els concursos dels quals es tramiten acumuladament és una exigència del respecte a la personalitat jurídica, en aquest cas de les societats afectades. Aquest respecte a la personalitat jurídica, en el cas del grup de societats, preserva els legítims drets dels socis minoritaris que no tinguin interessos o vinculació amb la resta de les societats, i sobretot dels creditors, perquè cadascun d'ells ha contractat amb una determinada societat i és creditor d'una o, en cas que hagi recaptat garanties, de diverses, en el marc de la confiança que li reporta el patrimoni concret de cadascun dels seus deutors, d'acord amb el principi de responsabilitat patrimonial universal del deutor, plasmat extraconcursalment en l'article 1911 CC i concursalment en l'article 76 LC. Barrejar masses actives i passives pot perjudicar la posició d'alguns creditors, que, altrament, per la proporció de creditors i béns/drets de cadascun dels seus deutors, tindrien més expectatives de cobrament que si es barreguessin amb tots els creditors de la resta de les societats del grup.” (Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 28 de juny de 2011).

Activitat

Responen a les preguntes següents:

- a) És possible que un grup de societats constitueixi el subjecte sobre el qual recau la declaració de concurs?
- b) La declaració de concurs de la societat matriu arrossega les altres societats del grup?
- c) Escau la declaració conjunta en concurs de persones físiques i jurídiques?

Consulteu, entre altres resolucions, la Interlocutòria del Jutjat Mercantil número 1 de Cadis de 10 d'octubre de 2008.

La Llei concursal recull el deure del deutor de sol·licitar el concurs dins els dos mesos següents a la data en què hagi conegut o hagi hagut de conèixer el seu estat d'insolvència, i aquest coneixement, llevat de prova en contra, es presumeix quan hagi esdevingut algun dels fets indicaris previstos en l'article 2.4 (art. 5.1 i 2 LC).

Precisió

En l'àmbit de la secció de qualificació del concurs, l'incompliment per part del deutor d'aquest deure constitueix una de les presumpcions d'existència de dol o culpa greu en la generació o agreujament de l'estat d'insolvència (art. 165, 1r LC). Això pot donar lloc al fet que el concurs es consideri culpable, si bé s'admet prova en contra, és a dir, es tracta d'una presumpció *iuris tantum*.

Com a conseqüència de les reformes efectuades el 2009 i 2011, es concedeix al deutor que hagi iniciat negociacions per aconseguir un acord de refinançament dels previstos en l'article 71 bis.1 i en la disposició addicional quarta o per obtenir adhesions a una proposta anticipada de conveni un termini màxim de quatre mesos per sol·licitar el concurs, a comptar des de la comunicació que ha de realitzar per posar en coneixement del jutjat aquesta circumstància (art. 5 bis LC). D'aquesta manera, si dins el termini esmentat algun creditor presenta una sol·licitud de concurs, el jutge no ha de proveir sobre aquesta fins que aquell hagi transcorregut enterament, i, si el deutor també n'ha presentat una, se li ha de donar tràmit en primer terme (art. 15.3 LC). Si en aquest termini de quatre mesos el deutor evita la situació d'insolvència, per exemple, mitjançant el refinançament dels seus deutes, no ha de demanar el concurs perquè no hi concorre el seu pressupòsit objectiu.

Precisió

En el cas en què sol·liciti un acord extrajudicial de pagaments, quan el mediador concursal proposat accepti el càrrec, el registrador mercantil o notari a qui s'hagués sol·licitat la designació del mediador concursal haurà de comunicar, d'ofici, l'obertura de les negociacions al jutjat competent per a la declaració de concurs.

Activitat

El deutor, ha d'acreditar o presentar en el jutjat alguna documentació que justifiqui el contingut d'un conveni definit o desenvolupat? Consulteu la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Sevilla de 21 de desembre de 2010.

Un cop presentada la sol·licitud de concurs per algun dels subjectes legalment legitimats, el jutge del concurs, el mateix dia o el dia hàbil següent al del seu repartiment, ha de procedir al seu examen i, si considera que presenta defectes, ha d'assenyalar un termini d'esmena, que no pot excedir els cinc dies. En canvi, si està completa, ha de proveir segons el que disposa l'article 14 o 15 de la Llei concursal, segons que es tracti d'un concurs voluntari o necessari, respectivament (art. 13 LC).

1) En el primer cas, només es declara el concurs quan de la documentació aportada juntament amb la sol·licitud de concurs resulti l'existència d'algun dels fets previstos en l'article 2.4 de la Llei concursal o altres que acreditin la insolvència al·legada pel deutor.

2) En el segon, una vegada admesa a tràmit la sol·licitud de concurs necessari, en què el creditor ha d'expressar totes les dades relatives al seu crèdit i els mitjans de prova de què pretengui valer-se, té lloc l'obertura d'un incident contradictori.

Precisió

Com sabem si la sol·licitud del creditor es va fonamentar en un embargament o en una recerca de patrimoni infructuosos o que hagi donat lloc a una declaració administrativa o judicial d'insolvència, no s'obre aquest incident, i el jutge declara automàticament el concurs el primer dia hàbil següent (art. 15.1 LC).

Si el deutor no compareix a la vista, hi compareix però no s'hi oposa o assenteix, aquell ha de declarar el concurs sense cap més tràmit (art. 18.1 LC). En canvi, si el deutor hi compareix i s'oposa a la declaració de concurs, ha de basar la seva oposició en la inexistència del fet en què es fonamenti la sol·licitud o que, tot i existir, no es troba en estat d'insolvència (art. 18.2 LC). Practicades les proves sol·licitades per les parts i declarades pertinents, el jutge ha de declarar el concurs o desestimar la sol·licitud mitjançant una interlocutòria, el pronunciament principal de la qual, és a dir, el relatiu a l'estimació o desestimació de la sol·licitud de concurs, és susceptible de recurs en apel·lació, mentre que els altres són susceptibles de recurs en reposició (arts. 19 i 20 LC).

Exemple

El pronunciament relatiu a l'adopció de mesures cautelars.

5.3. Efectes

5.3.1. Efectes sobre el deutor

La declaració de concurs genera un feix d'efectes que es projecten tant sobre l'esfera personal com patrimonial del deutor. D'una banda, des de l'admissió a tràmit de la sol·licitud de concurs necessari, a instàncies del legitimat per a instar-lo, o des de la declaració de concurs, d'ofici o a instàncies de qualsevol interessat, és possible l'adopció judicial de mesures relatives al secret de la correspondència, la llibertat personal o a la inviolabilitat del domicili.

Precisió

Aquestes mesures que, per la seva incidència directa en els drets i les llibertats fonamentals del deutor, estan previstes en una norma amb rang de llei orgànica, en concret, en l'article primer de la Llei orgànica per a la reforma concursal. Per això l'article 41 de la Llei concursal es remet a aquella quant als efectes d'aquesta declaració sobre les comunicacions, residència i lliure circulació del deutor.

D'altra banda, la interlocutòria que declara el concurs comporta altres efectes que afecten l'exercici de les seves facultats patrimonials, i les limita amb diferent intensitat segons que es tracti de concurs voluntari o necessari.

a) Si el concurs és voluntari, el deutor conserva les facultats d'administració i disposició del seu patrimoni, si bé el seu exercici queda sotmès a la intervenció dels administradors concursals, mitjançant la seva autorització o conformitat (art. 40.1 LC).

b) Si el concurs és necessari, se suspèn el deutor en l'exercici de les seves facultats patrimonials, i és substituït pels administradors concursals (art. 40.2 LC).

Jurisprudència

En principi, es parteix de la diferenciació entre concurs voluntari i concurs necessari, i es determina que en el primer el deutor conserva l'administració i disposició del patrimoni, que queda sotmès a la intervenció dels administradors, mitjançant la seva autorització o conformitat. Per al concurs necessari, la regla és la contrària, i es preveu la suspensió per al deutor d'aquelles facultats, i és substituït per l'Administració concursal. La intervenció equival a la pràctica a l'establiment d'un control sobre l'activitat econòmica del deutor. El criteri, però, és el de la continuació de l'activitat econòmica, raó per la qual l'art. 44 permet als interventors l'establiment d'un catàleg d'activitats que per la naturalesa i quantia queden exonerats del control necessari. Per a l'interval entre la declaració de concurs i la designació i la presa de possessió dels interventors, el deutor pot fer els actes inajornables (AAP Pontevedra [1a] de 24 de juny de 2011 [JUR 2012, 399578]).

Precisió

El jutge del concurs té la facultat d'acordar, sempre motivadament, la suspensió en cas de concurs voluntari o la mera intervenció quan es tracti de concurs necessari, amb indicació dels riscos que es pretenguin evitar i els avantatges que es vulguin obtenir. A més, pot acordar en qualsevol moment el canvi de les situacions d'intervenció o suspensió, a sol·licitud de l'administració concursal i un cop escoltat el concursat. El canvi de les situacions d'intervenció o de suspensió i la consegüent modificació de les facultats de l'administració concursal se sotmetran al règim de publicitat dels articles 23 i 24 (art. 40.3 i 4 LC).

Jurisprudència

Malgrat tot el que s'ha dit, l'apartat 3 del citat precepte permet al jutge acordar la suspensió en cas de concurs voluntari o la mera intervenció quan es tracti de concurs necessari, sempre motivant l'acord assenyalant els riscos que es pretenguin evitar i els avantatges que es vulguin obtenir. [...] En el supòsit jutjat, es considera més adequat fixar inicialment el règim d'intervenció, en primer lloc, perquè no es pot oblidar que la deutora ha sol·licitat la seva declaració de concurs abans de ser emplaçada i només l'endemà passat de presentar-se el concurs necessari, i tot i que és més que probable que ja tingués coneixement, abans de l'emplaçament, de la presentació del concurs necessari, també ho és que ja estava preparant la presentació de la sol·licitud, precipitada per la dels creditors. En segon lloc, la complexitat del negoci aeri i les possibles iniciatives de la deutora o de tercers, de les quals s'han fet ressò els mitjans de comunicació, i que, d'una manera o una altra, poden afectar el final de la societat i la satisfacció dels creditors i un sacrifici laboral més o menys important, aconsellen adoptar el règim d'intervenció davant de la suspensió, que podria generar en principi la paralització o interrupció de les iniciatives derivades de la substitució, que seran més satisfactòries com més aviat es puguin concretar, sempre sotmeses quan afectin béns, drets i obligacions que hagin d'integrar-se en el concurs, una autorització o conformitat més àgil de l'Administració concursal i, si escau, d'aquest òrgan judicial (AJM [5] Madrid d'11 de gener de 2007 [AC 2007, 249]).

Examinades la sol·licitud i la documentació aportades pel deutor, ja que és fins ara l'únic paràmetre pel qual poden regir-se les decisions que s'adopten, i estrictament des del punt de vista assenyalat per la Llei, el manteniment de les facultats patrimonials del deutor comporta riscos evidents. Això es desprèn, en primer i destacat lloc, del fet que l'òrgan d'administració ha incomplert el deure de formulació dels comptes anuals de l'exercici 2012 en el termini indicat en l'article 253.1 de la Llei de Societats de Capital, la qual cosa constitueix una de les funcions essencials de l'òrgan d'administració. Així mateix, es reconeix incomplert el deure de presentar, davant la CNMV, els estats financers intermedis corresponents al segon semestre del 2012 (art. 35 LMV). temps Així mateix, es manifesta que els comptes es troben sense auditar (almenys, sense haver-se finalitzat del tot l'auditoria preceptiva) [...]. Hi ha, a més, discrepàncies rellevants entre la informació subministrada juntament amb la sol·licitud de concurs i l'esmena presentada pocs dies després: diferència del percentatge de participació del soci majoritari (14,426 % enfront del 7,515 %), i fins i tot una diferència del passiu total (s'indica que per error) de prop de 88 milions d'euros. D'altra banda, es constata (doc. 2.6 dels que acompanyen la demanda) com el càrrec del membre que és actual president del Consell d'Administració hauria caducat en data immediata després del transcurs del termini estatutari de cinc anys. També sorprèn que la decisió de sol·licitar el concurs de creditors ha estat adoptada, com

s'informa, per una majoria del Consell d'Administració, la qual cosa per descomptat és legítim, però es constata també l'existència de discrepàncies en una decisió de tanta transcendència. Tot plegat apunta, sense por d'equívoc, al fet que mantenir les plenes facultats del deutor pot conduir a una situació de difícil governabilitat gens compatible amb l'ordre que ha de presidir el procés concursal [...] (AJM [1] Pontevedra de 25 d'abril de 2013 [AC 2013, 745]).

Activitat

Pot acordar-se judicialment la suspensió de facultats per a certes operacions i la mera intervenció per a unes altres? Consulteu l'AJM (2) la Corunya d'11 de desembre de 2013 (AC 2013, 1873).

La infracció per part del deutor de les limitacions que recauen sobre les seves facultats patrimonials no comporta la nul·litat de l'acte realitzat pel deutor, i són merament anul·lables a instàncies de l'administració concursal, sempre que no els hagi convalidat o confirmat (art. 40.7 LC).

Jurisprudència

Conseqüentment, si hi ha cap dubte sobre la correcció del que ha fet l'entitat concursada, no n'hi ha que per l'Administració concursal es convalida el que ha fet l'entitat demandant concursada. (SAP Alacant [9a] de 4 de juny de 2013 [JUR 2013, 266536]). Ara bé, aquesta autorització no demana una formalitat específica, per la qual cosa fent constar el coneixement i consentiment de la decisió respecte de l'actor de l'acomiadament disciplinari per part de l'Administració concursal, no s'accedeix a la pretensió de la part recurrent (STSJ Andalusia, Sevilla, [Sala social, 1a] de 8 de novembre de 2012 [AS 2013, 1004]). Doncs bé, en el supòsit analitzat és palesa la convalidació per part de l'Administració concursal de l'actuació empresarial que ha dut a terme en relació amb l'extinció del contracte de treball de la part demandant, i aquesta convalidació es palesa en la conformitat donada a l'extinció, en el coneixement de l'Administració concursal del lliurament de la comunicació extintiva, en la certificació de la indemnització derivada del cessament com a part del crèdit del treballador en el concurs i en l'absència de l'exercici de cap acció d'anul·lació, circumstàncies que impedeixen apreciar en la decisió judicial impugnada les infraccions que es diu que s'han comès (STSJ la Rioja [Sala social, 1a] d'1 d'octubre de 2015 [AS 2016, 86]; STSJ la Rioja [Sala social, 1a] de 10 de setembre de 2015 [AS 2016, 366]). Dit això, ja hem dit que l'article 40.7 de la Llei Concursal no és aplicable, no ja per no servir de suport a l'acció exercitada, sinó perquè es refereix a actes de la concursada sense respectar els límits de gestió que li han estat imposats pel jutjat del mercantil. Aquí no es discuteix que es van tractar de pagaments intervinguts per l'Administració concursal, ja que aquest precepte diu expressament que l'anul·lació d'aquests actes requerirà que l'Administració concursal "no els hagués convalidat o confirmat" (SAP Còrdova [1a] de 24 de maig de 2016 [AC 2016, 1232]).

La finalitat d'aquestes limitacions patrimonials és procurar la conservació i administració de la massa activa de la manera que resulti més convenient per a l'interès del concurs. Per això està prohibida, sense l'autorització del jutge, l'alienació o gravamen dels béns i drets que la integren fins a l'aprovació judicial del conveni o l'obertura de la liquidació (art. 43.2 LC).

Jurisprudència

En el seu desenvolupament sosté que l'autorització judicial no és un element constitutiu de la capacitat d'obrar de la concursada i, per tant, de la conformació de la seva voluntat de disposició, sinó de control de la conservació del valor de la massa activa i, en conseqüència, de la idoneïtat de la disposició feta. Pel que fa a la venda va quedar perfeccionada, dins del termini, amb l'autorització que va atorgar l'Administració concursal. El motiu ha de ser, doncs, desestimat. Encara que la controvèrsia plantejada ha girat entorn de la legislació concursal, això és, a la interpretació i abast de

Precisió

La Llei concursal estableix certs supòsits en què escau l'alienació de béns i drets pels administradors sense autorització judicial prèvia (art 43.3 LC).

Exemple

Els actes que siguin indispensables per a garantir la viabilitat de l'empresa o les necessitats de tresoreria, o els inherents a la continuació de l'activitat professional o empresarial del deutor.

l'article 43.2, en la redacció anterior a la reforma operada per la Llei 38/2011, d'11 d'octubre, cal precisar que, en aquest cas, la fonamentació o *ràtio decidendi* respon, més aviat, al règim general o civil de la formació del contracte, particularment de la vigència de l'oferta feta i la possible caducitat pel termini atorgat. En efecte, no es tracta, d'acord amb l'article 43.2 LC, d'analitzar la validesa d'una disposició patrimonial efectuada i, per tant, d'una venda ja perfeccionada en fase d'execució, sinó, per contra, d'analitzar la fase de formació del contracte que precedeix a la perfecció d'aquest. Supòsit d'aquest cas, on la formació no va ser instantània, sinó successiva mitjançant la realització d'una oferta d'adquisició de béns del concursat subjecta a un termini de caducitat, de manera que el transcurs del temps fixat per a la vigència de l'oferta va comportar la caducitat i, en conseqüència, l'absència de perfecció del contracte, és a dir, la inexistència no per falta de complement de capacitat o de posterior control judicial, sinó per la caducitat de l'oferta. Per la qual cosa quan la concursada va requerir a la demandada el compliment del contracte, el 3 d'agost de 2012, l'oferta ja havia caducat amb escreix, des del 19 d'octubre de 2010. La sol·licitud d'autorització per l'Administració concursal no comporta, en si mateixa considerada, l'acceptació de l'oferta feta (STS d'11 d'octubre de 2017 [RJ 2017, 4298]).

Com a regla general, la declaració de concurs no interromp l'activitat del concursat, encara que cal distingir, a aquests efectes, entre els supòsits d'intervenció i de suspensió de l'exercici de les facultats patrimonials del deutor:

- a) En el primer cas, l'administració concursal pot determinar les operacions pròpies del tràfic d'aquella que queden generalment autoritzades, i el deutor, fins a l'acceptació dels administradors concursals, pot realitzar els actes imprescindibles per a la continuació de la seva activitat (art. 44.2 LC).
- b) En el segon, correspon a l'administració concursal l'adopció de les mesures necessàries per a mantenir-la (art. 44.3 LC).

Precisió

Davant de la regla general de continuïtat de l'activitat de l'empresa, el jutge del concurs té la facultat d'acordar-ne la suspensió o el cessament, total o parcial, i el tancament de totes les oficines, establiments i explotacions de titularitat del deutor, o d'una part, sempre a sol·licitud de l'administració concursal i amb l'audiència prèvia del deutor i dels representants dels treballadors (art. 44.4 LC).

Exemple

Això pot ser aconsellable quan el desenvolupament de l'activitat generi pèrdues substancials, i el seu manteniment sigui contraproduent per a l'interès del concurs.

La Llei concursal vincula a la declaració de concurs una sèrie de deures generals el compliment dels quals correspon al deutor. Així, ha de comparèixer personalment en el jutjat mercantil i davant l'administració concursal totes les vegades que sigui requerit, i ha de col·laborar i informar en tot el necessari per a l'interès del concurs (art. 42 LC). Relacionat amb aquest deure de col·laboració i informació hi ha el de posada a disposició de l'administració concursal dels llibres que ha de portar obligatòriament i qualssevol altres llibres, documents i registres relatius als aspectes patrimonials de l'activitat professional o empresarial (art. 45 LC). A més, durant la tramitació del concurs subsisteix l'obligació de formular i auditar els comptes anuals, que recau sobre el deutor, en cas d'intervenció, encara que sota la supervisió dels administradors concursals, i sobre aquests últims en el supòsit de suspensió (art. 46 LC).

Finalment, la Llei concursal dedica una norma especial al deutor persona física (art. 47) i unes altres al deutor persona jurídica (art. 48 a 48 *quater*):

a) La primera garanteix al deutor el dret a aliments amb càrrec a la massa activa al llarg del concurs si hi ha prou béns, si bé l'obertura de la fase de liquidació comporta, com a regla general, la seva extinció (art. 47.1 i 145.2 LC). L'extinció no té lloc quan el manteniment del dret d'aliments sigui imprescindible per a atendre les necessitats mínimes del concursat i la seva família.

b) Les altres es refereixen al manteniment durant la tramitació del concurs dels òrgans de la persona jurídica deutora, que coexistiran amb l'administració concursal fins que, si escau, s'obri la fase de liquidació. Aquesta obertura comporta el cessament d'aquells (art. 48.1 i 145.3 LC). Però la norma més important és la relativa a la possibilitat d'embargament dels béns dels administradors i liquidadors, de dret o de fet, apoderats generals i dels que hagin tingut aquesta condició dins els dos anys anteriors a la declaració de concurs, si de les actuacions es deriven indicis fonamentats que en la sentència de qualificació les persones a les quals afecti l'embargament seran condemnades a cobrir el dèficit resultant de la liquidació (art. 48 *ter* 1 LC); possibilitat d'embargament que la Llei concursal fa extensiva als béns i drets dels socis subsidiàriament responsables amb fonament en la previsió de la insuficiència de la massa esmentada per a cobrir tots els crèdits (art. 48 *ter* 2 LC).

Precisió

La justificació d'aquest embargament preventiu és que, en l'àmbit de la qualificació del concurs, tots ells poden ser finalment responsables del pagament dels deutes que quedin pendents de pagament.

Precisió

A sol·licitud d'interessat pot substituir-se l'embargament per aval d'entitat de crèdit.

Activitat

L'òrgan judicial pot acordar indiscriminadament l'embargament de béns dels administradors, liquidadors o apoderats generals sense tenir en compte si la conducta que han tingut ha generat o agreujat la situació d'insolvència culpable de la concursada, o l'adopció d'aquesta mesura cautelar sobre el patrimoni de cadascun d'aquests subjectes exigeix verificar aquesta relació de causalitat? Consulteu, en un sentit, l'AAP Àlaba (2a) de 6 de juliol de 2007 (AC 2007, 404); AAP Astúries (1a) d'1 de febrer de 2008 (LA LLEI 20250, 2008); AAAP Biscaia (4a) de 10 de juliol de 2008 (LA LLEI 188785, 2008) i d'1 de març de 2010, i en un altre, els AAAP Barcelona (15a) de 9 de març de 2006 (JUR 2009, 176630), de 27 d'abril de 2006 (JUR 2009, 176577), de 19 de juliol de 2006 (LA LLEI 261288, 2006), de 21 de setembre de 2006 (JUR 2007, 184478), de 27 de setembre de 2006 (AC 2007, 463) i de 25 de juny de 2008 (LA LLEI 143585, 2008) (JUR 2008, 329162); AAP Zaragoza de 31 d'octubre de 2007 (LA LLEI 280773, 2007); SAP Lleó de 15 d'octubre de 2008 (LA LLEI 258873, 2008); AAP la Rioja (1a) de 9 de gener de 2009 (JUR 2009, 240176).

5.3.2. Efectes sobre els creditors

Un cop declarat el concurs, es produeix la integració de tots els creditors en la massa passiva concursal (art. 49 LC), la qual cosa constitueix una mostra del caràcter universal d'aquest procés, inspirat en el ja esmentat principi de la *par conditio creditorum* o igualtat de tractament dels crèdits dels creditors. La Llei concursal distingeix entre els efectes sobre les accions individuals i els efectes sobre els crèdits.

Jurisprudència

Pels principis d'universalitat de la massa passiva i activa (integració de la massa passiva de l'article 49 LC i el d'universalitat de l'article 76 LC), tant el creditor, en aquest cas la recurrent, com el crèdit (que pretenia fer efectiu mitjançant l'exercici de l'art. 1597 CC), queden afectats per la declaració de concurs de P., S. L. Pel primer –art. 49 LC–, s'estableix que tots els creditors del deutor quedaran de dret integrats en la massa del concurs (massa passiva). Tots són creditors concursals sense distinció, excepte les excepcions que estableixen les lleis i, un cop siguin reconeguts els crèdits (creditors concursals), seran degudament classificats com a privilegiats (amb privilegi especial o amb privilegi general), ordinaris i subordinats (arts. 90, 91 i 92 LC) (STS de 21 de maig de 2013 [RJ 2013, 4956]; STS d'11 de desembre de 2013 [RJ 2013, 7885]). En principi, la declaració de concurs produeix, entre altres efectes, que els crèdits davant del deutor comú anteriors formin part de la massa passiva (art. 49 LC) i per al seu cobrament, un cop reconeguts com a crèdits i classificats, estiguin afectats per la solució concursal que s'hagi aconseguit (conveni o liquidació). Aquests crèdits concursals estan subjectes a les regles de la *par condicio creditorum*, que impedeix, en principi i excepte excepcions, el pagament al marge del conveni o la liquidació (STS de 18 de febrer de 2013 [RJ 2013, 2021]).

1) Efectes sobre les accions individuals (art. 50 a 57)

Després de la declaració de concurs hi ha la possibilitat d'iniciar nous processos declaratius, que s'han de substanciar davant el jutge del concurs si les matèries sobre les quals versen entren dins la seva competència objectiva (art. 8 LC). Una conseqüència d'això és que els jutges de l'ordre civil i social davant els quals s'interposi una demanda de la qual hagi de conèixer aquell s'han d'abstenir de donar-li tràmit i, si ho fan, les actuacions que s'han practicat no tenen validesa i s'han d'arxivar totes les actuacions (art. 50.1 LC).

Quant als processos declaratius en curs al temps de la declaració de concurs, continuaran davant el mateix tribunal que els estigués coneixent fins a la fermesa de la sentència. I, una vegada la sentència hagi adquirit fermesa, serà vinculant per al jutge del concurs, havent-li de donar el tractament concursal corresponent (art. 53.1 LC). No obstant això, d'ofici s'acumularan al concurs els judicis per a reclamació de danys i perjudicis a la persona jurídica contra els seus administradors o liquidadors, de fet o de dret, i contra els auditors, sempre que es trobin en primera instància i no hagi finalitzat l'acte de judici o la vista (art. 51.1 LC).

Precisió

Com a excepció, s'han de suspendre les reclamacions que s'hagin instat contra els administradors de la societat perquè no han complert els deures imposats en cas de concurrència de causa de dissolució (art. 367 LSC) i les derivades de l'article 1597 del Codi civil (art. 51 bis LC).

La declaració de concurs, per si sola, no afecta als pactes de mediació ni als convenis arbitrals subscrits pel concursat. Quan l'òrgan jurisdiccional entengui que aquests pactes o convenis puguin suposar un perjudici per a la tramitació del concurs podrà acordar la suspensió dels seus efectes, sense perjudici del que es disposa en els tractats internacionals (art. 52.1 LC).

Precisió

Els procediments arbitrals que es trobin en curs en el moment de la declaració de concurs han de continuar fins a la fermesa del laude, que és la resolució que posa fi a l'arbitratge (art. 52.2 LC). Una vegada l'hagi adquirit, vincula el jutge del concurs, que li ha de donar el tractament concursal que correspongui, igual que a les sentències fermes (art. 53.1 LC).

En matèria d'execucions i constreyniments, la regla general és la impossibilitat d'inici de noves execucions singulars, judicials o extrajudicials, i constreyniments, administratius o tributaris, després de la declaració del concurs. Els que es trobin pendents en aquest moment, per la seva banda, queden en suspens (art. 51.1 i 2 LC).

Jurisprudència

Cal recordar que aquest últim precepte estableix com a regla general informadora la prohibició d'iniciació d'execucions singulars del patrimoni del deutor a partir de la declaració del concurs i, a aquest efecte, no fa no admet cap distinció entre els diferents tipus d'execució, ni per la seva naturalesa ni per l'òrgan que les ordena. Queda prohibida, doncs, la iniciació de qualsevol tipus d'execució, sigui judicial, extrajudicial o administrativa. Amb això es pretén protegir els creditors i fer factible el principi bàsic d'igualtat dels creditors; [...]. La norma és coherent amb l'atribució exclusiva que l'art. 8.3 fa al jutge del concurs, a exclusió de tots els altres tribunals o autoritats administratives. I l'art. 55.1 estableix que no se suspendran i continuaran endavant les execucions administratives en les quals s'hagi dictat, amb anterioritat sempre a la declaració del concurs, providència de constreyniment (STS [Contencions Administratiu, 2a] de 12 de març de 2015 [RJ 2015, 1455]). La raó de ser de la norma es troba en la *vis atractiva* del concurs i en la necessitat de donar un tracte paritari al conjunt de creditors, la qual cosa és incompatible amb la proliferació d'execucions singulars al marge del concurs (AAP Barcelona [15a] de 15 d'octubre de 2012 [AC 2012, 2188]).

Precisió

Els creditors no tenen un dret d'execució separada, excepte algunes excepcions: els procediments administratius d'execució en els quals s'hagués dictat diligència d'embargament i les execucions laborals en les quals s'haguessin embargat béns abans de la declaració de concurs i sempre que els béns objecte d'embargament no siguin necessaris per a la continuïtat de l'activitat professional o empresarial del deutor. En tot cas, el dret d'execució separada es perd amb l'obertura de la fase de liquidació.

La Llei concursal preveu algunes normes especials que afecten els creditors titulars de garanties reals (art. 56 i 57 LC):

En primer lloc, no podran iniciar-se execucions després de la declaració de concurs, si aquestes garanties recauen sobre béns que resultin necessaris per a la continuïtat de l'activitat professional o empresarial del concursat, fins que concorri una de les següents circumstàncies: l'aprovació d'un conveni el contingut del qual no afecti l'exercici del dret d'aquests creditors o el transcurs d'un any des d'aquella declaració sense que s'hagi obert la liquidació (art. 56.1.I LC). En cas contrari, aquests béns desapareixerien de la massa activa concursal, i no és viable la negociació d'un conveni entre el deutor i els seus creditors, o, en cas de liquidació, tampoc l'alienació de l'empresa en global, inclosos els béns i drets garantits, per a obtenir més rendibilitat.

Precisió

No es consideren necessàries per a la continuació de l'activitat les accions o participacions de societats destinades en exclusiva a la tinença d'un actiu i del passiu necessari per al

seu finançament, sempre que l'execució de la garantia constituïda sobre aquestes accions o participacions no suposi causa de resolució o modificació de les relacions contractuals que permetin al concursat mantenir l'explotació de l'actiu.

La suspensió també afecta altres accions: les tendents a recuperar els béns venuts a terminis o finançats amb reserva de domini inscrita; les resolutòries de vendes d'immobles per falta de pagament del preu ajornat, i les tendents a recuperar béns cedits en arrendament financer mitjançant contractes inscrits en els registres de propietat o de béns mobles o formalitzats en un document que comporti l'execució (art. 56.1.II LC).

En segon lloc, pel que fa a les execucions de garanties reals iniciades amb anterioritat a l'acte declaratiu del concurs, es produirà la seva suspensió (si no s'haguessin suspès ja en virtut de l'article 5 bis), tret que es tracti de béns o drets necessaris per a la continuïtat de l'activitat del concursat. Correspon al jutge del concurs valorar tal necessitat. Per això, la suspensió de l'execució només s'alçarà si s'incorpora al procediment testimoni de la resolució del jutge del concurs que declari que aquests no són necessaris per a aquesta continuïtat (art. 56.2 LC).

Activitat

Responeu a les preguntes següents:

a) Quina diferència hi ha entre béns o drets afectes i necessaris per a l'activitat professional o empresarial del deutor?

b) Quins criteris utilitza el jutge del concurs per determinar si els béns o drets són necessaris per a la continuïtat de l'activitat del concursat? Consulteu, entre altres resolucions, la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 22 de setembre de 2010 (AC 2010, 1867).

c) L'entitat financera titular d'un crèdit hipotecari que recau sobre l'habitatge habitual del concursat pot iniciar una execució hipotecària després de la declaració de concurs? La solució seria la mateixa si el concursat estigués destinant part de l'habitatge habitual al desenvolupament d'una activitat professional? Davant de quin òrgan judicial hauria d'interposar-se, si escau, la demanda executiva? Si l'execució hipotecària s'hagués iniciat abans de la declaració del concurs, el concursat podria obtenir-ne la paralització? En cas negatiu, davant de quin òrgan hauria de seguir-se l'execució? Consulteu, entre altres resolucions, SAP Las Palmas (4a) de 12 de gener de 2006 (AC 2006, 688), AAP València (9a) de 3 de febrer de 2010 (JUR 2010, 223312), AAP Santa Cruz de Tenerife (1a) de 12 d'abril de 2010 (JUR 2010, 412246), SAP Illes Balears (5a) de 22 d'abril de 2014 (JUR 2014, 149558), AAP Madrid (28a) de 25 d'abril de 2014 (JUR 2015, 248161); AAP València (11a) de 26 de gener de 2015 (JUR 2015, 102956); AAP Madrid (18a) de 23 d'abril de 2015 (JUR 2015, 132330); AAP Huelva (2a) de 10 de juliol de 2015 (JUR 2015, 269086); AAP Granada (3a) de 27 de novembre de 2015 (JUR 2016, 114675); AAP la Corunya (6a) d'1 de febrer de 2016 (JUR 2016, 63596); AAP Toledo (2a) de 20 d'abril de 2017 (AC 2017, 938).

Finalment, es preveu la possibilitat que l'administració concursal procedeixi al pagament del crèdit garantit sense realització del bé o dret afecte, és a dir, exerceixi un "dret de rescat" sobre aquest (art. 56.3 i 155.2 LC).

2) Efectes sobre els crèdits

La compensació és una forma d'extinció de les obligacions que actua quan dues persones siguin recíprocament deutores i creditors entre si. No obstant això, en l'àmbit concursal manca d'eficàcia (art. 58 LC). Això perquè, si es permetia la compensació de crèdits i deutes en el concurs, el creditor deutor del concursat afavorit per l'aplicació d'aquest institut jurídic veuria el seu crèdit satisfet, totalment o parcialment, escapant del principi de comunitat de pèrdues que regeix el procés concursal. Per això se l'obliga a pagar íntegrament el seu deute i a concórrer-hi juntament amb els altres creditors.

Precisió

Sí que és procedent la compensació si els seus requisits ja concorrien abans de la declaració de concurs.

Jurisprudència

En una situació de concurs el mecanisme de la compensació no només afecta el concursat i el creditor, que, al seu torn, és deutor del concursat, sinó que, a més, repercuteix en els altres creditors del concursat que no són també els seus deutors. I això perquè, en principi, tots els creditors del concursat queden sotmesos a la llei del dividend i a qualsevol quitació o ajornament que sorgeixi d'un possible conveni. Però d'això quedaria exclòs el creditor deutor del concursat, qui, pel mecanisme de la compensació, cobraria el crèdit fins a la quantia de la qual fos deutor del concursat, en la seva integritat, i quedaria exclòs, aquest crèdit compensat, de la llei del dividend i de qualsevol quitació o ajornament que pogués sorgir d'un conveni. La compensació donaria lloc a un tracte privilegiat a favor dels creditors deutors del concursat enfront dels altres creditors que no són els seus deutors, la qual cosa seria contrari a una *conditio creditorum*. És per això que, independentment de si la compensació amb tots els seus requisits concorria o no abans de la declaració de concurs, quan hi ha controvèrsia, com aquí ocorre, la qüestió ha de dirimir-se al tribunal del concurs, que és l'únic que té competència (SAP Alacant [9a] de 16 juliol 2012 [JUR 2012, 12687]).

En la majoria de casos, el crèdit concursal es veurà sotmès a les reduccions derivades de les insuficiències del patrimoni del declarat en concurs i, excepte els supòsits extraordinaris i al marge dels quals els privilegiats total o parcialment no es vegin reduïts, els creditors per crèdits concursals veuran reduït els crèdits en igual proporció. Per tant, si es fa possible que un crèdit concursal sigui abonat aplicant els saldos creditors del concursat de manera immediata a través del mecanisme de la compensació, sostraint al mateix dels crèdits que cal satisfer en el si del concurs, és evident que s'està produint la compensació del crèdit concursal amb els saldos creditors del concursat generats en el desenvolupament de l'activitat mercantil que dona lloc als crèdits contra la massa, compensació que es fa, a més, al marge del conveni, sense cap reducció i en detriment de la resta dels creditors concursals. D'aquí la prevenció que suscita el mecanisme de la compensació en el concurs i la prohibició que recull l'art. 58 LC [...] (SAP Pontevedra [1a] de 5 de maig de 2016 [JUR 2016, 106377]).

Activitat

Una vegada dictada la interlocutòria de declaració de concurs, es pot invocar la compensació d'un crèdit enfront del concursat davant el jutge de primera instància que coneixia d'una execució incoada abans d'aquella declaració? Consulteu la jurisprudència que hi ha sobre aquesta qüestió.

Des de la declaració de concurs queda suspesa la meritació d'interessos, legals o convencionals (art. 59 LC). Les úniques excepcions són les corresponents als crèdits amb garantia real, fins on arribi la respectiva garantia, i els salarials reconeguts en el concurs, que han de reportar l'interès legal dels diners. També queda en suspens el dret de retenció que hi pugui haver sobre béns i drets integrats en la massa activa (art. 59 bis LC) i la prescripció de les accions contra el deutor per crèdits anteriors a la declaració de concurs (art. 60 LC).

Jurisprudència

La suspensió de la meritació d'interessos respecte dels crèdits concursals té la seva justificació en el fet que queden afectats a la solució concursal per la qual s'opti, el conveni i la liquidació, sense que siguin exigibles aquests crèdits abans que s'aconsegueixin les solucions. A més, el cessament de la meritació d'interessos facilita la determinació dels imports dels crèdits concursals, i amb això la determinació dels quòrums i majories exigits per la Llei per a la constitució de la junta i l'acceptació de la proposta de conveni. Això no impedeix que, segons l'art. 59.2 LC, si s'aprova un conveni que no contingui cap quitació, pugui haver-se pactat el pagament total o parcial dels interessos la meritació dels quals hagués quedat suspès. I, en cas de liquidació, també preveu l'art. 59.2 LC que "si hi hagués romanent després del pagament de la totalitat dels crèdits concursals, se satisfaran els referits interessos calculats al tipus convencional" (STS de 15 de març de 2013 [RJ 2013, 3484]. En els mateixos termes, entre altres, SSTs de 19 de març de 2013 [RJ 2013, 2425], o de 4 de juny de 2014 [RJ 2014, 3906], o SAP Badajoz [3a] de 7 de gener de 2015 i de 24 de març de 2015 [JUR 2015, 111345]).

Amb aquesta solució, el dret als interessos, malgrat ser accessoris del principal al lliurament del capital que els produeix –ja que es tracta de fruits civils del que es deu a un altre: articles 354 i 355 del Codi civil–, resulta qualificat en el concurs, amb aquella excepció, com si fos independent del dret al capital i segueix una sort que pot ser diferent de la d'aquest. La qualificació atribuïda, per raons objectives, al crèdit als interessos respon al fet que es considera que els titulars han de ser postergats respecte dels que ho són dels crèdits ordinaris, per exigir-ho així l'organització de la comunitat de pèrdues que la norma considera adequada. Aquesta qualificació en el concurs es deu a raons objectives i no s'altera pel fet que el deute correlatiu hagi estat pagat pel fiador, atès l'abast subrogatori que l'article 1839 del Codi civil atribueix a l'acció de reemborsament, que, quant a la quantitat total del deute, li reconeix l'article 1838, ordinal primer del mateix Codi, en cas d'haver pagat (STS de 25 de maig de 2012 [RJ 2012, 6543], seguida per la STS [Contencions-Administratiu, 3a] de 29 de setembre de 2014 [RJ 2014, 4698]).

La clara finalitat que atén la regla de suspensió de la meritació d'interessos de l'art. 59 LC és, d'una banda, immobilitzar en tant que sigui possible el passiu del concurs, evitant que aquest segueixi augmentant durant el transcurs del procediment en perjudici de la perspectiva de cobrament de la resta dels creditors i entorpint notablement la consecució d'una solució concursal, ja sigui la convencional o la liquidativa, i, d'altra banda, equiparar en el tracte els diferents creditors concursals sense fer de pitjor condició els titulars de crèdits que no tinguessin favor seu aquesta meritació (SAP Palència [1a] de 30 de desembre de 2011 [AC 2012, 84]).

Activitat

Responeu a les preguntes següents:

a) És aplicable al denominat *contracte de permuta financera* (*swap*) la normativa sobre la compensació? El contracte de permuta financera, constitueix una operació que genera interessos? Consulteu la Sentència de l'Audiència Provincial de València de 20 de gener de 2011.

b) Queden en suspens els interessos derivats dels crèdits contra la massa? Consulteu la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 8 de juliol de 2009.

5.3.3. Efectes sobre els contractes

1) Contractes amb obligacions recíproques

La regla general és la vigència dels contractes pendents d'execució en el moment de la declaració del concurs (art. 61.2 LC). Les clàusules que estableixin la facultat de resolució o l'extinció del contracte per aquesta sola causa es consideren no posades (art. 61.3 LC).

Jurisprudència

El Codi civil no defineix la reciprocitat, però doctrina i jurisprudència –que se n’han ocupat, fonamentalment, en tractar de les conseqüències que li estan vinculades– la fan dependre del contingut del vincle i, és clar, de la repercussió que aquest contingut té en el funcionament de la relació. En definitiva, cal parlar d’obligacions recíproques quan, (1r) amb causa en un mateix negoci, (2n) neixin deures de prestació a càrrec de les dues parts, que ocupen la doble posició de creditora i deutora de l’altra, sempre que (3e) hi hagi entre les prestacions una interdependència o mútua condicionalitat, de manera que puguin entendre’s connectades per un nexa causal, cosa que determinarà que cadascuna estigui prevista inicialment i funcioni com a contravalor o contraprestació de l’altra. La reciprocitat no requereix equivalència de valors, objectiva ni subjectiva, entre les dues prestacions, però sí que ambdues tinguin la condició de principals en el funcionament de la relació contractual que es tracti. [...]. La reciprocitat dels deures de prestació pot ser advertida en la fase genètica de la relació, això és, al moment del naixement, amb la perfecció del contracte i la consegüent creació de la regulació negocial o “lexprivata”. Però, a l’efecte de l’article 61, quan la reciprocitat ha d’existir és amb posterioritat, pròpiament, en la que s’ha anomenat fase funcional del vincle i, a més, per expressa exigència, després de declarat el concurs. S’entén que les obligacions que van tenir inicialment aquella condició la perden si una de les parts ha complert la prestació abans d’aquella declaració, la qual cosa determina que el crèdit contra el concursat incomplidor és considerat concursal. La raó d’això és que, durant la tramitació del concurs, la relació funciona, de fet, igual que les que per la seva estructura original no eren recíproques (STS de 19 de febrer de 2013 [RJ 2013, 2568]; SSTS d’11 d’octubre de 2011 [RJ 2011, 7407], de 8 de gener de 2013 [RJ 2013, 1631], de 9 de gener de 2013 [RJ 2013, 1633], de 12 de febrer de 2013 [RJ 2013, 4933] i de 2 de setembre de 2014 [RJ 2014, 5116]).

No obstant això, la declaració de concurs no afecta la facultat de resolució de les parts per incompliment posterior al moment esmentat. Si es tracta de contractes de tracte successiu, aquesta facultat també es pot exercir quan l’incompliment sigui anterior a la declaració de concurs (art. 62.1 LC).

Precisió

La Llei concursal distingeix els casos en què una sola de les parts ha complert la seva prestació d’aquells altres en què cap de les parts ho ha fet. D’una banda, si qui va complir va ser el concursat, la contrapart (part *in bonis*) ha de complir la seva obligació, i si va complir aquesta última, ha de concórrer en el concurs al costat dels altres creditors per a rebre la seva contraprestació. D’altra banda, si cap de les parts no ha complert les seves obligacions recíproques en el moment de la declaració del concurs, l’administració concursal, en cas de suspensió, o el concursat, en cas d’intervenció, poden optar per l’execució del contracte o la seva resolució, si ho consideren convenient a l’interès del concurs.

Activitat

Responeu a les preguntes següents:

- a) La contrapart del deutor en un contracte de subministrament, el pot resoldre amb fonament en una clàusula recollida en aquest que li dóna dret a fer-ho pel mer fet de la declaració de concurs?
- b) Canviaria alguna cosa la situació davant l’existència d’algun incompliment pel concursat, anterior o posterior, a aquesta declaració?
- c) El concursat, pot resoldre el contracte?
- d) Quina consideració tenen els crèdits davant del concursat derivats de contractes amb obligacions recíproques pendents de compliment per totes dues parts en el moment de la sol·licitud de concurs? I si la contrapart del concursat ja ha complert en aquest moment processal, però no el concursat?
- e) Quina qualificació mereixen els crèdits derivats de les liquidacions verificades en les operacions de contracte de permuta financera?

Consulteu les sentències del Tribunal Suprem de 19 de febrer de 2013 (RJ 2013, 2568), de 12 de febrer de 2013 (RJ 2013, 4933), d'11 de juliol de 2013 (RJ 2013, 5198), de 5 de setembre de 2013 (RJ 2013, 7423), de 24 de març de 2014 (RJ 2014, 1756), de 25 de març de 2014 (RJ 2014, 1926), de 23 de juliol de 2014 (RJ 2014, 4787), de 2 de setembre de 2014 (RJ 2014, 5116), de 12 de novembre de 2014 (RJ 2014, 5905), de 12 de setembre de 2015 (RJ 2015, 4184) i de 2 de novembre de 2016 (RJ 2016, 5102).

Consulteu també la Sentència de l'Audiència Provincial de la Corunya de 7 de setembre de 2011; la Sentència de l'Audiència Provincial de València de 20 de gener de 2011; la Sentència de l'Audiència Provincial de Pontevedra de 16 de novembre de 2010, i la Sentència de l'Audiència Provincial de Saragossa de 15 de setembre de 2008.

2) Contractes de treball

La Llei concursal preveu al seu article 64 un expedient, conegut com a *ERO concursal*, que possibilita la suspensió o extinció col·lectiva de relacions laborals, i la modificació substancial de les condicions de treball (reduccions de jornada o salaris, trasllats col·lectius, etc.). A diferència d'un ERO ordinari, l'ERO concursal es desenvolupa davant el jutge del concurs.

Pel que fa al **procediment**, amb la sol·licitud prèvia d'algun dels subjectes legitimats (l'administració concursal, el deutor i els representants legals dels treballadors), el jutge ha de convocar els representants dels treballadors i l'administració concursal a un període de consultes, en què han de negociar de bona fe per a la consecució d'un acord (art. 64.4 i 5 LC). Si s'arriba a un acord, el jutge ha d'acceptar les mesures que s'hi proposin, tret que hi aprecii frau, dol, coacció o abús de dret (art. 64.7 LC). La interlocutòria que aprovi l'acord, contra la qual es pot interposar recurs de suplicació i els altres previstos en la Llei reguladora de la jurisdicció social, produirà els mateixos efectes que la decisió extintiva o suspensiva adoptada per l'empresari a l'empara de l'establert en els articles 51 o 47 de l'Estatut dels Treballadors o que, si escau, la resolució administrativa de l'autoritat laboral en un ERE ordinari (art. 64.7 i 8 LC).

Precisió

També es preveu legalment la possibilitat que l'administració concursal extingeixi o suspengui els contractes del deutor amb el personal d'alta direcció, i la seva decisió serà impugnabla davant el jutge del concurs a través de l'incident concursal en matèria laboral i la sentència que recaigui en aquest recurrible en suplicació (art. 65.1 LC).

Jurisprudència

La força atractiva del concurs comporta que la competència del jutge del mercantil s'estén al coneixement de les accions socials declaratives, les d'execució i les cautelars, si bé cal assenyalar que és més intensa aquesta força respecte a les accions executives i encara menys quant a les declaratives, de manera que la jurisdicció del jutge del concurs és exclusiva i exclouent en les matèries que li estan expressament atribuïdes. Esquemàticament, podem assenyalar que les accions socials competència del jutge del concurs són les següents: accions declaratives –comprentent les merament declaratives, les constitutives i les de condemna–, que apareixen regulades en l'article 86 ter, 2a LOPJ i en els articles 8.2, 64 i 65 LC. D'acord amb l'article 8.2 de la LC, la jurisdicció del jutge del concurs és exclusiva i exclouent en les matèries que regula. La competència del jutge del concurs s'estén a: *Les accions socials que, un cop declarat el concurs, tinguin per objecte: + La modificació substancial de condicions de treball de caràcter col·lectiu. + El trasllat col·lectiu. + L'acomiadament col·lectiu. + La suspensió de contractes. + La reducció de jornada. Per determinar què s'entén per modificacions substancials de condicions de treball, trasllats i acomiadaments col·lectius, segons el que s'ha fixat en l'article 64.11 de la LC, cal acudir als articles 40, 41 i 51 de l'ET. * La suspensió o extinció dels contractes d'alta direcció. En el cas que aquestes mesu-

res comportin modificar les condicions establertes en conveni col·lectiu aplicable a aquests contractes, es requerirà l'acord dels representants dels treballadors. Accions d'execució, que apareixen regulades en l'article 86 ter, 3r LOPJ, 8.3 Llei Concursal, 32 Estatut dels Treballadors, i 248.3 Llei Reguladora de la Jurisdicció Social. El primer d'aquests preceptes atribueix als jutjats del mercantil el coneixement de "qualsevol execució enfront dels béns i drets de contingut patrimonial del concursat, qualsevol que sigui l'òrgan que ho hagués ordenat", dicció que es repeteix en l'article 8.3 LC. L'article 32 ET disposa: "En cas de concurs, seran aplicables les disposicions de la Llei Concursal, relatives a la classificació dels crèdits i a les execucions i constrenyiments". Finalment, l'article 248.3 de la LRJS disposa: "En cas de concurs, les accions d'execució que puguin exercitar els treballadors per al cobrament dels salaris que els puguin ser deguts queden sotmesos a allò establert en la Llei Concursal". Accions cautelars que apareixen regulades en els articles 86 ter, 4t LOPJ i 8.4 LC i disposen que és competència del jutge del concurs qualsevol mesura cautelar que afecti el patrimoni del concursat. Cal assenyalar que l'article 9 LC determina que la jurisdicció del jutge del concurs s'estén a totes les qüestions prejudicials administratives o socials directament relacionades amb el concurs o la resolució del qual sigui necessària per al bon desenvolupament del procediment concursal. L'examen dels preceptes anteriorment consignats posa en relleu que la declaració de concurs no implica que, a partir d'aquesta data, totes les accions socials que s'exercitin hagin de ser competència del jutge del concurs. Com assenyala el primer paràgraf de l'article 8 de la Llei Concursal, "la jurisdicció del jutge del concurs és exclusiva i exclouent en les matèries següents", és a dir, que només té jurisdicció el jutge del concurs en les matèries que apareixen relacionades als set apartats de l'article 8, sense que hi hagi una clàusula de tancament que permeti atribuir-li competència en altres matèries. Es tracta d'una atribució de competència taxada, en la qual cal no incloure matèries que no apareguin expressament previstes en algun dels set apartats. En concret, les accions socials declaratives apareixen previstes a l'apartat 2r, que assenyala com a competència del jutge del concurs "Les accions socials que tinguin per objecte l'extinció, modificació o suspensió col·lectives dels contractes de treball en els quals sigui ocupador el concursat, així com la suspensió o extinció de contractes d'alta direcció". Aquest precepte ha de ser cohonestat amb l'article 64.1 de la Llei Concursal, que, amb més precisió, assenyala que es tramitaran davant el jutge del concurs "Els procediments de modificació substancial de les condicions de treball de caràcter col·lectiu, de trasllat col·lectiu, d'acomiadament col·lectiu i de suspensió de contractes i reducció de jornada". Per tant, no és competència del jutge del concurs cap acció social declarativa que no es trobi entre les enumerades en els preceptes anteriors (STS [Social, 1a] de 18 d'octubre de 2016 [RJ 2016, 5469]).

3) Rehabilitació de contractes

En determinats supòsits és possible la rehabilitació de contractes que hagin estat resolts en els moments previs a la declaració de concurs. La Llei concursal recull tres preceptes que preveuen aquesta possibilitat. En tots l'administració concursal apareix com l'òrgan legitimat per a adoptar la mesura esmentada. Així, se li reconeix la facultat de rehabilitació de contractes de préstec i altres de crèdit el venciment anticipat del qual per impagament s'hagi produït en els tres mesos precedents a la declaració de concurs (art. 68 LC).

En les mateixes condicions, l'administració concursal pot rehabilitar els contractes de compravenda resolts per impagament de terminis en els tres mesos anteriors a la declaració de concurs (art. 69 LC), i deixar sense efecte, fins al moment mateix del llançament, l'acció de desnonament exercida contra el deutor abans de la declaració de concurs (art. 70 LC).

Precisió

Per a l'exercici d'aquesta facultat és necessària la satisfacció o consignació de les quantitats degudes en el moment de la rehabilitació, i el compromís d'assumpció dels pagaments futurs.

Precisió

També per a això s'ha de fer efectiu el pagament de la totalitat de les rendes i conceptes pendents, i les costes processals.

Jurisprudència

Certament, un crèdit potencialment concursal cristal·litza, arran del manteniment del contracte, en crèdit contra la massa, però això no obeeix a una decisió unilateral del subministrador, sinó a la decisió que li imposa un sacrifici actual i li expropia de la

facultat de resoldre, obligant-lo a continuar subministrant a qui va incomplir resolutoriament sense que, d'altra banda, com la realitat demostra de forma tossuda i notòria, el fet que el crèdit sigui contra la massa garanteixi de cap manera el cobrament. Finalment, aquesta resposta coincideix amb la prevista en els articles 68 a 70 LC per als supòsits de rehabilitació de contractes, fins i tot de tracte únic, de préstec, crèdit i adquisició de béns amb preu ajornat i d'enervació del desnonament en arrendaments urbans, ja que, si bé com precisa l'Audiència no és el mateix "rehabilitar" contractes resolts que "impedir" la resolució dels vigents, responen a una mateixa idea: la necessitat que la massa –en l'interès de la qual s'obliga a mantenir els contractes en els quals concorre causa de resolució– respongui enfront dels qui es veuen expropiats de la facultat de deslligar-se o a rehabilitar el contracte ja resolt, i respon a l'exigència de "garanties" a les quals es refereix l'exposició de motius "en interès del concurs i amb garanties per al dret de la contrapart, es preveu tant la possibilitat d'una declaració judicial de resolució del contracte com la d'enervar-la en cas que hi hagi causa per a una resolució per incompliment" (SSTS de 21 de març de 2012 [RJ 2012, 5570] i de 21 de març de 2012 [RJ 2012, 5571]).

La reforma concursal operada pel Reial decret llei 3/2009 [...] va introduir una important novetat, que va degradar a la subordinació d'últim grau aquells crèdits que, derivats dels contractes amb obligacions recíproques al qual es refereixen a l'art. 61, 62, 68 i 69 LC, el jutge constati, previ informe de l'Administració concursal, que el creditor obstaculitza de manera reiterada el compliment del contracte en perjudici de l'interès del concurs, la qual cosa implica una encertada mesura de pressió per evitar abusos per part de determinades empreses subministradores de serveis, els efectes perniciosos dels quals per al concurs eren fins llavors incalculables. La subordinació creditícia extrema arriba a les conductes obstaculitzadores i reiterades, que afectin negativament el concurs, en perjudici de l'interès del concurs, respecte dels crèdits que portin causa de contractes amb obligacions recíproques, [...] o bé, quan aquests actes afectin negativament la rehabilitació dels contractes (art. 68 i 69 LC). Només cal la reiteració en els actes obstaculitzadores, la qual cosa s'assembla a la mala fe del creditor, si bé n'hi haurà prou perquè operi la mesura repressora amb la qual s'acrediti que aquell era conscient del perjudici a l'interès del concurs que amb la seva actitud provocava. La bona fe de l'aplicació d'aquesta mesura aconsella la constància fefaent de requeriments previs, burofax amb certificació de contingut, requeriments notariais, etc., que donin constància de tot això (SAP Illes Balears [5a] de 27 de juny de 2017 [JUR 2017, 214333]).

5.3.4. Efectes sobre els actes perjudicials per a la massa activa (art. 71 a 73)

La Llei concursal parteix de la hipòtesi que el deutor ha pogut dur a terme actes perjudicials per a la massa activa abans de la declaració de concurs. Per això es preveuen les accions de reintegració, que tenen com a objecte la devolució a aquella massa dels béns i drets que en van sortir durant els dos anys precedents a la declaració esmentada, la qual cosa es coneix com a *període de sospita*. La viabilitat d'aquestes accions només està condicionada a l'existència d'un perjudici patrimonial. No cal un ànim o una intenció de frau en la realització de l'acte rescindible.

Jurisprudència

Les grans similituds entre les accions de reintegració concursal i la rescissòria regulada en l'article 1290 i següents del Codi civil, han portat el legislador a qualificar com a rescissòria l'acció de reintegració, [...] és veritat que l'article 71 prescindeix del tot del requisit subjectiu de la intenció fraudulenta, fins al punt que el seu to literal de manera expressa exclou aquesta exigència en disposar que "[d]eclarat el concurs, seran rescindibles els actes perjudicials per a la massa activa fets pel deutor en els dos anys anteriors a la data de la declaració, encara que no hagués existit intenció fraudulenta". Dit d'una altra manera, els actes susceptibles de reintegració ho són perquè són lesius per a la massa activa, encara que no redundin en dany del patrimoni de la concursada, amb independència de si han estat fets de bona fe. Per contra, no ho són els que no són lesius per a la massa activa, fins i tot si van ser executats de mala fe (STS de 28 de març de 2012 [RJ 2012, 4869]). La jurisprudència concep "el perjudici

per a la massa activa” com un sacrifici patrimonial injustificat “en tant que ha de suposar una minoració del valor de l’actiu sobre el qual més tard, una vegada declarat el concurs, es constituirà la massa activa (art. 76 LC), i, a més, ha de no tenir justificació” (Sentències 629/2012, de 26 d’octubre; 487/2013, de 10 de juliol; 100/2014, de 30 d’abril, i 428/2014, de 24 de juliol) (STS 10 de març de 2015 [RJ 2015, 2678]). Hi haurà perjudici quan, de manera injustificada, hi hagi una disminució efectiva del patrimoni que ha de conformar la massa activa del concurs, la qual cosa es produirà si com a conseqüència de l’acte es desvalora el patrimoni objecte del procediment concursal, la qual cosa impedeix, disminueix o dificulta la satisfacció col·lectiva dels creditors concursals, sense que sigui necessari que entre l’acte del deutor i la situació d’insolvència que dona lloc a la declaració de concurs hi hagi una relació causal. [...] D’acord amb el que s’ha exposat anteriorment, fora de les presumpcions legals (art. 71.4 LC), hi haurà perjudici per a la massa sempre que l’Administració concursal demostrï que, si no s’hagués produït l’acte impugnat, la composició de la massa activa tindria més valor (STS de 26 d’octubre de 2016 [RJ 2016, 5359]).

Precisió

El que sí que és necessari és provar el perjudici patrimonial, si bé la Llei concursal relaciona una sèrie d’actes en què aquest perjudici es presumeix, sense que s’admeti prova en contra (art. 71.2 LC), i altres en què, una vegada acreditat el supòsit de fet previst en la norma, es produeix una inversió de la càrrega de la prova, és a dir, correspon al deutor demostrar la inexistència de la pèrdua patrimonial (art. 71.3 LC). Juntament amb això, la Llei concursal preveu certs tipus d’actes que no són rescindibles (art. 71.5 LC).

Jurisprudència

A banda dels supòsits regulats a l’apartat 2 de l’art. 71 LC, en els quals es presumeix *iuris et de iure* el perjudici (alienacions a títol gratuït i pagaments anticipats), “en la mesura en què l’acte de disposició comporti un detriment patrimonial, hauran d’examinar-se les circumstàncies que concorren per apreciar-ne la justificació, que va més enllà dels motius subjectius, i conformen l’interès econòmic patrimonial que explica la realització. En principi, l’acreditació del perjudici correspon a qui insta la rescissió concursal (art. 71.4 LC), tret que l’acte impugnat estigui afectat per alguna de les presumpcions de perjudici previstes en l’art. 71.3 LC, que per admetre prova en contrari trasllada als demandats la càrrega de provar que aquell acte impugnat no perjudica la massa activa” (Sentència 629/2012, de 26 d’octubre) (SSTS de 10 de març de 2015 [RJ 2015, 2678], de 24 de juny de 2015 [RJ 2015, 2769] i de 26 d’octubre de 2016 [RJ 2016, 5359]).

Precisió

L’exercici de les accions rescissòries no impedeix el d’altres accions d’impugnació d’actes del deutor que procedeixin conforme a dret, les quals poden exercitar-se davant el jutge del concurs, conforme a les normes de legitimació i procediment de l’article 72 (art. 71.6 LC).

Jurisprudència

I és que, en efecte, en l’article 71 de la LC es preveuen dos grans blocs d’accions de reintegració a la massa activa de béns sortits indegudament del patrimoni del concursat: d’un costat, les específiques rescissòries concursals, pel fet que es refereix el seu apartat 1r, i d’un altre costat, qualssevol accions d’impugnació d’actes del deutor que procedeixin conforme a dret (entre les quals es contempen les rescissòries comunes –articles 1291 del CC i següents–, la revocatòria per actes comesos en frau de creditors –article 1111 del CC– i les dirigides a obtenir la nul·litat o ineficàcia d’aquests actes, entre altres). Accions que expressament preveu l’article 71.6 de la LC que podran exercitar-se davant el jutge del concurs, d’acord amb les normes de legitimació (activa de l’Administració concursal i subsidiàriament amb els requisits previstos a la Llei, els creditors; passiva de la concursada) i de procediment (incident concursal) establerts per l’article 72 de la LC. En resum, la LC atribueix clarament la competència al jutge del concurs per al coneixement de les accions rescissòries, tant les específiques concursals com les genèriques dirigides a obtenir la declaració de nul·litat o ineficàcia d’actes del deutor que hagin disminuït la massa activa, entre les quals indubtablement hi ha segons la Sala els pagaments fets contra el que es disposa en la LC, ja sigui abans de la declaració del concurs (en què es podran exercitar les accions

rescissòries concursals específiques però també qualssevol altres de dirigides a obtenir la declaració de nul·litat o ineficàcia d'aquests actes, fets abans o després de la declaració del concurs –congruentment amb el que es disposa en l'article 40.7 de la LC, que reconeix la legitimació a l'Administració concursal per sol·licitar l'anul·lació dels actes del deutor que infringeixin les limitacions establertes en l'article 40 de la LC–). En el aquest supòsit els actes del deutor que es pretenen reintegrar són pagaments fets a un creditor concursal en data posterior a la declaració del concurs pel concursat [...]. Pagaments frontalment contraris al que es disposa en la LC (que impedeix qualsevol pagament a creditors de crèdits concursals amb posterioritat a la declaració del concurs que no sigui fet per l'Administració concursal i d'acord amb la classificació de crèdits i ordre de pagament establerts per la mateixa LC), que indubtablement han perjudicat la massa activa del concurs i han vulnerat greument la *pars conditio creditorum*, que imposa un tracte igual per la llei en el concurs per a tots els creditors concursals. [...]. Això comporta ja de per si l'estimació parcial del recurs quan per a aquesta Sala no ofereix dubte la competència del jutge del concurs per conèixer de l'acció descrita, exercitada com es va exercitar en data anterior a la d'aprovació del conveni (AAP Las Palmas [4a] 72/2017, de 7 de febrer de 2017 [AC 2017, 194]).

Activitat

Responen a les preguntes següents:

- a) Pot consistir el perjudici en una disminució de la garantia de cobrament?
- b) És vàlida la compensació realitzada en el període de sospita?

Consulteu la Sentència de l'Audiència Provincial de Valladolid de 7 de maig de 2009.

Com a regla general, la legitimació activa per a l'exercici de les accions rescissòries i altres d'impugnació correspondrà a l'Administració concursal. Tanmateix, els creditors tenen reconeguda legalment una legitimació subsidiària per al cas que, havent instat per escrit de l'Administració concursal l'exercici d'alguna acció, aquest òrgan no ho fes dins dels dos mesos següents al requeriment. La legitimació passiva correspon al deutor i als qui hagin estat part en l'acte impugnat (contrapart del concursat o *part in bonis*), i, si el bé que es pretén reintegrar hauria estat transmès a un tercer, la demanda també haurà de dirigir-se contra aquest quan l'actor pretengui desvirtuar la presumpció de bona fe de l'adquirent o atacar la irrevindicabilitat del qual gaudeixi o la protecció derivada de la publicitat registral (art. 72.1 i 3 LC).

Precisió

Només l'Administració concursal estarà legitimada per a l'exercici de l'acció rescissòria i d'impugnació que puguin plantejar-se contra els acords de finançament de l'article 71 bis (art. 72.2 LC).

Jurisprudència

És cert que el fet que no hi hagi un deure específic per a l'administrador concursal d'exercitar una acció de reintegració i que, si no ho fa, l'art. 72 LC legítimi de forma subsidiària qualsevol creditor per exercitar-la, no eximeix de responsabilitat l'administrador concursal per no haver-la exercitat si es justifica que un administrador diligent hauria hagut d'exercitar-la, en atenció a unes clares expectatives d'èxit i al fet que compensava econòmicament el seu exercici (STS d'11 de novembre de 2013 [RJ 2013, 7817]). Per tant, i des del punt de vista merament formal, la legitimació de l'actora, un cop requerida sense èxit l'Administració concursal per a l'exercici de l'acció de rescissió, no desperta dubte [...] per més que, en estar teleològicament orientada a la mateixa fi, la reforma legal obligui a interpretar restrictivament la legitimació subsidiària prevista en l'art. 72.1 LC, sobretot tractant-se d'un creditor subordinat i que ho és per una quantitat ínfima en relació amb l'operació que es pretén rescindir (SAP Pontevedra [1a] de 16 de juliol de 2015 [AC 2015, 1130]).

Les accions de reintegració tenen naturalesa rescissòria, és a dir, tendeixen a la rescissió d'actes perjudicials per a la massa activa. Per això, una vegada estimada judicialment la demanda de reintegració, la sentència dona lloc a la ineficàcia de l'acte i a la restitució de les prestacions realitzades, amb els seus fruits i interessos (art. 73.1 LC).

Precisió

En altres paraules, s'aconsegueix la recuperació del que s'ha lliurat, amb la contrapartida de la devolució del que s'ha rebut. Això sens perjudici de la protecció dels tercers de bona fe, i de les normes sobre irreivindicabilitat i registrals.

Jurisprudència

D'acord amb aquesta normativa, hauríem de distingir entre la ineficàcia o rescissió d'actes de disposició que constitueixen negocis amb obligacions recíproques d'aquells actes de disposició que no tenen aquesta condició. En el primer cas, regeix la regla que la rescissió o ineficàcia comporta la recíproca restitució de prestacions (art. 73.1 LC) i el dret a la prestació que resulti a favor dels demandats com a conseqüència de la rescissió tindrà la consideració de crèdit contra la massa (SSTS de 8 d'abril de 2014 [RJ 2014, 2309] i de 9 d'abril de 2014 [RJ 2014, 2316]). És clar que quan l'acte objecte d'impugnació és un contracte amb obligacions recíproques, la rescissió concursal comportarà la condemna de les parts a la restitució de les prestacions, amb els fruits i interessos. Per a aquests casos té sentit la previsió de l'art. 73.3 LC, que regula com ha de fer-se aquesta restitució recíproca de prestacions: [...]. La condemna a la restitució de prestacions és consegüent a la rescissió, sense que la demandada, contrapart en el negoci objecte de rescissió, perquè es compleixi amb la previsió de l'art. 73.3 LC, hagi de sol·licitar-lo en la seva contestació. La condemna a la restitució recíproca de prestacions i el dret de la contrapart al fet que se li restitueixi la prestació és un efecte legal consegüent a la rescissió del contracte bilateral (STS de 4 de novembre de 2016 [RJ 2016, 5103]).

Activitat

Si durant els sis mesos abans de la declaració de concurs el deutor va vendre una finca de la seva propietat per un preu molt inferior al de mercat:

- a) Es podria rescindir l'operació de venda després d'aquesta declaració?
- b) I si ha venut la finca a un familiar a preu de mercat?
- c) Quines conseqüències tindria el fet que la contrapart del deutor hagi alienat la finca a un tercer de bona fe?

La Llei concursal dóna un tractament diferent en funció que el bé o dret es trobi encara en poder de qui va contractar amb el deutor o d'un tercer.

a) En el primer cas no hi ha cap problema, i la contrapart del deutor o part *in bonis* ha de retornar el rebut.

b) En el segon, si la contrapart del deutor o part *in bonis*, al seu torn, va transmetre el bé o dret a un tercer de bona fe o que gaudeixi d'irreivindicabilitat o de protecció registral, aquella ha de ser condemnada a lliurar el valor del bé o dret en el moment que va sortir del patrimoni del deutor, juntament amb l'interès legal, i, si s'hi aprecia mala fe, a la indemnització dels danys i perjudicis causats a la massa (art. 73.2 LC).

Jurisprudència

“La mala fe expressada no requereix la intenció de danyar, ja que n’hi ha prou amb la consciència que s’afecta negativament –perjudici– els altres creditors, de manera que, en agreujar o endurir la situació econòmica del deutor, s’afebleix notòriament l’efectivitat davant d’aquest dels drets aliens. Aquest aspecte subjectiu es complementa amb l’aspecte objectiu, valoratiu de la conducta del creditor, consistent que aquesta sigui mereixedora de la repulsa ètica en el tràfic jurídic.” (Sentència del Tribunal Suprem de 16 de setembre de 2010 [RJ 2010, 5597]); en el mateix sentit, STS de 7 de desembre de 2012 [RJ 2013, 913], SAP Barcelona [15a] de 4 de novembre de 2015 [JUR 2016, 185]). L’apreciació de mala fe a l’efecte de l’art. 73.3, *in fini*, no demana intenció fraudulenta, ja que només cal el coneixement de la insolvència del deutor i la consciència de danyar o perjudicar els altres creditors (STS i 27 d’octubre de 2010 [RJ 2010, 7608]). L’art. 73.3 LC, quan es refereix a la mala fe en la contrapart del concursat, ha volgut exigir una mica més que el mer coneixement de la situació d’insolvència o de proximitat a la insolvència del deutor, així com dels efectes perjudicials que la transmissió podia ocasionar als creditors. Així ho ha entès aquesta Sala quan afirma que la mala fe està composta per dos aspectes: un de subjectiu i un altre d’objectiu. El subjectiu “no requereix la intenció de danyar”, sinó “la consciència que s’afecta negativament –perjudici– els altres creditors, de manera que en agreujar o endurir la situació econòmica del deutor s’afebleix notòriament l’efectivitat enfront dels drets aliens”, i “es complementa amb l’aspecte objectiu, valoratiu de la conducta del creditor, consistent en què aquesta sigui mereixedora de la repulsa ètica en el tràfic jurídic” (STS de 7 de desembre de 2012 [RJ 2013, 913]; en el mateix sentit, SSTS de 5 d’abril de 2016 [RJ 2016, 1240], de 30 de març de 2017 [RJ 2017, 1178], SAP Alacant [8a] de 25 de febrer de 2014 [AC 2014, 457], SAP Illes Balears [5a] de 28 de juliol de 2014 [JUR 2014, 221707]).

Precisió

Per tant, si no és possible la restitució del que s’ha lliurat perquè ha entrat en la relació un tercer o, fins i tot, successius adquirents mereixedors d’aquella protecció, la Llei concursal fa responsable el primer contractant (contrapart del concursat o part *in bonis*).

Jurisprudència

Només si els béns no poden restituir-se, l’art. 73.2 LC imposa a la contrapart, destinatària dels béns objecte de disposició, la restitució per equivalent: el pagament del valor dels béns quan van sortir del patrimoni del deutor concursat, més l’interès legal, i, en cas de mala fe en qui va contractar el concursat, també haurà d’indemnitzar els danys i perjudicis causats a la massa activa (STS de 21 de novembre de 2016 [RJ 2016, 5668]). Ara bé, en els casos en els quals la finca hipoteca hagués estat alienada abans de la declaració de concurs, i per això o no pogués ja ser cancel·lada la hipoteca o amb aquesta cancel·lació no es reparava el perjudici ocasionat en el seu moment, al temps de constituir la garantia per a la deutora hipotecant i després concursada, en aquest cas, l’efecte de la rescissió no pot ser la cancel·lació, ja que amb això no se satisfà l’interès de la massa amb la rescissió concursal en la mesura en què el bé gravat no

forma part de la massa activa. Tampoc no procedeix en aquests casos, com demana la demanda, la declaració retroactiva de nul·litat de tots els assentaments posteriors a la constitució de la hipoteca objecte de rescissió, ni tampoc la nul·litat de l'execució hipotecària, en la mesura en què la rescissió és una ineficàcia funcional i no opera *ex tunc*. senten no ser possible la cancel·lació de la hipoteca, com a efecte conseqüent a la rescissió, la beneficiària de la garantia hauria de restituir a la massa l'import del deute de la concursada que es va cobrir amb la constitució de la garantia, sempre que no consti que el valor de la garantia era inferior (en atenció al valor de realització del bé en aquest moment). Aquest seria, de manera orientativa, el desvalor sofert pel bé hipotecat, quan es va fer l'acte objecte de rescissió, que és la constitució de la hipoteca, i que va haver de posar-se de manifest quan es va alinear el bé hipotecat (6 d'octubre de 2009), el valor del qual es va veure minorat pel deute garantit. En aquest cas, ja hem declarat acreditat que l'import del crèdit disposat al temps de la renovació del crèdit el 25 d'abril de 2008, amb la garantia hipotecària objecte de rescissió, era de 556.569,90 euros. Com que no consta que en el moment de fer la garantia el banc no obtingués un valor inferior, valorem el perjudici ocasionat amb l'acte rescindit en aquesta suma de 556.569,90 euros, efecte de condemnar el banc a la seva reintegració a la massa del concurs, [...] (SSTS de 26 de març de 2015 [RJ 2015, 3812] i de 4 de novembre de 2016 [RJ 2016, 5103]). [...] si aquesta ja ha estat executada i els béns han estat adjudicats a un tercer, que no va ser part en l'acte impugnat, llavors el banc ha d'abonar el valor dels béns de quan van sortir del patrimoni del concursat, sense que el crèdit garantit passi a tenir la condició de crèdit contra la massa, sinó que, en la mesura en què es va constituir en substitució d'un altre anterior, tindrà la consideració de concursal (SSTS de 8 d'abril de 2014 [RJ 2014, 2309] i de 9 d'abril de 2014 [RJ 2014, 2316]).

Activitat

Quin tipus de crèdit titularà el primer contractant o part *in bonis* en contrapartida al lliurament del valor del bé transmès? Consulteu les sentències del Tribunal Suprem del 7 de desembre de 2012 (RJ 2013, 913) i del 30 de març de 2017 (RJ 2017, 1178).

Després de les reformes efectuades en la Llei concursal el 2009 i el 2011, es recull la impossibilitat de rescissió de certs acords de refinançament realitzats pel deutor abans de la declaració de concurs. Així, aquest tipus d'actes escapen de l'àmbit de les accions de reintegració, si després de la seva celebració el deutor és declarat en concurs, encara que per a això cal el compliment de certs requisits recollits en l'article 71 bis de la Llei concursal.

Precisió

També la disposició addicional quarta de la Llei Concursal declara irrevocabils els acords de refinançament homologats judicialment. L'exercici de les altres accions d'impugnació es sotmet al que es disposa en l'article 72.2.

Jurisprudència

Abans de res, hem d'assenyalar que el RDL 3/2009 va ser una norma que pretenia donar seguretat jurídica a les parts en determinades operacions de reestructuració i de finançament, o ambdues, amb la finalitat que, si es donaven certs requisits, fossin irrevocabils enfront de les accions de reintegració. De cap manera no pot pensar-se que la norma va comportar que tots els acords de refinançament o de reestructuració havien d'ajustar-se als requisits que s'hi estableixen, amb pena de poder ser rescindits inevitablement. Les mateixes raons que van portar i porten la jurisprudència, en cada cas particular, després de l'anàlisi i la ponderació, a apreciar o no un sacrifici patrimonial injustificat per les operacions descrites, també ara res impedeix que pugui provar-se que no hi ha hagut perjudici, cosa que destrueix la presumpció *iuris tantum*, que és el que ha passat en aquest cas i que la sentència recorreguda ha ponderat determinantment. Per tant, ni la norma que introdueix els acords de refinançament (la DA 4a del RDL 3/2009), ni les posteriors reformes concursals que els ha modificat (Llei 38/2011 i RDL 4/2014) impedeixen que per als acords de refinançament que no s'acullin a la protecció específica prescrita recentment en la disposició addicional 4a i en l'art. 71.bis, hagi de seguir examinant-se, cas per cas, si hi ha o no sacrifici patrimonial injustificat, com s'havia fet fins ara, ja que, encara que els acords no s'ajustin als requisits exigits per les noves normes, poden ser igualment immunes si

no comporten perjudici concursal en el sentit de l'art. 71 LC (STS de 9 de juliol de 2014 [RJ 2014, 3618]).

L'acord concedia una ampliació significativa del crèdit, mitjançant la concessió d'una línia de crèdit i una altra de descompte, que pretenia garantir l'activitat ordinària de l'empresa. A més, contenia una modificació rellevant de les obligacions, que va haver de comportar un alleujament per a la companyia: d'un total d'aproximadament 20 milions d'euros, es va convenir una quitació cosa una mica inferior a 5 milions, fins i tot comptant amb la quitació no verificada; va cessar l'execució d'alguns dels crèdits que en aquells dies havien estat impagats; es va reduir l'interès a un 6 %, enfront de l'existent, que variava del 16 al 18 %; la concessió dels avals que necessitava la concursada enfront de les autoritats públiques, i l'ampliació del termini de l'obligació de restitució a 25 anys. Aquestes condicions s'adequaven a les exigides per l'apartat 1 de la DA 4a LC llavors vigent, i és raonable el judici de verificació que duu a terme l'Audiència que, conforme a l'informe de l'expert independent, en aquestes condicions el pla de viabilitat era equilibrat, basat en paràmetres conservadors i racionals. Sense que hàgim de guiar-nos pel biaix retrospectiu que proporciona el resultat final, la frustració de la finalitat perseguida amb el refinançament. L'enjudiciament no pot ser *ex post facto*, en funció dels resultats, sinó que ha de fer-se d'acord amb la informació de què es disposava llavors, quan es va adoptar l'acord, amb paràmetres de raonabilitat i de manera objectiva. D'altra banda, les garanties atorgades, en concret la hipoteca sobre la totalitat de la maquinària, és proporcionada "d'acord amb les condicions normals de mercat en el moment de la signatura de l'acord", si tenim en compte que la resta dels béns estaven ja gravats i que el valor de la garantia, segons la sentència recorreguda, era d'aproximadament un milió d'euros. Fet i fet, el més rellevant és el valor de la garantia, no que amb caràcter general es manifesti que la hipoteca es constitueix per garantir la totalitat del préstec. En relació amb la significativa ampliació del crèdit, que és molt superior al valor de la garantia, ha de considerar-se proporcionada (STS de 15 de febrer de 2017 [JUR 2017, 43207]).

Activitat

Responen a les preguntes següents:

- a) Quina qualificació tenen els ingressos de tresoreria derivats dels acords de refinançament en cas de concurs posterior?
- b) Poden aquests acords de refinançament fer-se extensius a altres entitats financeres creditores?

Precisió

Una de les novetats més destacables de la regulació resultant de la Llei 17/2014, de 30 de setembre, és la possibilitat d'obtenir acords singulars amb determinats creditors, sense necessitat d'assolir la majoria referida de tres cinquens. Així, complint les condicions establertes legalment, com a acords gaudeixen de protecció davant de possibles accions rescissòries. En concret, s'exigeix que aquests incrementin la proporció d'actiu sobre la de passiu prèvia; que l'actiu corrent resultant sigui superior o igual al passiu corrent; que el valor de les garanties resultants a favor dels creditors intervinents no excedeixi els nou dècims del valor del deute pendent a favor d'aquests, ni la proporció de garanties sobre deute pendent que tinguessin amb anterioritat a l'acord; que el tipus d'interès aplicable al deute subsistent o resultant de l'acord de refinançament a favor del creditor o creditors intervinents no excedeixi en més d'un terç l'aplicable al deute previ; i que l'acord hagi estat formalitzat en instrument públic atorgat per totes les parts que hi hagin intervingut, i amb constància expressa de les raons que justifiquen, des del punt de vista econòmic, els diversos actes i negocis realitzats entre el deutor i els creditors intervinents (art. 71 bis.2 LC).

Activitat

Poden les conseqüències derivades dels acords a què es refereix l'article 71 bis.2 ser imposades als creditors que no hi han intervingut?

6. La fase comuna

La interlocutòria de declaració de concurs, que produeix tots els efectes immediatament, obre la fase comuna de tramitació del concurs (art. 21.2 LC); fase que sempre s'ha de substanciar, amb independència que aquest es dirimeixi per mitjà d'un conveni o la liquidació. Com la seva denominació indica, és una fase "comuna" a tot procés concursal. La fase comuna del concurs comprèn les actuacions previstes en els quatre primers títols de la Llei concursal, entre les quals mereixen ser destacades les tendents a la determinació de la massa activa i passiva del concurs, que culminen en l'elaboració de l'inventari i la llista de creditors, respectivament. Després de conèixer-se els béns i els deutes del deutor, es tindrà la informació necessària per a optar pel conveni o la liquidació.

Precisió

Des de l'inici del concurs, el deutor es pot decantar pel conveni presentant una proposta anticipada, que s'ha de tramitar durant la fase comuna, o per la liquidació, la petició de la qual es pot fer en qualsevol moment, i també pot donar lloc a la seva substanciació en la fase comuna.

6.1. L'informe de l'administració concursal

Una de les funcions fonamentals de l'administració concursal és l'elaboració de l'informe dirigit, d'una banda, a la determinació i l'anàlisi de la situació patrimonial del concursat, i es durà a terme un examen de la documentació aportada per aquest, inclosa la comptable, si està obligat a portar comptabilitat, i, de l'altra, a la posada de manifest de les decisions i actuacions dutes a terme per aquest òrgan concursal. L'informe ha de ser presentat en el termini de dos mesos a comptar de l'acceptació de l'administrador concursal (art. 74.1 LC). Aquest termini és susceptible de ser prorrogat judicialment si concorren circumstàncies excepcionals, a sol·licitud de l'Administració concursal presentada abans que expiri el termini legal, per un temps no superior a dos mesos, amb una sèrie de matisos. Si al venciment del termini de dos mesos no hagués conclòs el termini de comunicació de crèdits, també a sol·licitud d'aquest òrgan concursal, fins als cinc dies següents a la conclusió del termini (art. 74.2 LC).

Precisió

Des de la reforma operada per la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, cal prorrogar el termini d'emissió de l'informe fins que finalitzi el termini de comunicació de crèdits.

Jurisprudència

La qüestió que es planteja és l'aplicació intertemporal de la norma reformada, que ha d'analitzar-se a la llum de la disposició transitòria quarta, apartat 2n de la mateixa Llei de reforma 38/2011, que disposa, en la síntesi que aquí interessa: "Els articles 49, 84 –a excepció de certs apartats– (i altres), modificats per aquesta Llei, a l'efecte

de la classificació dels crèdits afectats, [...], s'aplicaran als concursos en tramitació, al temps de la data de la seva entrada en vigor, en els quals encara no s'hagués presentat l'informe per l'Administració concursal". Com hem mantingut, [...], l'"informe" al qual es refereix la norma és el previst en l'art. 74 LC, el contingut del qual desenvolupa l'art. 75, és a dir, l'anomenat "informe provisional", o bé informe inicial, que després serà objecte de les modificacions resultants de la decisió les impugnacions de l'inventari i de la llista de creditors, [...]. Així pot concloure's que la disposició transitòria quarta, apartat 2n, de la Llei 38/2011, continua dient: "A tal fi, i per a aquests procediments, l'entrada en vigor d'aquesta llei constitueix circumstància extraordinària que possibilita l'ampliació judicial del termini previst per a l'emissió de l'informe en els termes que s'assenyala en l'article 74 de la Llei Concursal". És a dir, la mateixa disposició confirma que està fent referència a l'"informe" que ha de presentar l'Administració concursal en el termini que indica l'art. 74, el contingut, estructura i documents annexos del qual regula l'art. 75, especificant que, després de les modificacions legislatives, el termini per emetre aquest informe podrà ser prorrogat (SAP Barcelona [15a] de 23 d'octubre de 2013 [JUR 2014, 9665]).

Activitat

Responen a les preguntes següents:

- a) Quines conseqüències se segueixen de la falta de presentació de l'informe per part de l'administració concursal?
- b) I de la seva presentació extemporània? Consulteu la jurisprudència existent sobre aquest aspecte.

L'informe de l'administració concursal ha de contenir: una anàlisi de les dades i circumstàncies del deutor expressades en la seva memòria; un estat de la comptabilitat del deutor i judici sobre els seus comptes, i una memòria de les principals decisions i actuacions de l'administració concursal (art. 75.1 LC).

Precisió

A l'informe s'ha d'incloure, a més, l'inventari de la massa activa, la llista de creditors si escau, l'escrit d'avaluació de les propostes de conveni o el pla de liquidació i una valoració de l'empresa en el seu conjunt i de les unitats productives que la integren sota la hipòtesi de continuïtat de les operacions i liquidació; i conclourà amb l'exposició motivada dels administradors concursals sobre la situació patrimonial del deutor i de quants dades i circumstàncies poguessin ser rellevants per a la ulterior tramitació del concurs (art. 75.2 i 3 LC).

Jurisprudència

En efecte, l'art. 75 de la Llei Concursal estableix que l'informe, que ha de presentar l'Administració concursal en el termini assenyalat en l'art. 74 i que ha de contenir els extrems que el mateix precepte relaciona, s'unirà, a més de la llista de creditors i, si escau, l'escrit d'avaluació de les propostes de conveni que s'haguessin presentat, l'inventari de la massa activa, que, segons l'art. 76.1, estarà constituïda pels béns i drets integrats en el patrimoni del deutor a la data de declaració del concurs i els que es reintegrin a aquest o adquireixi fins a la conclusió del procediment (SAP Jaén [1a] de 22 de novembre de 2010 [AC 2011, 697]). En efecte, s'entén per "informe de l'administració concursal" (expressió que, a més, serveix d'epígraf general al títol IV de la Llei) un document l'ampli contingut del qual s'exposa en els tres ordinals dels quals es compon l'article 75.1 de la Llei Concursal (anàlisi de les dades i circumstàncies del deutor expressada en la memòria, estat de la comptabilitat del deutor i memòria de les principals decisions i actuacions de l'Administració concursal). D'altra banda, segons l'article 75.2, a aquest document, que és el que en sentit estricte constitueix l'informe de l'Administració concursal, s'han d'unir uns altres, com ara l'inventari de la massa activa, la llista de creditors i, si escau, l'escrit d'avaluació de les propostes de conveni (AAP Madrid [28a] de 17 d'abril de 2015 [JUR 2015, 248163]).

6.2. Determinació de la massa activa i passiva del concurs

6.2.1. La massa activa concursal (art. 76 a 83 LC)

Segons el principi d'universalitat, constitueixen la massa activa del concurs els béns i drets integrats en el patrimoni del deutor en la data de declaració de concurs i els que es reintegrin a aquest o adquireixi fins a la conclusió del procés. Com a excepció a aquesta regla general, queden fora de la massa activa els béns i drets que, tot i tenir caràcter patrimonial, siguin inembargables (art. 76.1 i 2 LC). Per tant, la massa activa del concurs no solament està formada pels béns i drets integrants del patrimoni en el moment de la declaració de concurs, sinó també pels que, com a conseqüència de l'exercici de les accions de reintegració, siguin retornats al patrimoni concursal.

Precisió

A l'efecte de determinar els que han de ser exclosos de la massa activa concursal, cal acudir a les normes generals de la Llei d'enjudiciament civil que regulen la inembargabilitat dels béns i drets (art. 605 a 607).

Precisió

En l'inventari s'ha de fer constar la possibilitat d'entaular la corresponent acció rescissòria. Això en la relació, que s'hi ha d'afegir, comprensiva de totes les accions que, segons el parer de l'administració concursal, s'hagin de promoure. Juntament amb aquesta relació se n'ha de presentar una altra amb tots els litigis el resultat dels quals pugui afectar el contingut de l'inventari (art. 82.4 LC).

Jurisprudència

L'art. 76.1 LC declara que "constitueixen la massa activa del concurs els béns i drets integrats en el patrimoni del deutor a la data de la declaració de concurs i els que es reintegrin a aquest o adquireixi fins a la conclusió del procediment". L'inventari és, al costat de la llista de creditors, un dels documents que han d'adjuntar-se a l'informe de l'Administració concursal (art. 82.1.º LC). Tots dos documents –inventari i llista de creditors– informen als creditors de la situació patrimonial del deutor. Aquesta funció és rellevant en permetre als creditors tenir informació suficient, [...]. Per això, fins i tot per una presumpta omisió –que no hi va ser–, qualsevol bé, en aquest cas, un crèdit, ha de ser reclamat, cobrat i distribuït entre els creditors, i és responsabilitat de l'Administració concursal fer totes les gestions judicials i extrajudicials necessàries per a la seva efectivitat, "fins a la conclusió del concurs" (STS d'11 de novembre de 2015 [RJ 2015, 3718]). D'acord amb l'article 76 de la Llei Concursal, la massa activa està integrada només pels béns i drets integrats en el patrimoni del deutor en el moment de la declaració de concurs, sinó també per aquells que adquireixi fins a la conclusió del procediment, per la qual cosa no hi ha dubte que els salaris que percebi el deutor fruit del seu treball per compte d'altri o, si escau, el subsidi per desocupació s'integraran en la massa activa en la quantia que no si inembargable (AAP Madrid [28a] de 12 de juny de 2015 [JUR 2015, 247668]).

Igualment, hi pot haver béns que, formant aparentment part de la massa activa del concurs, han de ser separats d'aquesta. Les denominades *operacions de reducció de la massa activa* tendeixen a apartar d'aquests determinats béns que no s'han de veure afectats per la declaració de concurs.

Precisió

La Llei concursal recull dos supòsits concrets de separació. D'una banda, reconeix als titulars de crèdits amb privilegis sobre bucs i aeronaus la possibilitat de separar aquests mitjançant l'exercici de les accions previstes en la seva legislació específica (art. 76.3 LC); de l'altra, es fa recaure en l'administració concursal l'obligació de lliurament dels béns de propietat aliena en poder del concursat als seus legítims titulars, quan aquell no tingui dret d'ús, garantia o retenció sobre aquests (art. 80 LC).

Exemple

Els béns que el deutor hagi rebut en virtut d'un mandat de venda.

Activitat

a) Quins són els requisits la concurrència dels quals és necessària per a l'exercici de la facultat de separació prevista en l'article 80 de la Llei Concursal? Consulteu la SAP Barcelona (15.^a) de 17 de novembre de 2011 (JUR 2012, 132142) i la SAP Guipúscoa (2.^a) de 14 de maig de 2013 (JUR 2014, 166409).

b) És possible la separació de la massa activa del concurs d'una quantitat de diners? Consulteu la SAP Astúries (1.^a) de 10 de juny de 2013 (JUR 2013, 230385) i la SAP Biscaia (4.^a) de 15 d'abril de 2015 (JUR 2015, 170337).

Jurisprudència

Quant a la formació de l'inventari de la massa activa, l'article 82.1, disposa que l'Administració concursal elaborarà un inventari [...]. Per la seva banda, en l'article 80 es disposa que els béns de propietat aliena que es trobin en poder del concursat i sobre els quals no tingui dret d'ús, garantia o retenció seran lliurats per l'Administració concursal als seus legítims titulars a sol·licitud d'aquests, i es pot plantejar-se incident concursal contra la decisió denegatòria de l'Administració concursal. En interpretació d'aquests preceptes assenyala la doctrina científica que no formen part de la massa activa i, per tant, no han d'incloure's en l'inventari, els béns que es trobaven a poder del deutor, però respecte dels quals un tercer tingués el dret a separar-los, supòsit en el qual la Llei preveu que, a sol·licitud dels titulars del dret de separació, l'Administració concursal haurà de lliurar els béns respecte dels quals s'exercitès aquest dret; és a dir, presentada la sol·licitud de separació, si l'Administració concursal estima que és procedent, no inclourà en l'inventari els béns als quals es refereixi; per contra, si l'Administració concursal considera que no procedeix la separació d'un bé respecte de la massa, l'haurà d'incloure en l'inventari i en tal cas es presumirà que formava part de la massa activa, per la qual cosa el dret de separació haurà d'exercitar-se per via judicial, supòsit en el qual, si el jutge estima la procedència de la reclamació interposada, ordenarà la corresponent rectificació de l'inventari (SAP Salamanca [1a] d'1 de febrer de 2010 [JUR 2010, 112845]; SAP Jaén [1a] de 22 de novembre de 2010 [AC 2011, 697]). Aquest plantejament ens remet a la qüestió relativa a la composició del patrimoni del concursat, ja que per virtut del principi d'universalitat proclamat en l'art. 76 LC [...], de manera tal que la resta dels béns i drets que estiguin en possessió del concursat però que no siguin de la seva titularitat podran efectivament ser reivindicats pel creditor *ex iure domini* segons la facultat de separació prevista en l'art. 80 LC (SAP Astúries [1a] 195/2013, de 10 de juny de 2013 [JUR 2013, 230385]).

Hem de recordar, a l'empara del dret de separació plantejat, el dret de separació que recull l'art. 80 LC, que consisteix en una facultat que pren el creditor *ex iure domini* per reivindicar els béns que es trobin en poder del concursat. Tal com es refereix en la sentència del Jutjat del Mercantil núm. 7 de Madrid, de data 28 de gener de 2008, aquest dret és conseqüència ineludible del previst en l'art. 79.1 de la Llei Concursal [...]. És a dir, només els béns i drets propietat del deutor poden servir per pagar els deutes; els béns que, fins i tot poder del deutor, pertanyin a altres persones poden ser reintegrats als seus amos. L'acció de separació regulada en l'art. 80 de la Llei Concursal guarda certa analogia amb l'acció reivindicatòria i exigeix, igual que aquest, l'acreditació del domini o la propietat sobre el bé i la identificació de la cosa el lliurament de la qual se sol·licita (SJM 1 Palma de Mallorca de 16 de juny de 2009 [AC 2011, 898]; SJM 1 Madrid de 19 de febrer de 2009 [JUR 2015, 188882]). Perquè sigui viable el dret de separació, només es requereix que la propietat sigui aliena, sinó a més que el concursat no en tingui dret d'ús, garantia o retenció. L'acció de separació regulada en l'art. 80 de la Llei Concursal guarda certa analogia amb l'acció reivindicatòria i exigeix, igual que aquest, l'acreditació del domini o la propietat sobre el bé i la identificació de la cosa el lliurament de la qual se sol·licita. La Llei no assenyala termini per al seu exercici, ja que, a diferència de la massa passiva, que sí que ha de ser fixada de manera definitiva, en el patrimoni del concursat poden entrar i sortir béns durant tot el procediment concursal. Correspon en un primer moment decidir sobre la separació sol·licitada a l'Administració concursal i contra la seva decisió denegatòria cal plantejar incident concursal (SJM 1 Madrid de 19 de febrer de 2009 [JUR 2015, 188882]).

Precisió

Si els béns i drets susceptibles de separació haguessin estat alienats pel deutor abans de la declaració de concurs a tercers de qui no puguin reivindicar-se, el titular perjudicat podrà optar entre exigir la cessió del dret a rebre la contraprestació si encara l'adquirent no l'hagués fet, o comunicar a l'Administració concursal, per al seu reconeixement en el concurs, el crèdit corresponent al valor que tenien els béns i drets en el moment de l'alienació o en un altre posterior, a elecció del sol·licitant, més l'interès legal. El crèdit que resulti a favor del titular perjudicat tindrà la consideració de crèdit concursal ordinari (art. 81 LC).

Activitat

En un supòsit de contracte de compravenda d'habitatges:

a) Els compradors que ja havien rebut el pis abans de la declaració de concurs de la venedora, poden separar-lo de la massa activa?

b) I si el pis encara no l'han rebut?

Consulteu la Sentència de l'Audiència Provincial de Saragossa de 15 de setembre de 2008.

Elaborat l'inventari per l'administració concursal, en què s'han de reflectir la naturalesa, les característiques, el lloc en què es trobi i, si escau, les dades registrals de cadascun dels béns i drets aquí especificats, a més dels gravàmens, les traves i les càrregues que recaiguin sobre aquests, és necessari procedir a la seva valoració, sempre d'acord amb el valor de mercat (art. 82.2 i 3 LC).

Precisió

Per a fer la valoració cal tenir en compte els drets, els gravàmens, les traves o les càrregues que els afectin; per a això, els administradors concursals, amb la sol·licitud prèvia al jutge del concurs, poden demanar l'assessorament d'experts independents, els honoraris dels quals han de ser assumits per aquells (art. 83 LC).

Jurisprudència

La intervenció en el concurs de l'expert independent previst en l'art. 83 LC és, exclusivament, per a l'assessorament de l'Administració concursal i es veu limitada legalment a dos supòsits: "1) quan aquest assessorament sigui necessari per a l'estimació del valor de béns o drets, i 2) quan ho sigui per analitzar la viabilitat de les accions quant al que es refereix l'art. 82 LC. D'aquí que l'art. 83.1, amb l'eloqüent rúbrica «Assessorament d'experts independents», dispos [...]". Per tant, la naturalesa de l'expert independent, com es refereix l'art. 83 LC, és similar a la d'un perit, en tant que és l'encarregat de proporcionar a l'Administració concursal informació sobre aspectes, legalment taxats, que aquesta necessita per a l'acompliment de la seva tasca. La iniciativa per al nomenament de l'expert independent correspon a l'Administració concursal, que haurà de proposar-ho al jutge del concurs, indicant els termes de l'encàrrec (art. 83.1). La decisió del jutge, favorable o no al nomenament, no serà susceptible de cap recurs. Un cop nomenat l'expert independent, art. 83.2, li serà "d'aplicació [...] el règim d'incapacitats, incompatibilitats, prohibicions, recusació i responsabilitat establert per als administradors concursals i els seus representants", la qual cosa, òbviament, no pot ser entès en el sentit que es canvia la naturalesa jurídica del seu càrrec, que és simplement la d'assessor. Finalment, i en relació amb els honoraris reportats per l'expert independent, l'art. 83.3 LC estableix (en la redacció vigent, [...]) que "seran amb càrrec a la retribució de l'Administració concursal", la qual cosa significa que és l'Administració concursal la que, de la retribució que li correspongui, pagarà a l'expert independent els honoraris que s'hagin reportat a conseqüència de la seva actuació. Com raona la doctrina [...], en imputar els honoraris dels experts independents a la retribució de l'Administració concursal s'està, de fet, reduint-ne la remuneració. [...] En el cas que ara coneix el Tribunal, el nomenament de l'expert independent va tenir com a motiu la necessitat d'assessorament per a la valoració de certs béns i drets (SAP Alacant [8a] de 8 de juliol de 2016 [JUR 2016, 213394]).

Activitat

La inclusió d'un bé o dret en l'inventari prejutja de manera definitiva la titularitat d'aquest? Consulteu la SAP Madrid (28a) de 22 de novembre de 2013 (JUR 2014, 56400) i la SAP Zaragoza (5a) de 24 de març de 2014 (AC 2014, 374).

6.2.2. Els crèdits contra la massa

Amb caràcter general, són els que es deriven de la substanciació del concurs o del manteniment, després de la declaració de concurs, de l'activitat professional o empresarial que estigui desenvolupant el concursat. Es recullen en l'article 84.2 de la Llei concursal.

Es tracta de crèdits extraconcursals, és a dir, queden fora del concurs, i predeuïbles, ja que, amb caràcter previ al pagament dels crèdits concursals, s'han d'apartar de la massa activa les quanties necessàries per a satisfer-los. La predeucció no es pot fer amb càrrec als béns afectes a un privilegi especial.

Exemple

Les despeses processals o els honoraris dels administradors concursals.

Jurisprudència

Amb el nom de "crèdits contra la massa" es designen tots aquells crèdits que genera el mateix procediment concursal, ja derivin de les costes i despeses judicials, ja es refereixin a les obligacions nascudes durant el concurs o que es mantinguin després de la declaració. Encara que tècnicament inexactes, els termes són afortunats perquè permeten diferenciar els titulars de crèdits nascuts durant el procediment concursal d'aquells altres nascuts amb anterioritat que ocasionen la declaració del concurs. I així, els crèdits contra la massa es contraposen als crèdits contra el deutor comú (crèdits concursals), i els creditors de la massa (articles 154.3 i 172.2-3.r) es contraposen als creditors en la massa. [...] En resum, com els crèdits contra la massa se satisfan al marge del procediment concursal, abans del repartiment pròpiament dit (article 154.1), s'utilitza també l'expressió "crèdits predeuïbles", i s'afirma que es caracteritzen per la predeucció o per la predeuïbilitat, encara que cap precepte legal utilitza en general aquesta denominació (SAP Zaragoza [5a] 49/2016, de 5 de febrer de 2016 [JUR 2016, 79326]).

Abans d'enumerar cadascun dels tipus de crèdits que formen aquest grup, en línies generals es poden resumir que seran crèdits contra la massa totes aquelles despeses que es generen després de l'acte pel qual es declara el concurs de creditors (AAP Guadalajara [1a] d'1 de juny de 2017 [AC 2017, 1235]). Certament, el deute que per a la massa significa el crèdit dels demandants no respon a la naturalesa que tradicionalment s'atribuïa a aquests deutes de la massa, com era la de subvenir a les necessitats del concurs, per la qual cosa havien d'haver-se generat després de la declaració d'aquest. Però aquesta caracterització tradicional dels deutes de la massa ha estat modulada per la regulació que es conté en l'art. 84.2 de la Llei Concursal, en la qual alguns dels supòsits de crèdits contra la massa no responen a aquesta finalitat, com és el cas de l'apartat 10è, en el qual s'enquadra el crèdit dels demandants, o que no compleixen el requisit temporal d'haver-se generat amb posterioritat a la declaració del concurs, com és el cas de l'apartat 1r, els crèdits per salaris dels últims trenta dies anteriors a la declaració de concurs (STS de 29 de novembre de 2017 [RJ 2017, 5300]).

En l'enumeració de l'art. 84.2 LC els crèdits contra la massa no tots parteixen de l'element mer temporals, ja que també es designen crèdits contra la massa alguns als quals es vol adossar per Llei el seu règim, fora del concepte, és a dir, per pura voluntat del legislador. Així es distingeix entre els crèdits contra la massa sintètics, que no reuneixen els pressupòsits ideològics del concepte (a); les despeses del procediment, que sempre n'hi haurà, entre els quals es troben les costes i despeses d'assistència jurídica, i la remuneració dels administradors concursals –i en els concursos de persones físiques, aliments– (b), i els crèdits per la continuïtat, que seran molt escassos quan el cessament de l'activitat és anterior a l'obertura i es vulgui preservar un patrimoni per liquidar-lo, o molt amplis, quan es continua amb l'activitat empresarial o professional (c). Excepte el primer grup, en tots els altres supòsits ha d'entendre's que el crèdit contra la massa està connectat a l'interès del concurs i normalment ha de sorgir quan el concurs ja està en marxa. Passa que en molts casos la mateixa norma estableix aquest interès, i es podrà descartar la realitat del crèdit o la quantia, però

no la naturalesa. En canvi, simptomàticament són les despeses judicials les que poden oferir més possibilitats de falta de connexió funcional. Aquesta institució neix de la insolvència i falta de justificació que qualsevol despesa judicial, sigui com sigui l'objecte de la contesa en què es generi, sigui en perjudici dels creditors concursals, la màxima satisfacció dels quals és la finalitat principal del procediment. Per això, en el precepte comentat expressament es reitera que les costes que mereixen la qualificació de crèdits contra la massa són les ocasionades en procediment "en interès de la massa" (SAP Múrcia [4a] de 17 de juliol de 2014 [AC 2014, 2335]).

En cas que la massa activa sigui insuficient per a pagar els crèdits contra la massa ja generats, és procedent concloure el concurs (art. 176.1,3r LC), i els crèdits s'han de pagar d'acord amb l'ordre de prelació fixat en l'article 176 bis de la Llei concursal.

Activitat

Responen a les preguntes següents:

a) Són crèdits contra la massa els recàrrecs per impagament de quotes de la Seguretat Social generats després de la declaració de concurs? I les retencions derivades del pagament de l'impost sobre la renda de les persones físiques?

b) Quina consideració tenen els crèdits nascuts durant la vigència d'un conveni l'incompliment del qual dóna lloc a l'obertura de la fase de liquidació?

Consulteu, entre altres resolucions, les sentències del Tribunal Suprem de 31 de gener de 2011 i de 12 de novembre de 2010; la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleó de 27 d'abril de 2011, i la Sentència de l'Audiència Provincial de Burgos de 25 de maig de 2010.

c) Són crèdits contra la massa els interessos reportats per crèdits concursals si s'han reportat un cop declarat el concurs? Consulteu la STS de 29 de setembre de 2014 (RJ 2014, 4698).

d) Quin moment determina que el crèdit sigui concursal o contra la massa, la meritació del crèdit o la seva exigibilitat? Consulteu la STS de 30 de juny de 2017 (RJ 2017, 3120).

e) Els crèdits contra la massa poden compensar-se o generar interessos i recàrrecs? Consulteu la STS de 13 de març de 2017 (RJ 2017, 689).

6.2.3. La massa passiva concursal (art. 84 a 94)

La Llei concursal recull una definició de la massa passiva per exclusió: està constituïda pels crèdits contra el deutor comú que no tinguin la consideració de crèdits contra la massa (art. 84.1 LC). Els crèdits que formen part de la massa passiva es denominen *concurssals*. Doncs bé, la inclusió d'aquests crèdits dins la massa passiva del concurs es realitza segons les regles següents:

1) Els creditors han de realitzar la preceptiva comunicació dels crèdits de què siguin titulars, la qual cosa es coneix com a *insinuació*; comunicació que s'ha de formular, durant el mes següent a la publicació en el *Butlletí Oficial de l'Estat* de la interlocutòria que declari el concurs, per escrit o per mitjans electrònics, que s'ha de dirigir a l'administració concursal, amb les dades identificatives del creditor i les relatives al crèdit (concepte, quantia, dates d'adquisició i venciment i qualificació pretesa), i s'hi ha d'adjuntar una còpia del títol o el document acreditatiu d'aquest (art. 85 LC).

Jurisprudència

Prèviament a l'examen de les infraccions legals denunciades amb caràcter general, ha de predicar-se que l'art. 85 de la LC imposa que no és una facultat d'aquests, sinó una obligació: La insinuació voluntària dels crèdits als creditors (SAP Zaragoza [5a] de 17 de gener de 2013 [JUR 2013, 112690]). Els creditors del concursat no tenen cap obligació de comunicar els crèdits en el concurs; tal actuació és un acte voluntari, generalment concebut com una càrrega per als qui pretenen obtenir satisfacció dins del concurs, sense posar en perill les possibilitats d'aconseguir-la. Així es desprèn de l'art. 85 LC. És cert que aquest text legal preveu mesures de substància sancionadora per al creditor que comunica tardanament el crèdit, en la mesura en què la falta de diligència pot entorpir el concurs i perjudicar els altres creditors. Sense perjudici de les excepcions que es preveuen, la comunicació tardana comportarà, com a regla general, la subordinació del crèdit (SAP la Corunya [5a] de 26 de març de 2015 [JUR 2015, 112188]).

D'aquesta manera, es concedeix a tots els creditors del concursat el termini d'un mes per explicar des de l'última de les publicacions obligatòries, acordades en l'Acte de declaració del concurs, a fi que comuniquin a l'Administració concursal l'existència dels seus crèdits. Es col·legeix fàcilment que el termini perquè els creditors comuniquin els crèdits a l'Administració concursal no té per què coincidir necessàriament amb la finalització del període que té l'Administració concursal per elaborar l'informe i la realitat quotidiana d'altra banda així ho evidencia. Més aviat la situació adequada hauria de ser que el termini per a la comunicació de crèdit acabi amb antelació a l'expiració del termini per a la confecció i lliurament de l'informe de l'Administració concursal (AJM 1 Madrid de 2 d'octubre de 2008 [JUR 2009, 184971] i AJM 1 València d'1 d'octubre de 2009 [AC 2014, 1285]).

Precisió

Després de la reforma derivada de la Llei 38/2011, es permet la pròrroga del termini per emetre l'informe quan encara no hagi conclòs el termini de comunicació (art. 74.2.2.n LC).

Activitat

a) Queden els creditors alliberats del deure d'insinuar els seus crèdits en el termini assenyalat si l'administració concursal, al seu torn, incompleix la seva obligació de comunicació prevista en l'article 21.4 de la Llei concursal? Consulteu la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid de 8 de maig de 2008.

b) Quines són les conseqüències de la comunicació dels crèdits fora del termini legal? Consulteu les SSTs de 17 de març de 2016 (RJ 2016, 1151) i de 4 de novembre de 2016 (RJ 2016, 5198).

2) Amb fonament en les comunicacions i la documentació aportada pels creditors, l'administració concursal procedeix al reconeixement dels crèdits, és a dir, a la seva inclusió o exclusió de la llista de creditors, que ha de comprendre una relació dels inclosos i una altra dels exclosos. També s'hi han d'incloure els crèdits que resultin dels llibres i documents del deutor, encara que els creditors titulars ens els hagin comunicat (art. 86 LC).

Precisió

La Llei concursal recull una sèrie de crèdits d'inclusió necessària: els reconeguts per laude o resolució processal, encara que no sigui ferma, o per certificació administrativa, els assegurats amb garantia real inscrita en Registre Públic i els laborals l'existència i quantia dels quals resultin de la documentació del deutor o constin en el concurs per qualsevol altra raó.

Activitat

a) Dins de la llista de creditors, en quines classes han d'estar inclosos els creditors amb privilegi general o especial? Analitzeu l'article 94.2 de la Llei concursal, segons la redacció resultant de la reforma operada pel RDL 11/2014, de 5 setembre, i Llei 9/2015, de 25 maig.

b) En l'àmbit del conveni, poden els creditors d'una d'aquestes classes adoptar decisions que afectin els d'altres classes diferents?

3) Almenys deu dies abans de presentar l'informe s'ha de dirigir una comunicació electrònica als creditors sobre els quals consti l'adreça electrònica per informar-los del projecte d'inventari i de la llista de creditors, hi estiguin o no inclosos. La comunicació es publicarà en el Registre Públic Concursal i els creditors podran sol·licitar a l'administració concursal, igualment per mitjans electrònics, fins a tres dies abans de la presentació de l'informe al jutge, que es rectifiqui qualsevol error o es complementin les dades comunicades (art. 95.1 LC).

Precisió

L'administració concursal dirimirà, també per mitjans electrònics, una relació de les sol·licituds de rectificació o complement presentades al deutor i als creditors, que es publicarà igualment en el Registre Públic Concursal.

Activitat

És possible la insinuació d'un crèdit sotmès a un litigi iniciat abans de la declaració de concurs? Consulteu la Sentència de l'Audiència Provincial de Las Palmas de 6 de març de 2009.

Però els crèdits, a més de reconeguts, també han de ser classificats. Com sabem, el concurs es troba regit pel principi de la *par conditio creditorum* o igualtat de tractament dels creditors. No obstant això, aquest principi es troba relativitzat pel règim legal de prelación de crèdits, en virtut dels quals alguns gaudeixen de preferències en el concurs, mentre que d'altres són objecte de postergació. En concret, la Llei concursal preveu tres tipus de crèdits concursals: privilegiats, amb privilegi especial (art. 90 LC) o general (art. 91 LC), subordinats (art. 92 LC) i ordinaris.

Precisió

No hi ha una relació legal que identifiqui quins són els crèdits ordinaris. Per exclusió, tots els que no tinguin la consideració de privilegiats o subordinats es consideren crèdits ordinaris. Com es pot veure, la graduació afecta els crèdits i no els seus titulars, i hi pot haver creditors que tinguin diversos crèdits de la mateixa categoria o d'una categoria diferent.

Jurisprudència

Els crèdits concursals (article 84.1 de la LC) són aquells que, tenint-los els qui van ser creditors d'un deutor comú quan aquest era declarat en concurs, són integrats en la massa passiva d'aquest (article 49 de la LC), després d'haver seguit les regles concursals que disciplinen la seva comunicació (article 85 de la LC), reconeixement (articles 86 i 87 de la LC) i classificació (articles 89 a 92 de la LC), i que queden subjectes al principi de la *par conditio creditorum* (tracte equitatiu), que significa que la satisfacció, en la mesura del possible, d'acord amb regles de preferència i amb criteris de proporcionalitat, queda a resultes de la solució final del concurs (conveni o liquidació) (SAP Madrid [28a] de 14 de març de 2014 [JUR 2014, 107295]).

Per a la resolució de la qüestió plantejada es partirà del fet que els crèdits concursals, segons l'article 84.1 de la Llei Concursal, són aquells que, tenint-los els qui eren creditors d'un deutor comú quan va ser declarat en concurs, són integrats en la massa passiva d'aquest (art. 49 LC), després d'haver seguit les regles concursals que disciplinen la comunicació (article 85 de la LC), reconeixement (articles 86 i 87 de la LC) i classificació (articles 89 a 92 de la LC), i que queden subjectes al principi de la *par conditio creditorum* (tracte equitatiu), que significa que la satisfacció, en la mesura del possible, d'acord amb regles de preferència i amb criteris de proporcionalitat, queda

a resultes de la solució final del concurs: “conveni o liquidació” (SAP Orense [1a] de 4 d’octubre de 2017 [JUR 2017, 258505]). Si es tracta de crèdits concursals, queden igualment sotmesos a la disciplina del procés concursal i hauran de ser atesos, ja en el marc del conveni o en el de la liquidació, en funció i mesura de la classificació que se’ls atribueixi, ja que cap privilegi no assigna la Llei als crèdits pel fet que hagin estat judicialment declarats (taxativament l’article 89.2 de la Llei Concursal disposa que no s’admetrà en el concurs cap privilegi o preferència que no estigui reconegut en aquesta Llei) (SAP la Corunya [4a] de 15 de setembre de 2016 [JUR 2016, 228262]). La previsió de proposicions alternatives en el conveni, a les quals poden acollir-se tots els creditors, no comporta la creació de privilegis o preferències no previstos en la Llei, per la qual cosa no s’infringeix el que es preveu en l’art. 89.2 de la Llei Concursal (STS de 13 de març de 2017 [RJ 2017, 856]).

Activitat

Responen a les preguntes següents:

- a) Com es qualifiquen els crèdits que deriven de la documentació del deutor però la classificació dels quals com a subordinats no va ser impugnada? Consulteu la Sentència del Tribunal Suprem de 31 de gener de 2011.
- b) La Hisenda pública és titular de diversos crèdits per impostos reportats abans de la declaració de concurs, que puguen a 100.000 euros. D’aquest import, 70.000 corresponen al principal del deute, 20.000 a interessos del deute, i 10.000 a una sanció per incompliment. Com es qualificaran aquests crèdits? Consulteu la Sentència del Tribunal Suprem de 21 de gener de 2009.
- c) Com es qualifiquen els honoraris de l’administrador concursal advocat per la seva intervenció en un incident concursal? Consulteu la Sentència de l’Audiència Provincial de Madrid de 30 de desembre de 2008.
- d) Com es qualifica el crèdit d’una persona vinculada a la societat concursada? Consulteu la Sentència de l’Audiència Provincial de Barcelona de 28 de novembre de 2008.
- e) Com es qualifiquen les quotes impagades derivades d’un contracte de lísing? Consulteu la Sentència del Jutjat Mercantil, número 6, de Madrid de 27 de gener de 2010.

Activitat

- f) Fins on arriba el privilegi especial dels creditors amb garantia real? Analitzeu l’article 90.3, l’apartat segon de la DA 4a. LC (consolidat a la Llei 17/2014) i l’article 94.5 (introduït pel RDL 11/14).

L’inventari i la llista de creditors poden ser objecte d’impugnació per les parts personades en el termini de deu dies a comptar de la publicació de la presentació de l’informe de l’administració concursal en el Registre Públic Concursal i en el tauler d’anuncis del jutjat. La impugnació de l’inventari pot tenir per objecte la inclusió o l’exclusió de béns o drets, i l’augment o disminució de la valoració dels inclosos, i la de la llista de creditors es pot referir a la inclusió o exclusió de crèdits i a la quantia o classificació dels reconeguts. Les impugnacions d’un o altre document es tramiten davant el jutge del concurs per la via de l’incident concursal, i es poden acumular per a la seva resolució conjunta (art. 96 LC).

Precisió

Totes les impugnacions s’hauran de fer constar, immediatament després de la seva presentació, en el Registre Públic Concursal. Igualment, dins dels cinc dies següents a aquell en què hagi finalitzat el termini d’impugnació, es publicarà en aquest Registre una relació de les impugnacions presentades i de les pretensions deduïdes en cadascuna d’aquestes.

Exemple

Iniciació de processos administratius de comprovació o inspecció posteriors a l’elaboració de la llista, o el compliment de les condicions en crèdits que estaven reconeguts com a condicionats suspensivament.

Jurisprudència

Els arts. 95.2 i 96.1 de la Llei Concursal van ser reformats per l'art. 12 del Reial decret llei 3/2009, de 27 de març, de mesures urgents en matèria tributària, financera i concursal davant l'evolució de la situació econòmica [...]. Aquesta reforma va ser motivada precisament pels equívocs interpretatius als quals conduïa l'aplicació d'aquests preceptes a l'hora de determinar la data inicial per al còmput del termini d'interposició de la demanda d'impugnació de l'informe de l'Administració concursal. La versió de l'art. 96.1 de la Llei Concursal vigent des de l'1 d'abril de 2009 distingeix, a diferència de la derogada, entre dos tipus de còmput del termini de deu dies, segons es tracti de parts personades en el concurs o d'interessats no personats. Per als primers, el termini es computa des de la notificació personal de l'informe i, per als segons, des de la publicació de l'informe en el BOE. Per tant, en ser el demandant d'empara part personada en el concurs, se li va haver de computar el termini d'impugnació des de la notificació personal de l'informe (art. 96.1 de la Llei Concursal, incís primer), la qual cosa hauria determinat la interposició de la demanda en l'últim dia hàbil. Se li va aplicar, no obstant això, sense cap justificació, l'incís legal referit als interessats no personats com a part, la qual cosa, atès que la publicació en el BOE de l'informe va ser anterior a la notificació personal, va tenir com a conseqüència l'extemporaneïtat de la demanda d'impugnació. La conclusió a què s'arriba en les dues resolucions judicials recorregudes en empara no és conforme amb el dret a la tutela judicial efectiva, en el seu vessant de dret d'accés a la jurisdicció. En aquest sentit, des de la STC 158/2000, de 12 de juny (RTC 2000, 158), FJ 5, hem estat repetint que "la decisió sobre l'admissió o no d'una demanda, així com la verificació de la concurrència dels pressupòsits i requisits materials i processals de la mateixa són qüestions d'estricta legalitat ordinària, la resolució de la qual correspon exclusivament als òrgans judicials en l'exercici de la potestat que privativament els confereix l'art. 117.3 CE [...] Ara bé, s'exceptuen d'aquesta regla aquells supòsits en els quals la interpretació efectuada per l'òrgan judicial d'aquesta normativa és arbitrària, manifestament sense raó o fruit d'un error palès [...]" (STC [2a] de 21 de juliol de 2014 [RTC 2014, 129]).

Precisió

La reforma derivada de la Llei 38/2011 va afegir a aquesta regulació dues previsions. D'una banda, la possibilitat de presentar comunicacions de crèdits, un cop conclòs el termini d'impugnació i fins a la presentació dels textos definitius. Aquests crèdits seran qualificats com a *subordinats*, tret que el creditor justifiqui que no ha tingut notícia abans de la seva existència (art. 96 bis LC). De l'altra, s'admet la possibilitat de modificar fins i tot la llista definitiva de creditors en certs casos taxats i justificats (arts. 97, 97 bis i 97 ter LC).

Activitat

El FOGASA està legitimat activament per a impugnar la qualificació dels crèdits laborals quan encara no ha pagat als treballadors? Consulteu la Sentència de l'Audiència Provincial de Burgos de 25 de maig de 2010.

7. La fase de conveni

7.1. Noció de conveni

El conveni concursal pot ser definit com un negoci jurídic, l'eficàcia del qual està condicionada a la seva aprovació judicial, subscrit entre el deutor concursat i la col·lectivitat dels creditors, que té per objecte fonamental la satisfacció dels crèdits dels creditors, per a la qual cosa se n'acorda la remissió, la dilació en el pagament o totes dues conjuntament, o un altre contingut, sempre d'acord amb els límits legals. En la mesura que l'empresa sigui viable, també es procura atendre altres finalitats, com la conservació de l'activitat empresarial o professional del concursat i la dels llocs de treball que en depenen.

Precisió

El conveni és la solució "normal" del concurs, la qual el legislador tracta de facilitar mitjançant mesures com l'admissió de la proposta anticipada, l'agilitació de la tramitació de les propostes de conveni i la flexibilitat en la regulació del seu contingut.

Amb independència del tipus de proposta de conveni de què es tracti, anticipada o ordinària, s'han de respectar sempre els requisits de forma i contingut que estableix la Llei concursal.

1) Quant als primers, tota proposta s'ha de formular per escrit i amb la signatura del deutor o creditors proponents (o pels seus respectius representants amb poder suficient) i, si escau, dels tercers que assumeixin compromisos de pagament, prestin garanties o finançament o assumeixin qualsevol altra obligació (art. 99 LC).

Jurisprudència

Qualsevol proposta de conveni, inclosa l'anticipada, i les adhesions dels creditors han de figurar signades per la societat concursada proponent (és a dir, per persona amb poder de representació d'aquesta societat insolvent), per les persones, naturals o jurídiques, que assumeixin qualsevol obligació en aquesta proposta i pels creditors adherits, i aquestes signatures i, si escau, la justificació del poder de representació dels signants han d'estar legitimades per fedatari públic (AJM 1 Madrid de 4 de febrer de 2005). En una proposta de conveni ordinari presentada pels creditors ha d'entendre's per compliment el requisit de la signatura en haver estat plasmada la proposta en instrument públic (AJM 1 Madrid de 16 de novembre de 2005 [AC 2005, 2067]).

Ha d'inadmetre's una proposta de conveni que inclogui el compromís de pagament per tercer quan falti la personalitat jurídica al compromitent en el moment del compromís. Si, al temps del compromís de pagament assumit per la tercera persona jurídica, no apareixia inscrit en cap registre, tractant-se d'una societat irregular i sense personalitat jurídica, el representant no tenia prou apoderament per vincular-la obligacionalment. Aquesta conclusió no impedeix la posterior inscripció i convalidació o ratificació per la societat, ja que l'absència de personalitat civil en el moment del compromís i l'absència de poder suficient (art. 99 LC) no són convalidables. Quan de les circumstàncies derivi a més que la societat compromitent va ser creada *ad hoc* per a l'assumpció dels pagaments de la concursada, per la qual cosa en aquest moment falta una mínima solvència patrimonial per fer front a aquesta assumpció, el

compromís de pagament assumit ha de qualificar-se com a inexistent i una mera declaració de voluntat no sustentada en cap capacitat patrimonial (AJM 6 Madrid de 15 d'abril de 2009).

2) Pel que fa als segons, la Llei concursal preveu una sèrie de normes de caràcter imperatiu, és a dir, de compliment obligat. En concret, la proposta de conveni ha de contenir proposicions de quitament o d'espera, i es poden acumular ambdues (art. 100.1 LC). Les majories necessàries per a l'acceptació per part dels creditors de la proposta de conveni varien en funció dels quitaments i/o esperes que contingui.

Jurisprudència

La proposta de conveni té un contingut necessari constituït per les tradicionals quitacions (convenis remissoris) o esperes (convenis dilatoris), i es poden combinar ambdues. Ara bé, que la proposta de conveni hagi de contenir necessàriament proposicions de quitació i/o espera, excepte una possible excepció que no ve al cas, no significa que sigui el seu únic contingut, ja que en virtut del principi d'autonomia de la voluntat sancionat en l'article 1255 del Codi civil poden proposar-se acords que no siguin contraris a la moral, a l'ordre públic o a les lleis i, entre aquests, com és natural, la Llei Concursal, que modula i limita aquesta autonomia atès que, sense necessitat d'abordar aquí la naturalesa jurídica del conveni, sí que cal afirmar que es tracta d'un negoci jurídic de massa que s'aconsegueix en el si d'un procés i que exigeix aprovació judicial, de manera que la mateixa Llei Concursal fixa determinats límits a l'autonomia de voluntat privada (AAP Madrid [28a] de 12 de març de 2010 [AC 2010, 1202]).

Enfront de la legislació concursal derogada, la vigent Llei Concursal pretén derogar el principi general de llibertat de pacte admès en matèria de conveni. Actualment, en el conveni trobem una oferta contractual normada i un contracte normat, on el legislador a) limita els supòsits de quitacions i esperes en què es justifica l'extensió dels efectes subjectius del conveni a creditors no intervinents, i b) limita l'autonomia de la voluntat en defensa de l'interès econòmic de la part contractual més feble (els creditors ordinaris absents, els privats de vot, els que van votar en contra i els subordinats), en excloure determinats continguts contractuals abans vàlids, i encomana a l'Administració concursal i al jutge del concurs el control d'aquesta oferta i la protecció dels interessos econòmics minoritaris. Per això, la proposta de conveni admesa per una majoria dels creditors ordinaris no justifica econòmicament la necessitat objectiva d'ampliar les quitacions estipulades legalment, l'exigència objectiva d'aquestes en relació amb les probables activitats futures d'explotació, els marges comercials i d'explotació que exigirien precisament una quitació i no una altra (SJM 6 Madrid de 5 de setembre de 2011 [AC 2011, 2141]).

L'art. 100 LC no es pronuncia expressament sobre l'admissió o no dels períodes de carència, i el to és fidel a la postura del legislador en considerar el conveni la solució normal del concurs, com exposa l'exposició de motius. És a dir, aquest precepte preveu les variants més possibles en el conveni. Això també resulta així del principi d'autonomia de la voluntat de les parts, ja que poden incloure els pactes i clàusules que consideri convenient conforme a l'art. 1255 del Codi civil. I, finalment, estimo que han d'admetre's aquests continguts –sempre de manera proporcionada a les circumstàncies del cas concret– amb base al principi de *favor convenii*. Per això, encara que aquesta previsió no estigui expressament continguda en l'art. 100.2 LC, en no quedar prohibida en l'art. 100.3 LC, és legal (SJM 2 Múrcia de 25 de juliol de 2014 [JUR 2015, 272782]).

L'autorització de la superació dels límits de l'art. 100.1 LC només pot justificar-se, a més de per les raons previstes en el paràgraf segon de l'art. 100.1 LC (que constitueixen a més un requisit ineludible si el conveni no té el caràcter de proposta anticipada), quan els avantatges que comporta la superació d'aquests límits són superiors als inconvenients que provoca als creditors, als competidors, als treballadors i als altres titulars d'interessos legítims que concorren en el concurs. La motivació ha de respondre a una justificació adequada aportada al procés (sol·licitud del deutor, proposta del conveni, informe de viabilitat, informe de l'Administració concursal), que pot ser qüestionada pels creditors o per l'Administració concursal, i que ha de ser valorada pel tribunal per motivar la decisió sobre l'autorització de la superació

d'aquests límits. Atès que el Jutjat Mercantil va dictar una sentència en la qual no va aprovar la proposta anticipada de conveni amb base en normes aplicables específicament a les administracions públiques, si l'Audiència Provincial va considerar que el Jutjat Mercantil havia errat en l'aplicació de les normes i va revocar el pronunciament que va denegar l'aprovació del conveni, en ser la seva cognició plena, va haver de fer l'autorització motivada de la superació dels límits que per al conveni estableix l'art. 100.1 LC (STS 1a de 18 de març de 2016 [RJ 2016, 864]).

Les majories necessàries per a l'acceptació pels creditors de la proposta de conveni varien en funció de les quitacions i/o esperes que contingui.

Així, es preveuen dos tipus d'opcions, en funció del passiu ordinari favorable al conveni, amb diferents possibles límits en els quitaments i esperes (art. 124 i 134 LC):

- Quan concorri un 50% del passiu ordinari:
 - Quitaments de fins al 50%.
 - Esperes de fins a cinc anys.
 - Conversió de deute en préstecs participatius durant cinc anys.
- Quan concorri un 65% del passiu ordinari:
 - Quitaments sense percentatge màxim.
 - Esperes de fins a deu anys.
 - Conversió de deute en préstecs participatius durant deu anys.
 - Cessió de béns o drets en pagament del deute, o cessió d'unitats productives en funcionament.

Precisió

A l'efecte del còmput de les referides majories, es consideren inclosos en el passiu ordinari del concurs els creditors privilegiats que votin a favor de la proposta.

L'aprovació del conveni implicarà l'extensió dels seus efectes als creditors ordinaris i subordinats que no hagin votat a favor, sense perjudici del que es disposa en l'article 134. Si no s'aconsegueixen les majories exigides s'entendrà que el conveni sotmès a votació queda rebutjat.

Però, quan la proposta de conveni preveu un quitament inferior al 20% amb pagament immediat o una espera no superior a tres anys, només s'exigeix que hi voti a favor una porció del passiu superior a la que voti en contra, sense necessitat de percentatge mínim.

No es permet que la proposta de conveni tingui com a contingut la cessió de béns i drets als creditors en pagament o per a pagament dels seus crèdits, i tampoc no pot consistir en cap forma de liquidació global del patrimoni del concursat ni es pot alterar la classificació dels crèdits que estableix la Llei concursal o la seva quantia fixada en el procés (art. 100.3 LC).

Precisió

No obstant això, pot ocórrer la cessió en paga de béns o drets als creditors quan els béns o drets cedits no resultin necessaris per a la continuació de l'activitat professional o em-

presarial i el seu valor raonable sigui igual o inferior al crèdit que s'extingeix. Cal tenir en compte, també, que l'article 155.4 de la Llei Concursal permet la venda directa o cessió en pagament o per a pagament de béns i drets afectes a crèdits amb privilegi especial.

Tampoc no cal sotmetre l'eficàcia de la proposta de conveni a condició i, en cas contrari, es considera no presentada. Això, tret que es tracti de concursos connexos (declarats conjuntament o acumulats), en aquest cas la proposta de conveni d'un dels concursats es pot condicionar a l'aprovació judicial de la presentada per un altre o per altres (art. 101 LC).

Les propostes han d'anar acompanyades d'un pla de pagaments, amb el detall dels recursos previstos per al seu compliment (art. 100.4 LC) i, si escau, d'un pla de viabilitat (art. 100.5 LC).

La Llei concursal també alberga normes de contingut permissiu. Així, la proposta de conveni pot contenir diferents alternatives per tots o alguns dels creditors, i s'ha de determinar l'aplicable en cas de falta d'exercici pels creditors de la seva facultat d'elecció (art. 99.1, 100.2 i 102 LC). A més, s'admet la possibilitat d'alienació del conjunt de béns i drets afectes a l'activitat empresarial o professional del concursat o de determinades unitats productives a favor d'una persona natural o jurídica determinada. No obstant això, tal possibilitat es condiona al fet que l'adquirent assumeixi la continuïtat de l'activitat empresarial o professional pròpia de les unitats productives a les quals afecti. També s'ha d'escoltar als representants dels treballadors (art. 100.2,III i IV LC).

Activitat

- a) El pla de viabilitat forma part del conveni? Consulteu la SAP Pontevedra (1a) de 20 de gener de 2010 (JUR 2010, 101768) i l'AAP Barcelona (15a) de 24 de maig de 2012 (AC 2012, 497).
- b) Pot ser revocada la petició inicial de liquidació per intentar l'obtenció d'un conveni? Consulteu l'AJM 1 Madrid de 16 de març de 2006 (AC 2006, 504).
- c) Són els límits de quitació i espera predicables respecte dels crèdits subordinats? Consulteu la STS (1a) de 19 de febrer de 2013 (RJ 2013, 2148).
- d) El creditor pot renunciar al privilegi del seu crèdit en l'àmbit del conveni? I votar en Junta de Creditors? Consulteu la SAP Còrdova (3a) de 10 de gener de 2013 (JUR 2013, 248648).
- e) La modificació de la llista de creditors que deriva en una disminució del passiu ordinari vulnera les normes per a la determinació de les majories necessàries de l'article 124.1 de la Llei Concursal? Consulteu la SAP Sevilla (5a) de 7 de gener de 2016 (JUR 2016, 126614).
- f) Quan un creditor és privat del dret de vot, s'exclou l'import dels seus crèdits del còmput per a l'aprovació de la proposta de conveni? Consulteu l'AAP Zaragoza de 5 de juliol de 2008 (JUR 2008, 362628) i AAP la Corunya (4a) de 30 de març de 2012 (JUR 2012, 919313).

7.2. La proposta anticipada de conveni

L'admissió d'aquest tipus de proposta constitueix una mesura de foment de la solució de conveni. La possibilitat legal de tramitació d'una proposta anticipada de conveni, l'acceptació del qual per part dels creditors es realitza per mitjà del sistema d'adhesions, evita la necessitat de constitució de la junta de creditors i les consegüents dilacions temporals.

Precisió

L'adhesió consisteix en una declaració del creditor efectuada mitjançant compareixença davant el secretari judicial o en instrument públic, per mitjà de la qual manifesta la seva conformitat a la proposta anticipada presentada pel deutor. Ha de ser pura i simple, i expressar la quantia del crèdit o dels crèdits de titularitat del creditor, i la seva classe (art. 103 LC).

Jurisprudència

El conveni és la solució normal del concurs, i així ho ha previst el legislador, que ha assenyalat en l'exposició de motius (apartat VI) que el conveni és la solució normal del concurs, i per això la llei ho fomenta amb un seguit de mesures que estan orientades a aconseguir la satisfacció dels creditors a través de l'acord. El legislador, sabedor que en la legislació anterior normalment s'acudia a la via de la liquidació i que difícilment era la millor solució per a la satisfacció dels interessos, ha optat per donar preeminència al conveni. El legislador entén que, si la finalitat del concurs és la satisfacció dels interessos dels creditors, com un mitjà especialment idoni per dotar de solucions ordenades les situacions d'impossibilitat o dificultat de satisfer els diversos deutes, i així ho recull l'exposició de motius (apartat II paràgraf 4t), a través del recurs del conveni hi haurà una millor resposta a aquests interessos, per la qual cosa en última instància el conveni respon al compliment de la finalitat del concurs. Així ho ha assenyalat el legislador en esmentar que el conveni de continuació, és a dir, el de conservació de l'activitat, és un instrument adequat en interès, entre altres, dels creditors. Això té especial transcendència perquè aquesta idea ha de presidir la interpretació de les normes concursals, i ha de tenir reflex en l'adopció de decisions pel jutge del concurs. Aquesta decisió del legislador s'ha vist reforçada per la reforma de la Llei Concursal operada per RDL 3/2009, que tenia com a finalitat facilitar el refinançament de les empreses que puguin travessar dificultats financeres que no facin ineludible una situació d'insolvència, a més d'agilitar els tràmits processals, reduir els costos de la tramitació i millorar la posició jurídica dels treballadors d'empreses concursades que es vegin afectats per procediments col·lectius. Diem que la pretensió del legislador d'optar pel conveni com a solució normal del concurs s'ha vist reforçada per la reforma concursal perquè en l'agilitació dels tràmits processals i la reducció dels costos de la tramitació s'enquadren les reformes incloses en matèria del conveni, que, a més, pretenen aprofundir en la posició mantinguda pel legislador concursal. En l'exposició de motius de la Llei Concursal es consagra el conveni com la solució normal del concurs (apartat VI), i per donar compliment a aquesta solució s'han establert un seguit de mesures que estan orientades a aconseguir la satisfacció dels creditors a través de l'acord, incloent-se dins d'aquestes mesures la proposta anticipada de conveni. D'aquesta manera, la reforma reforça la decisió del legislador de considerar el conveni com la solució normal del concurs i fomenta la possibilitat de la proposta anticipada suavitzant els requisits per a la seva admissió a tràmit, especialment el quòrum d'adhesió i la reducció de les prohibicions de l'article 106 (AJM 5 Madrid de 17 de març de 2010 [JUR 2010, 201687]).

Pel que fa a la **legitimació**, la proposta anticipada de conveni no pot partir de la iniciativa dels creditors, sinó del deutor, sempre que no es trobi en algun dels supòsits que preveu l'article 105.1 de la Llei concursal.

Activitat

Quan acaba la possibilitat d'aplicar les causes de prohibició de l'article 105.1 de la Llei Concursal? Consulteu l'AAP Barcelona (15a) de 17 de desembre de 2012 (AC 2015, 517).

Quant al **procediment**, la tramitació de la proposta anticipada segueix les regles següents:

a) El deutor pot presentar la proposta anticipada de conveni des de la sol·licitud de concurs voluntari o la declaració de concurs necessari fins a la finalització del termini de comunicació de crèdits (art. 104.1 LC).

b) Una vegada presentada, el jutge del concurs l'admetrà a tràmit, mitjançant una interlocutòria no susceptible de recurs, si les adhesions arriben a la cinquena part del passiu, tret que la proposta s'adjunti a la sol·licitud de concurs voluntari, cas en què n'hi ha prou amb la desena part d'aquell; no hi ha infracció legal respecte del contingut i el deutor no es troba culpable en algun d'aquells supòsits. Si s'hi aprecia algun defecte, es concedeix un termini d'esmena de tres dies (art. 106 LC).

Precisió

Si la proposta anticipada de conveni es presenta amb la sol·licitud de concurs voluntari o abans de la declaració judicial d'aquest, el jutge resoldrà sobre la seva admissió en la mateixa interlocutòria de declaració de concurs.

Jurisprudència

El règim dissenyat per la Llei Concursal per a la tramitació de la proposta anticipada de conveni passa per dos tipus d'exàmens: un primer (previst en l'article 106.3) encaminat a determinar si s'ajusta als requisits legals exigits quant al quòrum de passiu adherit, respecte del conveni a les prohibicions establertes quant al contingut, i absència en la persona del deutor de les causes de prohibició tipificades sobre aquest tema, per al qual es configura un control de pura legalitat que ha de fer el jutge del concurs amb caràcter previ a l'admissió a tràmit de la proposta anticipada de conveni. Un cop superat aquest primer filtre, el segon examen queda supeditat a la prèvia confecció per part de l'Administració concursal de l'anomenat informe d'avaluació (article 107) (AJM 1 Las Palmas de Gran Canària de 15 d'octubre de 2010 [JUR 2010, 373526]).

c) Admesa a tràmit la proposta, s'ha de traslladar a l'administració concursal perquè l'avaluï en el termini de deu dies. Si l'avaluació és desfavorable o conté reserves, l'òrgan judicial, per mitjà d'una interlocutòria que no és susceptible de recurs, deixa sense efecte l'admissió de la proposta o en continua la tramitació. L'avaluació favorable s'uneix a l'informe de l'administració concursal (art. 107 LC).

Precisió

L'administració concursal comunicarà de forma telemàtica l'informe desfavorable o amb reserves als creditors dels quals es conegui l'adreça electrònica.

Jurisprudència

Després de superar aquest primer filtre –el control de pura legalitat que ha de fer el jutge del concurs amb caràcter previ a l'admissió a tràmit de la proposta anticipada de conveni–, el segon examen se supedita a l'elaboració prèvia, per part de l'administració concursal, de l'anomenat informe d'avaluació (art. 107 LC). Aquest document té una doble funció: servir d'informe als creditors que encara no hi estan adherits, com a instrument que col·labora a formar la decisió d'una adhesió eventual, i servir d'informe orientador al jutge, ja que la comesa d'aquest informe d'avaluació es limita a valorar, segons la millor doctrina, si pot raonablement esperar que el pla de pagaments pugui ser complert perquè existeix la necessària correspondència entre aquell i la proposta de conveni presentada. A la vista d'aquest informe d'avaluació, el jutge del concurs pot adoptar una segona decisió adreçada a «deixar sense efecte l'admissió de la proposta anticipada o la continuació de la seva tramitació» (art. 107.2 LC) AJM 1 Las Palmas de Gran Canaria 15.10.2010 (JUR 2010, 373526); AJM 1 Oviedo 1.12.2005 (JUR 2007, 368582). Legalment es preveuen tres modalitats d'informe de l'administració concursal: favorable, amb reserves i desfavorable. No recull la possibilitat d'un informe «favorable amb reserves». Si l'administració concursal emet un informe amb excepcions o «reserves» és perquè entén que hi ha una o diverses circumstàncies que són o poden ser significatives en relació amb la viabilitat del compliment del conveni globalment considerat (AJM 1 Las Palmas de Gran Canaria 15.10.2010, JUR 2010, 373526).

d) L'acceptació de la proposta per part dels creditors requereix que les adhesions representin la majoria legalment exigida (art. 124 LC), la qual cosa serà verificada pel lletrat de l'Administració de justícia, que proclamarà el resultat mitjançant un decret (art. 109.1 LC).

e) Si s'obté la majoria legal, el jutge del concurs ha de dictar sentència aprovatòria una vegada transcorregut el termini d'oposició, si no n'hi ha, o si aquesta ha estat denegada. No obstant això, també pot ser que l'òrgan judicial, d'ofici, rebutgi la proposta anticipada acceptada per infracció de les normes legals sobre el contingut del conveni, la forma i el contingut de les adhesions, la tramitació escrita o la constitució de la junta i la seva celebració (arts. 109.2 i 131.1 LC).

Jurisprudència

El jutgador, en aplicació de l'article 109 de la Llei Concursal, està facultat per aprovar o rebutjar el conveni, però –en cap cas– modificar el d'ofici. El jutge exerceix un control de legalitat, ja que està obligat a verificar la forma i el contingut de la proposta en el moment de la presentació pel deutor. Per tant, i en principi, havia de respectar el conveni inicial, al qual s'havia adherit l'entitat de crèdit, ja que la Llei Concursal configura com a principi essencial del conveni el principi d'autonomia de voluntat de les parts, a través del qual els qui determinen el contingut són les parts. En aquest sentit, la mateixa exposició de motius de la Llei disposa que “el conveni és la solució normal del concurs, que la llei fomenta amb una sèrie de mesures, orientades a aconseguir la satisfacció dels creditors a través de l'acord contingut en un negoci jurídic en el qual l'autonomia de la voluntat de les parts gaudeix d'una gran amplitud”. D'això es desprèn que el jutge, una vegada exercit el control de legalitat sobre la proposta del conveni, ha de respectar la voluntat de les parts. En definitiva, pot aprovar-lo, perquè s'han complert tots els requisits legals previstos en la Llei Concursal, o en defecte d'això rebutjar-lo, sense que seva calgui mencionar la modificació, ja que aquesta actuació aniria en contra del principi de l'autonomia de la voluntat de les parts, tret que la sotmeti a les parts en tràmit contradictori, determinant del nou i necessari consens (SAP Madrid [28a] de 6 de març de 2012 [JUR 2012, 125081]).

El conveni, com a acord entre deutor i creditors destinat a regular les relacions jurídiques que uneixen aquell amb cadascun d'aquests, té, segons la doctrina, una naturalesa negocial, bé que matisada per importants particularitats, una de les quals

consisteix a necessitar per a la seva vàlida l'aprovació judicial. Tanmateix, el paper que correspon al jutge en aquesta aprovació no és la de creador de la regla negocial, sinó la de controlador de la legalitat. Per això, pot aprovar el conveni o rebutjar-lo –o manar que es repeteixi el tràmit que va portar fins aquí, a fi que s'esmenin els defectes d'aquesta mena que pateix–, però no modificar-ne el contingut –article 109, apartat 2, en relació amb el 129, apartats 1, 2 i 3, de la Llei Concursal–. En definitiva, la necessitat d'aprovació judicial no significa que no siguin el deutor i els creditors els legitimats per determinar el contingut de la reglamentació dels seus interessos, en què consisteix el conveni. Per això, és contrària a l'article 109 l'aprovació judicial, com a supletòria, de la segona proposta formulada per la deutora, ja que, segons l'oferta acceptada, aquest paper corresponia a la primera (STS 1a de 25 d'octubre de 2011 [RJ 2012, 434]).

Si el jutge del concurs considera que s'havia infringit alguna de les normes que la Llei Concursal estableix sobre el contingut del conveni, no l'aprovarà. La solució que adoptarà, aprovar-lo modificant-ne el contingut, no és admissible. No estem davant un conveni al qual s'afegeixen continguts impropis (comissions de creditors amb facultats que contradueixen les normes imperatives que regulen el concurs, privació de garanties prestades per tercers a creditors concursals que no hagin votat a favor del conveni, etc.) que poden ser eliminades pel jutge en dictar la resolució d'aprovació del conveni sense que amb això integri el contingut propi del conveni, respecte del qual no pot suplantar la voluntat de les parts cridades a votar a favor o en contra. En el cas jutjat, cosa el que s'ha eliminat és una de les proposicions alternatives, que integra el contingut propi del conveni, i que no pot ser eliminat pel jutge, que haurà d'aprovar el conveni íntegre o, si considera que una o totes les proposicions alternatives són contràries a la regulació imperativa de les normes concursals, haurà de rebutjar-lo en conjunt (STS 1a de 13 de març de 2017 [RJ 2017, 856]).

f) Si no s'assoleix la majoria legal, el jutge ha de dictar una interlocutòria d'obertura de la fase de conveni o liquidació, segons que correspongui. A aquest efecte, ha de requerir el deutor perquè manifesti si sol·licita l'obertura de la fase de conveni –en aquest cas pot mantenir la proposta anticipada o formular-ne una de nova-, o vol sol·licitar la liquidació (art. 110.1 LC).

Precisió

El manteniment de la proposta anticipada comporta dos avantatges: els creditors adherits es consideren presents en la junta a efectes de quòrum, i les adhesions dels creditors computen com a vots a favor en la votació a la junta de creditors, sens perjudici de la possibilitat de revocació abans de la seva celebració o d'emetre en aquella un vot en sentit invers (art. 110.2 i 115.3 LC).

7.3. La proposta ordinària de conveni

Un cop acabada la fase comuna, si el concursat no sol·licita la liquidació, el jutge del concurs ha d'obrir la fase de conveni mitjançant una interlocutòria, i ha d'ordenar que es convoqui la junta de creditors.

Precisió

També és procedent la tramitació escrita del conveni, la regulació del qual conté l'article 115 bis, quan els creditors excedeixin els tres-cents (art. 111.2,II LC). Això perquè, si el concurs afecta un gran nombre de creditors, és complicat el desenvolupament de la junta de creditors: govern dels debats, emissió de vots, etc.

Quant a la **legitimació**, en la fase de conveni tant el deutor com els creditors que representin una cinquena part del passiu poden presentar propostes "ordinàries" de conveni.

Les característiques del **procediment** són les següents:

a) Els legitimats poden presentar les seves propostes dins els terminis legals següents: des de l'expiració del termini de comunicació de crèdits fins a la finalització de la fase comuna (art. 113.1 LC); si no s'han presentat propostes en el termini anterior, cal fer-ho des de la convocatòria de la junta de creditors fins a quaranta dies abans de la data de la seva celebració (art. 113.2 LC).

b) Si les propostes presentades compleixen les condicions legalment establertes de temps, forma i contingut, el jutge les admetrà a tràmit mitjançant providència; i, d'apreciar algun defecte, dins del mateix termini disposarà que es notifiqui al concursat o, si escau, als creditors perquè, en els tres dies següents a la notificació, puguin esmenar-ho (art. 114.1 LC).

c) De cadascuna de les propostes de conveni presentades es dóna trasllat a l'Administració concursal perquè emeti la seva avaluació en el termini de deu dies (art. 115.1 LC).

d) Si no se'n presenta cap en els terminis abans assenyalats o les presentades no són admeses a tràmit, el jutge del concurs procedeix, d'ofici, a l'obertura de la fase de liquidació (arts. 114.3 i 143.1.1º LC).

e) Una vegada admeses a tràmit i avaluades per l'Administració concursal, les propostes han de rebre el suport dels creditors. Quant a les majories necessàries per a l'acceptació de la proposta de conveni, l'article 124 de la Llei Concursal, en la seva redacció resultant del RDL 11/2014, de 5 de setembre, estableix diferents percentatges en funció del contingut d'aquesta. Així, per a l'acceptació de propostes amb esperes superiors a cinc anys, sempre sense superar els deu anys i/o quitaments superiors a l'import de la meitat dels crèdits, serà necessari que votin a favor els creditors que representin almenys el 65 per 100 del passiu ordinari del concurs. Aquesta mateixa majoria qualificada serà necessària perquè s'accepti una proposta que prevegi, per al cas de creditors diferents dels públics o els laborals, la conversió de deute en crèdits participatius durant aquest termini superior a cinc anys i les restants mesures previstes en l'article 100 de la Llei Concursal (art. 124.1,b). En els altres casos serà suficient el suport del 50 per cent del passiu ordinari.

Precisió

Si la proposta de conveni consisteix en el pagament íntegre dels crèdits ordinaris en un termini no superior a tres anys o en el pagament immediat dels crèdits ordinaris vençuts amb quitament inferior al vint per cent, serà suficient que voti al seu favor una porció del passiu superior a la qual voti en contra (art. 124.1,a).

f) Acceptada en Junta pels creditors la proposta ordinària de conveni, és possible la seva impugnació per l'administració concursal i els creditors que no hi van assistir, els que hagin estat il·legítimament privats del vot i els que hagin votat en contra, i, en el cas de tramitació escrita o proposta anticipada, pels qui no s'hi hagin adherit. L'oposició només es pot fonamentar en la infracció

de les normes legals sobre el contingut del conveni, la forma i el contingut de les adhesions, les regles sobre tramitació escrita, la constitució de la junta o la seva celebració (art. 128.1 LC).

Precisió

També es preveu com a causa d'oposició a l'aprovació judicial del conveni la inviabilitat objectiva del compliment del conveni, si bé la legitimació activa es redueix a l'administració concursal i els creditors que, individualment o agrupats, siguin titulars, almenys, del cinc per cent dels crèdits ordinaris (art 128.2 LC).

Jurisprudència

El sistema de control de legalitat respecte del contingut del conveni és redundant, ja que s'imposa al jutge en el moment de l'admissió a tràmit de la proposta de conveni i també en cas d'oposició de part legitimada a l'aprovació. Aquesta oposició pot basar-se, entre altres motius, en la infracció de les normes sobre el contingut del conveni (art. 128 LC). Ara bé, la providència que admet a tràmit la proposta de conveni (art. 114 LC) és susceptible de recurs de reposició (art. 197.3 LC), amb la qual cosa podria pensar-se que si els creditors personats han consentit la decisió judicial d'admissió a tràmit, permetent que es culminés la tramitació del conveni, és qüestionable que s'ajusti a la bona fe la demanda d'oposició fundada en els mateixos motius que van poder fer-se valer per via de recurs enfront d'aquella providència. Tanmateix, caldrà tenir en compte, d'una banda, que la providència d'admissió a tràmit es dicta abans que l'Administració concursal hagi emès l'escrit d'avaluació sobre el contingut de la proposta, i per una altra, que no hi ha base legal per sostenir que l'oposició a l'aprovació del conveni només té sentit en el cas que s'introdueixin modificacions a la proposta de conveni en l'acte de la Junta de Creditors (possibilitat que xoca amb la prohibició de l'art. 114.2 LC o que està reservada als creditors no personats en el concurs). En conseqüència, no pot limitar-se el dret d'oposició dels creditors legítims pel fet de no haver impugnat la resolució judicial d'admissió a tràmit (SJM 1 la Corunya de 8 de novembre de 2010 [AC 2010, 2094]).

Per al còmput del termini d'oposició no es té en compte la data de conclusió de la junta en la qual es va acceptar la proposta de conveni, sinó la de la providència d'integració de la proposta, ja que contenia la voluntat de l'administrador de la societat concursada de garantir personalment la satisfacció dels drets dels creditors, i en no haver assistit a la reunió era necessària la ratificació posterior. D'una banda, el termini per formular oposició és processal, i la fixació del dia inicial ha de qüestionar-se per mitjà d'un recurs extraordinari per infracció processal; de l'altra, no pot qüestionar-se el que es va declarar en la instància respecte al sentit jurídicament rellevant dels termes del conveni (STS de 16 d'abril de 2012 [RJ 2012, 5903]).

L'exegesi de la norma permet concloure que no tots els creditors del concursat estan legitimats per impugnar el conveni, sinó tan sols: Els que no van assistir a la junta; els que havent-hi assistit van ser il·legítimament privats del vot; els que havent-hi assistit i exercitat el seu dret a votar –no, en conseqüència, els que es van abstenir– van votar en contra de la proposta de conveni acceptada per la majoria i en el cas de proposta anticipada de conveni o tramitació escrita, els qui no van adherir-s'hi adherit (SAP Madrid [28a] de 23 de novembre de 2015 [JUR 2016, 38507]). Davant una proposta de conveni la forma i contingut del qual vulneren la Llei Concursal quan el creditor (que per al crèdit privilegiat especial que el conveni proposa cancel·lar és tercer perquè el deute està en una altra societat) al seu torn és creditor concursal i exerceix el seu dret d'oposició a l'aprovació, sí que té legitimació activa. No es discuteix si el creditor estava present a la junta (a l'efecte de la legitimació prevista en l'art. 129 LC) només si, a més de les restriccions previstes per interposar la demanda d'oposició a l'aprovació, cal ampliar-les conjugant el contingut de l'oposició amb la qualitat en la qual demanda (aquí creditor sense crèdit privilegiat especial). Entenem que no procedeix afegir més limitacions a les exposades i que la Llei Concursal no restringeix el motiu d'oposició al crèdit pel qual vota (SAP Illes Balears [5a] de 27 de juliol de 2017 [AC 2017, 1310]).

g) Amb fonament en aquells mateixos motius previstos en l'article 128.1, l'òrgan judicial pot rebutjar, d'ofici, la proposta de conveni acceptada pels creditors (art. 131 LC).

h) La falta o, si escau, la desestimació de l'oposició dóna lloc a l'aprovació judicial de la proposta de conveni mitjançant una sentència susceptible de recurs en apel·lació (arts. 129.1, 130 i 197.5 LC).

Activitat

a) Un creditor que es va adherir a la proposta de conveni, sense haver assistit després a la junta celebrada, es pot oposar a l'aprovació judicial del conveni? Consulteu la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 6 de juliol de 2011.

b) Tenen naturalesa processal els terminis als quals es refereix l'article 113 de la Llei Concursal? Consulteu l'AAP Valladolid (3a) de 14 de febrer de 2012 (JUR 2012, 10457) i AAP Pontevedra (1a) de 26 de desembre de 2012 (JUR 2012, 399094).

c) El jutge pot modificar la data límit per les adhesions en la tramitació escrita de la proposta ordinària de conveni? Consulteu l'AJM 1 Madrid de 27 d'abril de 2012.

d) La falta d'assistència del jutge o del membre de l'Administració concursal comporta la nul·litat de la Junta de Creditors? Consulteu la SAP Barcelona (15a) de 28 de gener de 2015 (AC 2015, 422).

e) És vàlida la interrupció momentània de la Junta de Creditors? Consulteu la SAP Burgos (3a) de 26 de novembre de 2014 (JUR 2015, 50190).

f) Les causes legals d'oposició constitueixen al conveni un *numerus clausus*? Consulteu la STS (1a) de 10 de maig de 2012 (RJ 2012, 6344).

g) Un creditor pot oposar-se parcialment a l'aprovació judicial del conveni? Consulteu la SAP Alacant (1a) de 3 de setembre de 2012 (AC 2012,1880).

h) Pot ser al·legada la nul·litat del conveni com a causa d'oposició a l'aprovació judicial d'aquest? Consulteu la SAP Alacant (8a) de 7 de març de 2013 (JUR 2013, 189062).

i) És possible la declaració judicial de nul·litat parcial d'un conveni? Consulteu la SAP Barcelona (15a) de 29 de juny de 2010 (JUR 2010, 388348).

j) Pot apreciar-se d'ofici la inviabilitat objectiva del compliment del conveni? Consulteu la SJM 1 Madrid de 26 de setembre de 2014 (AC 2016, 897)

7.4. Eficàcia i compliment del conveni

Des de la data en què recaigui la sentència aprovatòria, el conveni adquireix plena eficàcia. Això tret que el jutge, per raó del contingut del conveni, acordi retardar aquesta eficàcia a la data en què l'aprovació aconsegueixi fermesa (art. 133.1 LC). L'aprovació judicial del conveni comporta la novació dels crèdits, i queden extingits en la part a què arribi el quitament, ajornats en la seva exigibilitat pel temps d'espera i, en general, afectats pel contingut d'aquell (art. 136 LC). Des del punt de vista subjectiu, els efectes del conveni s'estenen al deutor i els creditors ordinaris i subordinats, respecte dels crèdits que siguin anteriors a la declaració de concurs, encara que, per qualsevol causa, no hagin estat reconeguts (art. 134.1 LC).

Precisió

Els creditors privilegiats només quedaran vinculats si haguessin votat a favor o si la seva signatura o adhesió a la proposta hagués estat computada com a vot favorable. A més,

podran vincular-se al conveni ja acceptat pels creditors o aprovat pel jutge, mitjançant adhesió prestada en forma abans de la declaració judicial del seu compliment. També quedaran vinculats quan concorrin les següents majories de creditors de la seva mateixa classe: del 60 per cent, quan es tracti de les mesures establertes en l'article 124.1.a); del 75 per cent, quan es tracti de les mesures establertes en l'article 124.1.b) (art. 134.2 i 3 LC).

Activitat

Un creditor titular d'un crèdit fiançat, pot reclamar al fiador o avalador l'import total del deute si va votar a favor de la proposta de conveni? Consulteu, entre altres resolucions, la Sentència del Tribunal Suprem de 30 de juny de 2010 i la Sentència de l'Audiència Provincial d'Orense de 14 de gener de 2011.

Amb l'eficàcia del conveni cessen els efectes de la declaració de concurs, que són substituïts pels que estableix el conveni. Els administradors concursals deixen el càrrec, sens perjudici de la possibilitat que s'encomanin determinades funcions a tots o a alguns d'ells fins al seu compliment íntegre (art. 133.4 LC). Durant el període de compliment del conveni, el concursat ha d'informar semestralment l'òrgan judicial (art. 138 LC) i, si el considera íntegrament complert, ha de presentar l'informe corresponent amb la justificació adequada i sol·licitar la declaració judicial de compliment (art. 139.1 LC); declaració que, si escau, el jutge ha d'acordar mitjançant una interlocutòria, a la qual ha de donar la mateixa publicitat que a l'aprovació del conveni (art. 132 i 139.2 LC), és a dir, la prevista per a la interlocutòria declarativa del concurs.

Precisió

En el termini de dos mesos des de la publicació de la interlocutòria de declaració de compliment del conveni, qualsevol creditor que consideri incomplert el conveni en allò que l'afecti pot demanar la declaració judicial d'incompliment (art. 140 LC). Aquesta última declaració judicial comporta l'obertura d'ofici de la fase de liquidació (art. 143.1.5è. LC). En canvi, la fermesa de l'interlocutòria que declari el compliment del conveni constitueix una de les causes de conclusió del concurs (art. 176.1.2n. LC).

Activitat

a) Constitueix l'incompliment dels terminis pactats en el conveni per al pagament dels crèdits afectats per les esperes un incompliment essencial d'aquell? Consulteu la Sentència de l'Audiència Provincial de Las Palmas d'11 de març de 2009.

b) Quina consideració tenen els crèdits nascuts durant el compliment del conveni en cas d'obertura posterior de la liquidació concursal? Consulteu les SSTs (1a) de 26 de novembre de 2012 (RJ 2013, 185) i de 19 de març de 2013 (RJ 2013, 2425).

8. La fase de liquidació

8.1. Noció

La liquidació constitueix una de les dues solucions possibles en el concurs de creditors, de caràcter alternatiu a la de conveni. Es pot definir com el conjunt d'actes processals que se succeeixen a partir de la seva obertura, moment que pot variar en cada procediment segons que aquesta es produeixi a instàncies del deutor, del creditor, de l'administració concursal o d'ofici, segons el desenvolupament del procés concursal de què es tracti, i tendeix, d'una banda, a la realització del patrimoni del deutor seguint les directrius d'un pla de liquidació o, si no, segons les normes supletòries previstes en la Llei concursal; d'altra banda, al seu repartiment posterior entre els creditors de conformitat amb l'ordre de prelación de crèdits que aquesta estableix.

Precisió

Es pot afirmar que la fase de liquidació es compon de dues subfases. La primera dirigida a la conversió en metàl·lic dels béns i drets integrants de la massa activa concursal; la segona, a distribuir el que s'ha obtingut entre els creditors segons l'ordre legalment previst.

8.2. Obertura de la fase de liquidació

En l'actualitat el deutor pot demanar la liquidació en qualsevol moment i, dins dels deu dies següents a la sol·licitud, el jutge ha de dictar una interlocutòria que obre la fase de liquidació (art. 142.1 LC). Per tant, hi ha la possibilitat que la fase de liquidació es tramiti alhora que la fase comuna, si bé certs actes d'aquella només es poden realitzar una vegada finalitzada aquesta.

Exemple

La majoria de pagaments no es pot realitzar fins que no es tingui la llista definitiva dels crèdits amb la seva graduació.

L'article 142.2 conté un altre supòsit d'obertura de la fase de liquidació a instàncies del deutor, de caràcter obligatori, en disposar que el deutor ha de demanar la liquidació quan, durant la vigència del conveni, conegui la impossibilitat de complir els pagaments compromesos i les obligacions concretes després de l'aprovació d'aquell.

Jurisprudència

S'assenta (el deure), doncs, en el coneixement del deutor que no pot complir totes les seves obligacions exigibles, és a dir, quan conegui "la impossibilitat de complir els pagaments compromesos i les obligacions concretes amb posterioritat a l'aprovació d'aquell", la qual cosa no és més que fer referència a l'obligació de demanar la liquidació quan, vigent el conveni, ha caigut de nou en l'estat d'insolvència previst en l'article 2.2 de la LC (SAP Barcelona [15a] de 26 de març de 2008 [JUR 2009, 278090];

Precisió

Si en les circumstàncies descrites el deutor no sol·licita la liquidació, el mateix precepte legitima per a fer-ho qualsevol creditor que acrediti l'existència d'algun dels fets que poden fonamentar una declaració de concurs (art. 2.4 LC).

en el mateix sentit, AAP Illes Balears [5a] de 26 de febrer de 2010 [AC 2010, 926]; SAP Àlaba [1a] de 7 de juny de 2010 [JUR 2010, 408626]; AJM 1 Bilbao de 19 d'octubre de 2009 [AC 2010, 230]). El deutor ha de demanar la liquidació quan conegui la impossibilitat de complir els pagaments compromesos i les obligacions concretes amb posterioritat a l'aprovació del conveni. En tal cas, el jutge hauria d'obrir la liquidació, com fa en declarar el concurs voluntari (AAP Barcelona [15a] de 26 de març de 2008 [JUR 2009, 278090]). El més rellevant és la determinació de la possibilitat o impossibilitat del deutor de compliment del contingut del conveni (AAP Illes Balears [5a] de 26 de febrer de 2010 [AC 2010, 926]). Encara que la norma sembli incloure un mandat imperatiu, una ponderació judicial és necessària per excloure arbitrietats i abusos (AAJM 1 Bilbao de 26 de setembre de 2007 [AC 2007, 1810] i de 19 d'octubre de 2009 [AC 2010, 230]). El termini bimensual per sol·licitar el concurs no és traslladable acríticament en haver de sol·licitar la liquidació. Si bé els esforços de reflotar davant la sol·licitud de concurs estan limitats al termini de dos mesos (*breathing period*), caldria argüir que la Llei Concursal no fixa termini a l'hora d'haver de sol·licitar la liquidació i interpreta que el deure de compliment immediat suposaria un defecte axiològic, ja que la Llei seria més pacient davant el concurs que davant el final més greu de la liquidació. No incompleix el deure demanar la liquidació o, si més no, no actua de manera dolosa o culpable qui fa esforços raonables per a la supervivència de la companyia. Tant al moment preconcursal com en el previ a la liquidació, el retret o la sanció han de fer-se dependre del fet que no hi hagi possibilitats raonables de recuperació de l'empresa social d'acord amb el judici d'un administrador diligent, de manera que hi ha una mena de *business judgment rule* a favor dels administradors socials respecte a les perspectives de reflotar l'empresa (SJM 1 Las Palmas de Gran Canària de 18 de juliol de 2011 [AC 2011, 1550]). Potser convindria preveure les conseqüències de la infracció del deure de sol·licitar la liquidació en temps oportú, és a dir, establir la responsabilitat per causar una "liquidació insolvent" o una liquidació sobre actius imprudentment disminuïts i, en concret, imposar al concursat un deure de liquidació anticipada. Això amb tots els matisos que poden trobar-se en el dret comparat, perquè entre una situació de clara solvència o clara insolvència hi ha una zona grisa i perquè tampoc no és missió del dret concursal, en el que té de dret privat (en bona part), sobreprotegir els creditors que no s'ocupen de si mateixos i, en concret, que no demanen la liquidació quan poden fer-ho (SJM 1 Las Palmas de Gran Canària de 18 de juliol de 2011 [AC 2011, 1550]).

Després de la reforma derivada de la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, l'administració concursal pot sol·licitar l'obertura de la liquidació en cas de cessament de l'activitat professional o empresarial del deutor. Finalment, també preveu la Llei Concursal la possibilitat d'obertura d'ofici de la liquidació en una sèrie de supòsits recollits en l'article 143, que tenen en comú el fracàs de la via de conveni que es va intentar.

8.3. Efectes de la liquidació

La Llei concursal regula dos tipus d'efectes, generals i específics, de la liquidació. L'article 147 estableix la regla general de la continuïtat en aquesta fase dels efectes de la declaració de concurs. D'aquesta manera, les normes del títol III segueixen essent aplicables quan no s'oposin a les específiques del capítol regulador de la liquidació.

Quant als efectes específics, cal distingir els relatius al concursat i als crèdits:

1) Efectes sobre el concursat

Es produeix la suspensió de l'exercici de les seves facultats patrimonials, si no estava acordada amb anterioritat. Té caràcter automàtic i obeeix al fet que les actuacions que comporta la liquidació corresponen a l'administració concur-

sal, no al deutor. L'administració concursal serà, si escau, reposada en el càrrec. Això passa si prèviament havia tingut lloc l'aprovació judicial d'un conveni, que, com sabem, comporta el cessament de l'administració concursal.

L'obertura d'aquesta fase provoca l'extinció del dret a aliments del concursat persona natural, excepte quan sigui imprescindible per a atendre les necessitats mínimes d'aquell i la seva família i, en el cas de persona jurídica, es produeix la seva dissolució de ple dret.

Precisió

Amb anterioritat a la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, l'obertura de la liquidació comportava l'extinció amb caràcter automàtic del dret d'aliments del deutor persona natural.

Precisió

La dissolució societària no constitueix una mesura judicial, ja que el jutge del concurs es limita a declarar-la en la interlocutòria d'obertura de la fase de liquidació, que no té caràcter constitutiu.

Jurisprudència

Seria en aquest moment quan la concursada podria cobrar els aliments acordats amb càrrec a la massa activa, però no va ser possible perquè va entrar en joc el que es preveu en l'art. 145.2 LC (que preveu que l'obertura de la liquidació produeix l'extinció del dret a aliments amb càrrec a la massa activa), i havent-se produït l'obertura de la liquidació en data 19 de gener de 2011, és a dir, cinc dies abans de comptar amb els recursos mencionats, les expectatives de la concursada es van veure truncades. La recurrent qüestiona l'autoritat de l'administrador concursal per determinar el venciment de la pensió d'aliments acordada per ell mateix, sense caure en el compte que aquest venciment, en el cas que ens ocupa, no el va fixar l'administrador concursal sinó la llei en l'art. 145.2 de la LC, en establir que l'obertura de la liquidació produeix l'extinció del dret d'aliments (SAP Àvila [1a] de 12 de desembre de 2011 [AC 2011, 2354]).

A més, l'òrgan societari d'administració o liquidació serà substituït per l'administració concursal per tal de procedir al desenvolupament de les actuacions liquidatives. Els administradors socials o, si escau, els liquidadors continuen en la representació de la concursada en el procediment i en els incidents en què sigui part.

Precisió

Després de la reforma operada per la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, l'article 145.3 de la Llei Concursal manté l'Administració concursal com a representant del concursat per defensar-se en el procés concursal i en els incidents en els quals sigui part. Tanmateix, ja amb anterioritat a aquesta reforma algunes resolucions judicials posaven de manifest que l'Administració concursal no representa al concursat ni defensa només els seus interessos, de manera que, si el concursat quedava sense representants en el concurs i en incidents o reclamacions, es produiria indefensió.

Jurisprudència

El recurs plantejat per l'Administració concursal suscita el problema de la representació processal del concursat persona jurídica un cop oberta la fase de liquidació. Encara que l'article 145.3 de la Llei Concursal (en relació amb l'art. 48.1 del mateix text) prevegi, aconseguida aquesta fase, el cessament dels administradors de la societat concursada i la seva substitució per l'Administració concursal, això no pot comportar que desaparegui la capacitat processal que fins llavors permetia a la concursada, la personalitat de la qual es conserva durant la fase de liquidació, mantenir la seva pròpia veu en el procés, que no ha de ser suplerta ni silenciada per un òrgan concursal, ja que fer el contrari implicaria indefensió i vulneraria l'article 24 de la Constitució. Tenint en compte que, entre altres coses, encara està en tràmit la secció de qualificació (on hi ha prevista, en cas d'imputació de culpabilitat, la intervenció separada del deutor article 170.2 de la LC) i que els qui han estat els responsables de la concursada poden enfrontar, en aquest i en altres aspectes, els seus interessos amb els de l'Administració concursal (que vetlla pels de la massa i no pels de la concursada), no pot sinó concloure's que hi ha un dret de la societat concursada a mantenir durant la fase de liquidació la representació processal que tenia a l'inici del procés a fi de garantir-ne la defensa en el marc del concurs, inclosos els incidents que s'hi susciten (de manera anàloga al que es preveu en els articles 51.2 i 54.3 de la LC) (AJM 4 Madrid de 28 de setembre de 2005 [AC 2005, 1711]).

2) Efectes sobre els crèdits concursals

En primer lloc, es produeix el venciment anticipat dels crèdits concursals ajornats. La regla és aplicable a tots els crèdits concursals: privilegiats, ordinaris i subordinats. Queden fora del seu àmbit els crèdits contra la massa, que són satisfets al seu venciment.

Precisió

El fet que els crèdits concursals subjectes a termini vencin anticipadament no significa que siguin immediatament realitzables, ja que caldrà esperar que es desenvolupin les operacions liquidatives i el pagament consegüent per l'ordre de prelación legal.

Activitat

Ha de ser íntegrament satisfet un crèdit concursal vençut anticipadament per efecte de l'obertura de la liquidació?

En segon lloc, es converteixen en diners els crèdits concursals que consisteixin en altres prestacions. L'amplitud amb què s'expressa l'article 146 condueix a incloure en el seu àmbit tots els crèdits concursals que no tinguin naturalesa pecuniària, i només en queden fora els crèdits contra la massa.

Precisió

El moment processal en què es produeix la conversió del crèdit no pecuniari en diners és l'obertura de la fase de liquidació, per la qual cosa aquest instant constitueix la referència temporal que s'ha de tenir en compte per a la valoració del crèdit a efectes de pagament.

8.4. Operacions de liquidació

Les operacions de liquidació es poden desenvolupar d'acord amb les directrius d'un pla de liquidació, l'elaboració del qual competeix a l'administració concursal, o, si no hi ha presentació o aprovació judicial del presentat, segons les regles legals supletòries, que també són aplicables en tot el que no preveu el pla que s'hagi aprovat.

Precisió

En l'àmbit del procediment abreujat, d'aplicació a concursos que no revesteixin especial complexitat (art. 190.1 LC), el deutor pot presentar, juntament amb la seva sol·licitud de concurs, un pla de liquidació que contingui: una proposta escrita vinculant de compra de la unitat productiva en funcionament, o bé el cessament en la seva activitat i que no existeixen contractes de treball en vigor (art. 190.3 LC). La tramitació d'aquest pla del deutor seguirà les especialitats previstes en l'article 191 ter. Però, en qualsevol cas, l'execució material de les actuacions liquidatives correspon sempre a l'Administració concursal. Això sí, serà possible l'atribució judicial de competències específiques a algun dels seus membres (quan siguin dos) i, si escau, el nomenament d'auxiliars delegats.

8.4.1. El pla de liquidació

El pla de liquidació es pot definir com el document que té per objecte el disseny de les pautes i els temps d'acord amb els quals s'ha de dur a terme la realització dels béns i drets que conformen la massa activa del concurs, i el subsegüent pagament dels crèdits segons l'ordre de prelación legalment establert. Sempre que sigui factible, el pla haurà de contemplar l'alienació unitària del conjunt dels establiments, explotacions i qualssevol altres unitats productives de béns i serveis del concursat o d'alguns d'ells. La decisió sobre aquest aspecte queda sota la discrecionalitat de l'administració concursal, que l'ha de justificar amb arguments relacionats amb la situació econòmica de l'empresa.

Precisió

La venda d'una empresa o una secció d'aquesta en condicions de funcionalitat implica un atractiu afegit per al potencial adquirent, que pot gaudir de certs actius intangibles substancials a aquella, entre aquests, la clientela, el coneixement o, si escau, el recurs humà; elements de caràcter immaterial, però que, indubtablement, contribueixen a l'increment del valor de taxació de l'empresa en benefici dels creditors i del mateix deutor, ja que és possible la consumació d'una operació de venda en termes més avantatjats de què tots ells resultaran afavorits.

Jurisprudència

El pla de liquidació no és sinó el primer pas en l'operació de liquidació, és a dir, el programa o pla que se seguirà per a la realització dels béns i drets integrats en la massa activa del concurs (SAP Lleida [2a] de 9 de novembre de 2006). La Llei Concursal prioritza sobre el sistema de pública licitació un mecanisme ("pla de liquidació") caracteritzat per una llibertat més àmplia de criteri imaginable entorn de l'elecció de les fórmules o tècniques de realització de béns que en cada cas puguin jutjar-se convenients. És un sistema l'aprovació del qual per part del jutge només es condiciona a l'observança d'un previ tràmit contradictori (posada de manifest en la secretaria del Jutjat del "pla de liquidació" elaborat per l'Administració concursal, possibilitat que el deutor i/o els creditors formulin observacions o propostes de modificació i nou informe, en aquest últim cas, de l'Administració concursal) que, en essència, no difereix excessivament del que, amb base en l'article 188 LC, ha de precedir a l'atorgament d'una autorització de venda "ex-art. 43-2" (trasllat de la sol·licitud d'autorització formulada per l'Administració concursal a totes les parts a qui concerneix i possibilitat

d'al·legacions per part d'aquestes) (AJM 2 Madrid de 23 de maig de 2005 [AC 2005, 907]; AJM 9 Barcelona de 23 de maig de 2012 [AC 2012, 1444]).

Els plans de liquidació elaborats per l'Administració concursal en cada concurs són d'allò més heterogenis, ja que obeeixen: 1. A les especificitats de l'empresa (o persona física). 2. A les característiques inherents als béns o drets que s'han d'alienar. 3. Als mateixos criteris de l'Administració concursal sobre com ha de desenvolupar-se el procés liquidatori. A aquesta heterogeneïtat dels plans s'uneix la creixent bel·ligerància dels creditors, especialment privilegiats, en la defensa dels seus drets, que es tradueix en un seguit d'al·legacions, també de naturalesa ben variada, algunes de tall estereotipat, que obliguen el jutge del concurs a una tasca prèvia d'"esbrossament" per veure quines de les al·legacions abocades realment es refereixen al concurs que es tracta. Aquests dos factors provoquen que cada liquidació sigui diferent de les altres, la qual cosa es tradueix en una ineficiència del sistema, ja que obliga el jutjat a resoldre una infinitat d'al·legacions al pla, controlar de manera periòdica que el procés liquidatori s'ajusta al pla aprovat i, el que és més greu, exigeix del jutge del concurs una dedicació especial (moltes vegades supèrflua), fins al punt d'obligar-lo a dictar actuacions d'adjudicació, valorar ofertes, cancel·lar càrregues, etc.; aquesta sobrecàrrega es fa extensiva al lletrat de l'Administració de Justícia, perquè es recorre amb massa freqüència a la subhasta judicial quan podria ser factible la notarial; *a fortiori*, cada administrador i cada creditor hipotecari tenen els seus propis criteris amb vista a com ha de desenvolupar-se aquesta subhasta, la qual cosa no només incideix en la fase d'aprovació del pla, que la demor per l'estudi necessari de les al·legacions, sinó en les fases ulteriors de redacció de l'edicte, adjudicació, alliberament de càrregues i costos associats i pagament del crèdit amb privilegi especial; l'Administració concursal, a més, unes vegades repercuteix les despeses o impostos a l'adjudicatari i unes altres no. Es fa imperatiu, doncs, per guanyar en dinamisme i seguretat jurídica, unificar d'ofici, sempre que sigui possible, el procés liquidatori, per assegurar, més enllà de les especialitats que cada concurs té, i de les quals no es podrà prescindir, que tots els concursos responguin a un "esquelet" comú (AJM 1 Oviedo de 31 d'octubre de 2016 [JUR 2016, 268907]).

Precisió

La reforma operada en la Llei Concursal pel RDL 11/2014, de 5 de setembre, ha donat lloc a certes especialitats per al supòsit de transmissió d'unitats productives, recollides en l'article 146 bis; especialitats entre les quals es preveu la subrogació *ipso iure del adquirente* en els contractes, llicències i autoritzacions administratives de titularitat del cedent, així com l'exempció de responsabilitat d'aquest pels deutes previs a la transmissió, excepte les salarials i les contretes enfront de la Seguretat Social. Això amb tres úniques excepcions:

- 1) que l'adquirent hagi assumit expressament el pagament dels crèdits no satisfets
- 2) que existeixi disposició legal en contrari
- 3) que els adquirents siguin persones especialment relacionades amb el concursat.

En qualsevol d'aquests tres supòsits, en els quals sí hi ha transmissió de deutes, el preu pagat per l'adquirent s'utilitzarà per pagar els crèdits concursals i contra la massa, segons l'ordre de prelación legal. Seran, per tant, els que quedin insatisfets els que es transmetin a l'adquirent.

Jurisprudència

L'aprovació del Reial decret llei 11/2014, de 5 de setembre, de mesures urgents en matèria concursal (en endavant també Decret llei 11/2014), publicat en el Butlletí Oficial de l'Estat de 6 de setembre de 2014, que ulteriorment ha donat lloc a l'homònima Llei 9/2015, de 25 de maig, publicada en el Butlletí Oficial de l'Estat de 26 de maig de 2014, ha significat la modificació d'alguns preceptes de la Llei Concursal (d'ara endavant també LC), que han alterat en profunditat, entre altres matèries, la normativa relativa a la transmissió de les unitats productives de les societats mercantils declarades en situació legal de concurs. En concret, ha introduït l'article 146.bis de la LC, que actua com a veritable eix de tot el règim jurídic rector de la transmissió de les unitats productives. Així les coses, d'acord amb l'ordre lògic que ha de presidir la formació de qualsevol resolució judicial, i per així exigir-ho la correcta resolució de la petició d'autorització interessada per l'Administració concursal, amb caràcter preliminar hem de determinar de manera inequívoca el marc normatiu aplicable, ja que l'aplicació d'uns preceptes o uns altres té transcendència sobre els efectes de la transmissió que ens ocupa, en el cas que es procedeixi a concedir l'autorització

interessada. Així, per exemple, en el cas que sigui aplicable la nova normativa, les previsions contingudes en l'article 146.bis de la LC resulten d'aplicació en tot cas, amb independència de les normes concretes de transmissió que prevegi el pla de liquidació, sense que aquest document pugui contenir un efecte diferent del previst legalment. Aquesta conseqüència pot desprendre's de la referència constant a l'article 146.bis de la LC, que contenen diversos preceptes de la LC (art. 43 de la LC, per exemple) i de l'exposició de motius del Decret Llei 11/2014 quan afirma que "s'introdueix la subrogació *ipso iure* de l'adquirent en els contractes i llicències administratives de què fos titular el cedent (art. 146.bis LC) i s'arbitren els mecanismes d'exempció de responsabilitat per deutes previs, excepte en determinats casos especials que per la seva singularitat segueixen mereixent una especial tutela, com és el cas dels deutes enfront de la Seguretat Social o dels treballadors". És més, a l'últim Congrés estatal de magistrats especialistes en mercantil, celebrat a la ciutat de Granada els dies 15, 16 i 17 d'octubre de 2014, concloem per majoria que "l'article 146.bis serà sempre aplicable en tots els supòsits de liquidació, tant si es duu a terme d'acord amb un pla de liquidació o seguint les normes supletòries". Per aquest motiu és rellevant fixar la legislació aplicable. La disposició transitòria primera, apartat primer, del Decret Llei 11/2014 disposa que "el que es disposa en els números 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 i 9 de l'apartat un i en els números 2, 5 i 6 de l'apartat dos de l'article únic serà aplicable als procediments concursals en tramitació en els quals no s'hagi emès l'informe de l'Administració concursal". I afegeix l'apartat segon que "el que es disposa en els números 1, 3 i 4 de l'apartat dos de l'article únic serà aplicable als procediments concursals en tramitació en els quals no s'hagi iniciat la fase de liquidació" (AJM Segòvia de 5 d'octubre de 2015 [JUR 2016, 38615]; AJM 2 la Corunya de 4 de març de 2015 [JUR 2015, 163018]).

Activitat

Ha d'incloure's en el pla de liquidació un pla de pagaments? Consulteu la SAP Còrdova (3a) de 10 de gener de 2007, AAP Girona (1a) de 16 de gener de 2012 (JUR 2012, 96163), AJM 6 Madrid de 16 de gener de 2012 (JUR 2012, 60548) i AJM 1 Bilbao de 25 de març de 2015 (JUR 2016, 22912).

Les característiques del **procediment** són les següents:

- a) El pla de liquidació es presentarà per l'Administració concursal en l'informe al que es refereix l'article 75; o en un escrit independent, la presentació de la qual gaudeix d'un termini de quinze dies, a comptar de la notificació de la resolució d'obertura de la fase de liquidació, si bé es preveu que el jutge el pugui prorrogar altres quinze dies més, sempre que ho sol·liciti l'administració i ho justifiqui la complexitat del concurs.
- b) Un cop presentat el pla, s'ha de posar de manifest en l'oficina judicial i en els llocs que a aquest efecte designi el secretari i que s'han d'anunciar en la forma que consideri convenient. L'objecte d'aquesta posada de manifest del pla de liquidació és que qualsevol interessat en el seu examen ho pugui fer.
- c) Durant els quinze dies següents, el deutor, qualsevol creditor concursal i els representants dels treballadors poden presentar observacions o propostes de modificació al pla de liquidació.
- d) Un cop transcorregut aquest termini, el jutge, segons que consideri convenient per a l'interès del concurs, ha de resoldre, mitjançant una interlocutòria, aprovar el pla en els termes en què hagi estat presentat, introduir-hi modificacions o acordar la liquidació de conformitat amb les regles supletòries. Contra aquesta interlocutòria es pot interposar recurs d'apel·lació.

e) Si les operacions previstes en el pla comporten la modificació substancial de les condicions de treball de caràcter col·lectiu, inclosos els trasllats col·lectius o la suspensió o extinció col·lectives de les relacions laborals, prèviament a l'aprovació del pla, s'ha de donar compliment al que disposa l'article 64 de la Llei concursal, que regula el ja esmentat ERO concursal.

Precisió

Amb la reforma derivada de la Llei 9/2015, de 25 de maig, es permet, excepte per als creditors públics, que el pla de liquidació contempli la cessió de béns o drets en pagament o per a pagament dels crèdits concursals, amb les limitacions i l'abast previst, respecte als béns afectes a una garantia, a l'apartat 4 de l'article 155. D'altra banda, es preveu la possibilitat que el jutge, d'ofici o a instàncies de part, ordeni la consignació en el compte del jutjat de fins a un 15 per cent del que s'obtingui en cadascuna de les alienacions dels béns i drets que integren la massa activa o dels pagaments en efectiu que es realitzin amb càrrec a la mateixa per fer front a les quantitats que resultin a deure a determinats creditors, conforme als pronunciaments judicials que s'emetin en els recursos d'apel·lació que poguessin interposar-se enfront d'actes de liquidació. Aquest import s'alliberarà quan els recursos d'apel·lació hagin estat resolts o quan el termini per a la seva interposició hagi expirat. Finalment, per al cas de persones jurídiques s'estableix l'obligació de l'administrador concursal de remetre, una vegada aprovat el pla de liquidació, tota la informació necessària sobre l'empresa per tal de facilitar-ne l'alienació i publicar-la al portal de liquidacions concursals del Registre Públic Concursal.

Activitat

Poden incloure's en el pla de liquidació clàusules limitatives o excloents de la successió d'empresa? Consulteu la jurisprudència anterior a la reforma derivada de la Llei 9/2015, de 25 de maig.

8.4.2. Les regles legals supletòries

Les regles legals supletòries constitueixen el conjunt de normes encaminades a establir les pautes i els criteris per a la realització dels béns i drets que conformen la massa activa del concurs, quan no té lloc l'aprovació judicial d'un pla de liquidació, o, si ha recaigut la resolució aprovatòria corresponent, quan aquest presenti en la seva reglamentació buits o mancances. Per tant, l'aplicació de les regles esmentades requereix la concurrència d'almenys una de les circumstàncies següents. D'una banda, la falta d'aprovació judicial d'un pla de liquidació, i, de l'altra, que, si el jutge del concurs n'ha aprovat un, es constati l'existència d'insuficiències o llacunes en el seu contingut.

La falta d'aprovació del pla de liquidació i l'aplicació subsegüent de les regles legals supletòries tenen com a conseqüència que l'actuació de l'administració concursal quedi limitada a l'elaboració d'un informe, amb la qual cosa es produeix un important transvasament de competències d'aquest òrgan al jutge del concurs, que ara té la responsabilitat d'adoptar les decisions que corresponguin en matèria de liquidació. No obstant això, l'execució material de les actuacions liquidatives correspon sempre a l'Administració concursal.

L'apartat primer de l'article 149 de la Llei Concursal, després de la reforma operada per la Llei 9/2015, de 25 de maig, recull tres regles:

1) La primera disposa que els establiments, les explotacions i qualssevol altres unitats productives de béns o de serveis pertanyents al deutor s'han d'alienar com un tot, tret que el jutge, amb l'informe previ de l'administració concursal, consideri més convenient per als interessos del concurs la seva divisió o realització aïllada. La realització d'aquest conjunt o, si escau, de cada unitat productiva, es durà a terme mitjançant subhasta. No obstant això, el jutge podrà acordar que es procedeixi a l'alienació directa o a la realització a través de persona o entitat especialitzada, quan la subhasta quedi deserta o quan, a la vista de l'informe de l'administració concursal, consideri que és la forma més idònia per salvaguardar els interessos del concurs.

2) La segona regla conté una norma similar a la prevista en l'article 148.4 per al pla de liquidació. S'hi ordena que, quan les operacions de liquidació impliquin la modificació substancial de les condicions de treball de caràcter col·lectiu, inclosos els trasllats col·lectius o la suspensió o extinció col·lectives de les relacions laborals, cal atènyer-se al que disposa l'article 64 de la Llei concursal.

3) La regla tercera assenyalava que, no obstant el previst en la regla primera, entre ofertes en les quals el preu no difereixi en més del 15 per cent de la inferior, el jutge podrà acordar l'adjudicació a aquesta quan consideri que garanteix en més mesura la continuïtat de l'empresa o, si escau, de les unitats productives, i dels llocs de treball, així com la millor satisfacció dels crèdits dels creditors.

Per la seva banda, l'apartat segon del mateix precepte, en relació tant als béns als quals es refereix la regla primera com als altres, sigui quina sigui la seva naturalesa, disposa que es realitzaran conforme a les disposicions del pla de liquidació i, en defecte d'això, a les disposicions de la Llei d'enjudiciament civil reguladores del constrenyiment, l'aplicació del qual condueix de manera natural a la subhasta, excepte petició de part en un altre sentit. Així mateix, per als béns i drets afectes a crèdits amb privilegi especial, es remet a l'article 155.4, amb certes especialitats per al cas que aquests béns estiguessin inclosos en els establiments, explotacions i qualssevol altres unitats productives de béns o de serveis pertanyents al deutor que s'alienin en conjunt.

No obstant això, l'apartat tercer de l'article 149 matisa la preferència de la subhasta en el supòsit d'alienació del conjunt o part de l'empresa, ja que es preveu la fixació d'un termini de presentació d'ofertes de compra; ofertes que hauran d'incloure una partida relativa a les despeses realitzades per l'empresa declarada en concurs per a la conservació en funcionament de l'activitat fins a l'adjudicació definitiva, així com certa informació relativa a l'oferent, contingut de l'oferta, preu ofert i incidència en l'àmbit dels treballadors. A més, s'estableix l'obligació d'incloure aquest contingut si la transmissió es realitza mitjançant alienació directa.

Jurisprudència

Ha de partir-se quant al que s'estableix en l'article 149 de la Llei Concursal, relatiu a les "regles legals de liquidació". La redacció que atorga a aquest precepte el Reial decret llei 11/2014, de 5 de setembre, resultava confusa pel que feia a què s'entenia com a regles supletòries i quines eren imperatives. Per això el legislador introdueix modificacions amb la Llei 9/2015, de 25 de maig, que volen aclarir aquesta qüestió. Així, l'art. 149 redactat pel número 5 de l'apartat dos de l'article únic de la Llei 9/2015, de 25 de maig, de mesures urgents en matèria concursal queda modificat. El preàmbul de la citada Llei 9/2015 indica que l'article 149 també resulta modificat. Pels dubtes sorgits, s'aclareix quines regles tenen caràcter supletori i quines hauran d'aplicar-se en tota liquidació, hi hagi o no pla de liquidació. En particular, es proposa aplicar a totes les liquidacions les noves regles de purga o subsistència de les possibles garanties reals a les quals poguessin estar subjectes tots o alguns dels béns inclosos en una unitat productiva i les regles sobre successió d'empresa a efectes laborals i de seguretat social [...]. D'aquesta manera, després de la modificació de l'art. 149, en la qual el legislador configura de nou les regles supletòries, la normativa continguda en la legislació processal civil sobre el procediment de constrenyiment s'estableix clarament com a regla supletòria. Per si no n'hi hagués, i encara que en la litis s'examina la realització d'uns concrets béns immobles efectuada en subhasta judicial, que no en venda directa, i tot i que no es planteja expressament per la part actora la infracció de l'art. 155 de la Llei Concursal amb motiu de les disposicions de béns la nul·litat dels quals s'insta, cal afegir que amb anterioritat a la reforma operada en la Llei Concursal per la Llei 9/2015, de 25 de maig, era dubtós si les normes especials sobre realització fora de subhasta –que es reitera, no és el cas– de béns afectes a crèdits amb privilegi especial contingudes en l'art. 155.4 tenien o no caràcter supletori pel que fa a les previsions del pla de liquidació. Perquè, encara que és cert que l'art. 149 feia esment de l'art. 155.4 dins de l'apartat destinat a les regles de naturalesa supletòria, no ho és menys que el fet que aquest esment es fes separatament respecte de les normes relatives al procediment de falta de la Llei d'Enjudiciament Civil, aquestes sí que de caràcter clarament supletori, que s'unia a la mateixa naturalesa de les normes de l'art. 155.4, que, lluny de limitar-se a complir una funció merament rituària amb vista a la realització dels béns, aspiren també a preservar drets substantius del creditor privilegiat –singularment, la necessitat de recaptar el seu consentiment i el del deutor per a l'acceptació d'ofertes inferiors al mínim pactat–, constituïen circumstàncies que justificaven l'existència d'un marge per a la controvèrsia interpretativa. Però la Llei 9/2015, de 25 de maig, canvia d'ubicació a la referència que l'art. 149 feia a les normes de l'art. 155.4 establint ara el seu apartat 2, al marge de les regles clarament supletòries (les del procediment de falta de la Llei d'Enjudiciament Civil), que "per als béns i drets afectes a crèdits amb privilegi especial s'aplicarà el que es disposa en l'article 155.4", amb la qual cosa sembla clar que la voluntat del legislador ha estat conferir a les regles de l'art. 155.4 caràcter o naturalesa imperativa, com així ho ha entès el Tribunal Suprem en la Sentència núm. 247/2016, de 13 d'abril (RJ 2016, 1489) (SJPII 2 Conca de 19 de juny de 2017 [JUR 2017, 215691]).

Precisió

L'apartat quart de l'article 149 estableix la regla de la successió d'empresa per al cas de l'alienació al fet que es refereix la regla 1a, autoritzant-se al jutge, amb l'objectiu de facilitar tal operació, l'aplicació de dos tipus d'incentius: la no subrogació de l'adquirent en la part de la quantia dels salaris o indemnitzacions pendents de pagament anteriors a l'alienació que sigui assumida pel FOGASA; i la possibilitat de subscripció d'acords per a la modificació de les condicions col·lectives de treball. Finalment, el seu apartat cinquè ordena al jutge la cancel·lació de totes les càrregues anteriors al concurs en l'acte d'aprovació de la rematada, excepte les que gaudeixin d'un privilegi especial i s'hagin transmès a l'adquirent amb subsistència del gravamen.

Jurisprudència

L'art. 149.2 LC permet que el jutge en l'acte d'adjudicació pugui acordar que l'adquirent no se subrogui en la part dels salaris o indemnitzacions pendents de pagament anteriors a l'alienació que sigui assumida pel Fons de Garantia Salarial de conformitat amb l'art. 33 ET. Això és, l'import dels salaris i indemnitzacions que d'acord amb l'art. 33 ET va pagar FOGASA, com a conseqüència del concurs de l'empresari ocupador, i que tindria dret a subrogar-se per repetir contra el deutor concursat, "no serà reclamable de l'adquirent de l'empresa o unitat productiva si ha estat alliberat d'aquesta obligació pel jutge del concurs" (STSJ Catalunya [Social, 1a] de 3 de desem-

bre de 2013 [AS 2014, 365]). Aquest article, des d'un concepte concursal de successió d'empresa, del tot idèntic al del dret laboral, si es necessiten mesures de substitució o complement del pla, preveu expressament, amb potestat del jutge concursal, dues ordres d'excepcions als efectes propis de la successió d'empresa *ius laboral*, quant a salaris i indemnitzacions pendents, que poden traslladar-se a prestacions del Fons de Garantia Salarial, i quant a despenjament convencional de condicions col·lectives de relacions de treball. Són excepcions impel·lides des de l'article 3 de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de març, sobre aproximació de les legislacions dels Estats membres relatives al manteniment dels drets dels treballadors en el cas de traspassos d'empreses, de centres d'activitat o de parts d'empreses o centres d'activitat (AJM 2 Bilbao de 14 de maig de 2007). En el procediment concursal serà el jutge del mercantil qui decidirà si hi ha o no successió d'empresa. Ara bé, enfront de la interpretació mantinguda per l'Audiència Provincial de Barcelona (15a), s'entén que, si existeix successió d'empresa, l'adquirent podrà quedar exempt dels deutes de caràcter laboral (salari i indemnitzacions) que paga FOGASA si el jutge mercantil ho allibera (art. 149.2 LC). Pel que fa als altres deutes, la normativa concursal no es pronuncia, de manera que no correspon al jutge del mercantil determinar si pot declarar-se la responsabilitat solidària de l'adquirent respecte dels deutes amb la Seguretat Social, sinó que la facultat s'atribueix a la Tresoreria General de la Seguretat Social en els casos de successió d'empresa (AJM Santander de 14 d'octubre de 2008 [AC 2009, 138]).

Activitat

Poden incloure's aquests incentius en un pla de liquidació? Consulteu els AAAP Àlaba (1a) d'1 de desembre de 2010 (AC 2011, 913) i de 24 de març de 2011 (AC 2011, 1808); AJPI 6 Logronyo de 8 de març de 2011 (JUR 2014, 58815).

8.5. El pagament als creditors

8.5.1. Pagament dels crèdits contra la massa

Aquests crèdits gaudeixen de prioritat sobre els concursals i se satisfan als seus respectius venciments.

Precisió

En l'actualitat, l'article 84.3 de la Llei Concursal, en la redacció resultant de la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, permet els pagaments de crèdits contra la massa abans del venciment.

Es tracta de crèdits extraconcursals i prededuïbles. El pagament dels crèdits contra la massa es realitza completament i abans que els crèdits concursals, que són els que conformen la massa passiva del concurs. Tots dos tipus de crèdits pertanyen a diferents categories, és a dir, no concorren entre si. Els crèdits contra la massa se satisfan abans que els concursals, amb una única excepció: que aquests comportin un privilegi especial, és a dir, hi hagi un bé o dret que en garanteixi el pagament, en aquest cas el producte de la realització d'aquest es destina a la satisfacció del crèdit concursal privilegiat i, si hi ha sobrant, a la dels crèdits contra la massa.

De vegades, la insolvència del concursat està tan agreujada que el seu patrimoni és insuficient, fins i tot, per a atendre el pagament dels crèdits contra la massa. En aquests casos és procedent concloure el concurs, i establir un ordre de prelación en el pagament d'aquests crèdits (art. 176 bis 2).

Precisió

L'excepció a aquesta regla són els salarials pels últims trenta dies de treball anteriors a la declaració de concurs, que s'han de pagar immediatament, encara que, en realitat, ja estan vençuts (art. 84.2.1r. LC).

Jurisprudència

La Llei 38/2011 va modificar substancialment el contingut de l'art. 154 LC. Va mantenir en aquest precepte el criteri de la prededuïbilitat dels crèdits contra la massa amb càrrec de béns i drets no afectes al pagament de crèdits amb privilegi especial, i va situar el criteri del venciment en el pagament dels crèdits en l'art. 84.3 LC –amb les excepcions que s'assenyalaran–. Però va fixar uns criteris de prelació de pagaments, a raó de la conclusió del concurs, per al supòsit d'insuficiència de massa activa, en l'art. 176 bis.2 LC. Les excepcions al criteri de venciments en el pagament dels crèdits establertes en l'art. 84.3 LC després de la reforma per la Llei 38/2011 signifiquen un règim més flexible que l'anterior, en permetre que l'Administració concursal pugui “alterar aquesta regla quan ho consideri convenient per a l'interès del concurs i sempre que es vanti que la massa activa és suficient per a la satisfacció de tots els crèdits contra la massa”. Malgrat això, afegeix: “Aquesta postergació no podrà afectar els crèdits dels treballadors, els crèdits alimentosos ni els crèdits tributaris i de la Seguretat Social”. Com s'adverteix, aquesta facultat concedida a l'Administració concursal no és absoluta sinó que està subjecta a un criteri objectiu (en interès del concurs), a una presumpció encara amb apreciació subjectiva (que la massa activa sigui suficient) i a una prohibició (l'alteració no pot afectar els crèdits salarials, els alimentosos, els tributaris i els de la Seguretat Social) (STS de 22 de juliol de 2015 [RJ 2015, 3289]).

8.5.2. Pagament dels crèdits concursals

1) El pagament dels crèdits amb privilegi especial no es realitza, necessàriament, en la fase de liquidació, sinó que és possible en un moment anterior.

Aquest tipus de crèdits gaudeixen de preferència sobre tots els altres crèdits, concursals o contra la massa, en el cobrament del producte de l'obtingut mitjançant la venda dels béns i drets afectes.

Precisió

Els crèdits amb privilegi especial són aquells el pagament dels quals està garantit per un bé o dret, i s'estén el privilegi als interessos, fins al valor del bé o dret afecte (art. 59.1 LC), però també a possibles costes processals amb el límit de la quantitat garantida. El privilegi només assoleix fins al valor del bé o dret afecte i, si amb el producte de la seva realització no pot fer-se front al pagament de la totalitat del crèdit garantit, el creditor perd el privilegi respecte a la part insatisfeta.

Activitat

En la massa activa d'un deutor particular declarat en concurs només hi ha un habitatge, sobre el qual recau un crèdit hipotecari.

a) Amb la quantitat obtinguda de la venda del bé en subhasta, s'ha de satisfer primer al titular d'aquest crèdit o s'ha d'atendre el pagament dels honoraris de l'administració concursal?

b) Què passa si sobre el mateix habitatge hi ha una segona hipoteca?

La satisfacció dels crèdits amb privilegi especial es pot produir com a conseqüència de l'execució separada de la garantia real, una vegada aprovat un conveni el contingut del qual no afecti l'exercici d'aquest dret o transcorri un any des de la declaració de concurs sense que s'hagi produït l'obertura de la liquidació (art. 56 LC); o conjuntament amb els altres béns i drets integrants de la massa activa (art. 155 LC).

Precisió

La Llei concursal permet a l'administració concursal l'exercici de l'opció de rescat de béns i drets afectes abonant l'import del crèdit garantit (art. 155.2 LC).

2) Els crèdits amb privilegi general s'han de satisfer un cop deduïts de la massa activa els imports necessaris per al pagament dels crèdits contra la massa, però mai amb càrrec a béns i drets afectes, tret que quedi romanent després de pagar els corresponents crèdits concursals garantits i els crèdits contra la massa. El pagament s'ha de fer per l'ordre que estableix l'article 91 de la Llei concursal, és a dir, no cobren els creditors titulars dels crèdits recollits en cada número sense que ho hagin fet els de l'anterior; i a prorrata dins el número de què es tracti (art. 156 LC).

3) La satisfacció dels crèdits ordinaris es realitza amb càrrec als béns i drets que restin després d'atendre el pagament dels crèdits contra la massa i els crèdits concursals privilegiats; i a prorrata, juntament amb els crèdits amb privilegis especials en la part pendent de cobrament després de la realització dels béns i drets afectes (art. 157 LC).

4) Finalment, el pagament dels crèdits subordinats es produeix després del corresponent als crèdits contra la massa i concursals privilegiats i ordinaris. El pagament s'ha de fer per l'ordre de l'article 92 de la Llei concursal i a prorrata dins de cada número (art. 158 LC).

Precisió

Excepcionalment el jutge del concurs, a sol·licitud de l'administració concursal, pot autoritzar el pagament de crèdits ordinaris si considera prou coberts els crèdits contra la massa i concursals privilegiats.

9. La qualificació del concurs

La formació de la secció de qualificació del concurs procedeix en tot cas, ordenant-se en la mateixa resolució per la qual s'aprovi el conveni, el pla de liquidació o s'ordini la liquidació conforme a les regles legals supletòries (art. 167.1 LC).

Precisió

Com a excepció, no procedeix quan tingui lloc l'aprovació judicial d'un conveni poc oneros per als creditors. En concret, que estableixi un quitament inferior a un terç de l'import dels seus crèdits o una espera inferior a tres anys. Això tret que resulti incomplet, la qual cosa donarà lloc a l'obertura d'ofici de la liquidació (art. 143.1,5º LC).

Quan es provi l'existència de dol o culpa greu en la generació o agreujament de l'estat d'insolvència, el concurs serà qualificat com a culpable o, contràriament, com a fortuït. En aquest cas, de la sentència de qualificació no se'n deriva cap conseqüència per al deutor. La Llei Concursal enumera dos tipus de supòsits en els quals es presumeix l'existència de dol o culpa greu, però en uns no s'admet la prova en contrari (art. 164.2 LC) i en uns altres existeix aquesta possibilitat (art. 165 LC).

Jurisprudència

"Qualsevol de les conductes descrites en aquest apartat 2 de l'article 164 determina irremeiablement la qualificació de culpable per al concurs, sense que calgui exigir a més els requisits de dol o culpa greu (sens perjudici de la que correspon a la pròpia conducta) i d'haver generat la insolvència o produït el seu agreujament. En aquest sentit ja es va manifestar aquesta sala en la Sentència de 6 d'octubre de 2011, número 644, quan declara que en el segon dels dos criteris que l'LC estableix per a la qualificació de concurs culpable –el de l'art. 164.2– (l'altre és el de l'art. 164.1) "la qualificació és aliena a la producció del resultat de generació o agreujament de la insolvència i està condicionada a l'execució per part del subjecte agent d'alguna de les conductes descrites en la norma"" (Sentència del Tribunal Suprem de 17 de novembre de 2011). Per contra, les presumpcions de l'article 165 només cobreixen l'element subjectiu del dol o culpa greu i no la resta dels requisits que han de ser acreditats convenientment. Així, mentre que l'article 164.2 presumeix, quan hi concorren determinats fets, el concurs com a culpable, sense admetre prova en contra, l'article 165 només permet presumir un dels elements del concurs culpable, com és la concurrència del dol o culpa greu. De la mateixa manera, i com ja s'ha avançat en el fonament precedent, encara que no s'acrediti la concurrència de cap de les presumpcions de concurs culpable o de dol o culpa greu, com és obvi, res no impedeix la qualificació del concurs com a culpable sempre que es provin tots els requisits exigits per a aquesta qualificació, una altra cosa és la dificultat probatòria fora de l'empara de les presumpcions legals (Sentència de l'Audiència Provincial de Còrdova de 28 de març de 2008).

Si la sentència de qualificació considera el concurs culpable, haurà de determinar la causa o causes en les quals es fonamenti la qualificació i les persones afectades per la mateixa (art. 172.1 i 2 LC).

Precisió

En cas de persona jurídica, podran ser-ho els administradors o liquidadors, de fet o de dret, apoderats generals i els qui haguessin tingut qualsevol d'aquestes condicions dins

dels dos anys anteriors a la data de la declaració de concurs, així com els socis que s'haguessin negat, sense causa raonable, a la capitalització de crèdits o una emissió de valors o instruments convertibles en els termes previstos en l'article 165.2.

Els efectes que per a les persones afectades per la qualificació es deriven són, d'una banda, la inhabilitació per administrar béns aliens i representar o administrar a qualsevol persona durant un període de dos a quinze anys; i, per un altre, la pèrdua de qualsevol dret que tinguin com a creditors concursals o de la massa, a més de la condemna a retornar els béns o drets que haguessin obtingut indegudament del patrimoni del deutor o de la massa activa i a indemnitzar els danys i perjudicis causats.

Activitat

El concurs, pot ser declarat culpable com a conseqüència de l'incompliment per part del deutor del deure de sol·licitar el concurs o de col·laboració? I per agreujar la insolvència? I per la sortida de béns del patrimoni del deutor? I per meres irregularitats comptables? Consulteu, entre altres resolucions, la Sentència del Tribunal Suprem de 23 de febrer de 2011; la Sentència de l'Audiència Provincial d'Alacant de 27 d'octubre de 2010; la Sentència de l'Audiència Provincial de Pontevedra de 27 de maig de 2009; la Sentència de l'Audiència Provincial de Còrdova de 28 de març de 2008, i la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 27 d'abril de 2007.

Un esment especial mereix la denominada *responsabilitat concursal*, relativa a la possibilitat, en cas de liquidació, de condemna als administradors o liquidadors, de dret o de fet, o apoderats generals, de la persona jurídica concursada, així com els socis que s'hagin negat, sense causa raonable, a la capitalització de crèdits o una emissió de valors o instruments convertibles en els termes previstos en el nombre 4t. de l'article 165, que hagin estat declarats persones afectades per la qualificació, a la cobertura, total o parcial, del dèficit (art. 172 bis LC). La Llei concursal permet estendre la condemna als administradors o liquidadors que van cessar en el càrrec durant els dos anys anteriors a la declaració de concurs. Això sí, sembla que aquests podran provar la seva falta de participació en la generació o l'agreujament de l'estat d'insolvència.

Exemple

En el moment del seu cessament com a administradors, l'empresa es trobava sanejada o ja havien deixat el càrrec quan es van prendre les decisions que la van portar a la situació d'insolvència en què es troba.

Precisió

Com a conseqüència de la reforma operada per la Llei 17/2014, de 30 de setembre, per la qual s'adopten mesures urgents en matèria de refinançament i reestructuració de deute empresarial, s'estableix la necessitat que, en cas de pluralitat de condemnats, la sentència individualitzi la quantitat a satisfer per cadascun d'ells, d'acord amb la participació en els fets que haguessin determinat la qualificació del concurs.

Activitat

S'ha de provar una relació causal entre la conducta dels administradors o liquidadors i la generació o l'agreujament de la insolvència, o es tracta d'un cas de responsabilitat sanció imposat legalment per a assegurar el pagament del deute aliè? Consulteu, entre altres resolucions, les sentències del 12 de gener de 2015 (RJ 2015, 609), 22 de juliol de 2015 (RJ 2015, 3512), 9 de juny de 2016 (RJ 2016, 2335), 29 de març de 2017 (RJ 2017, 1649) i 24 d'octubre de 2017 (JUR 2017, 270691).

10. La conclusió del concurs

La Llei concursal distingeix les solucions del concurs, conveni i liquidació, de les causes de conclusió d'aquest. És possible arribar-hi mitjançant aquelles solucions, encara que per si mateixes no signifiquen l'acabament definitiu del procés. Les causes legals de conclusió del concurs són les següents (art. 176):

- 1) La fermesa de la interlocutòria de l'Audiència Provincial que revoca la interlocutòria de declaració de concurs.
- 2) La fermesa de la interlocutòria que declari el compliment del conveni o, si escau, la finalització de la fase de liquidació.
- 3) La comprovació de la insuficiència de la massa activa per a satisfer els crèdits contra la massa.

Precisió

L'òrgan *adquem* (Audiència Provincial) deixa sense efecte la resolució de l'òrgan *a quo* (jutge del concurs), després de la interposició del recurs d'apel·lació corresponent.

Precisió

No es pot posar fi al concurs per aquesta causa si està pendent la tramitació de la secció de qualificació o l'exercici d'accions de reintegració o d'exigència de responsabilitat a tercers, tret que hagin estat objecte de cessió o fos manifest que el que se n'obtingués no seria suficient per a la satisfacció dels crèdits contra la massa (art. 176 bis.1, II LC). La conclusió del concurs per aquesta causa pot donar lloc a la posterior reobertura del mateix (arts. 179 i 180 LC).

Jurisprudència

La proposta que efectua l'Administració concursal es considera ajustada a dret i és plenament conforme amb l'esperit que presideix la llei i recull l'ideari que la STS de 4 de novembre de 2014 imposa sobre aquest tema, quan enuncia "les raons que justifiquen la conclusió del concurs són diverses, però les que assisteixen a aquesta insuficiència de la massa activa per satisfer els crèdits contra la massa són conseqüència, entre altres, de la frustració que comporta no aconseguir un de les finalitats que proclama la Llei Concursal, el conveni o la liquidació. És una causa tradicionalment habitual quan es comprova que l'actiu del deutor no cobreix prou a l'hora atendre el passiu. Implica l'esgotament de la massa activa, que no pot satisfer si més no les despeses del procés. Per aquesta raó, l'article 176 ha patit una profunda modificació en el contingut, i a més és objecte de desenvolupament en l'article següent, l'article 176 bis, per mitjà de la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, de reforma de la Llei Concursal, que d'acord amb la disposició transitòria onzena va començar a aplicar-se als concursos en tramitació a la data de l'entrada en vigor (1 de gener de 2012). Abans d'aquesta reforma, l'article 176.1.4.r (referit a la insuficiència de béns) establí que: «procedirà la conclusió del concurs i l'arxivament de les actuacions en els següents casos: [...] 4.º En qualsevol estat del procediment, quan es comprova la inexistència de béns i drets del concursat ni de tercers responsables amb què satisfer als creditors». Actualment, després de la reforma, la conclusió del concurs per insuficiència de béns es regula en el número 3r de l'art. 176 amb el següent to literal: «en qualsevol estat del procediment quan es comprovi la insuficiència de la massa activa per satisfer els crèdits contra la massa». La diferència és important quant a l'àmbit objectiu. Mentre que en la redacció originària només podia concloure el concurs per la inexistència de béns per satisfer als creditors, a tots els creditors, i per la inexistència de béns i drets de tercers responsables, bé per la situació d'insolvència o per qualsevol altra causa, actualment pot declarar-se conclús el concurs quan la insuficiència de béns no cobreix els crèdits contra la massa, és a dir, les despeses del procediment. El legislador ha substituït l'expressió «inexistència» per la d'«insuficiència», la qual cosa comporta un judici de valor, una previsió, la qual cosa de manera expressa recull l'article següent, 176 bis, 1, segon paràgraf: "[...] La doctrina que s'enuncia és clara i diàfana

quan efectua una crida a la conclusió dels concursos en els quals, per falta d'actius realitzables, quedi frustrada la finalitat del concurs" (AJM 1 Palma de Mallorca de 16 de desembre de 2014 [JUR 2015, 8273]).

Les regles de pagament contingudes en l'art. 176 bis.2 LC, en concret l'ordre de prelación, s'apliquen necessàriament des de la comunicació d'insuficiència de la massa activa per al pagament dels crèdits contra la massa, i afecta, en principi, tots crèdits contra la massa pendents de pagament. Amb això rebutgem novament la interpretació que només s'apliquen als crèdits contra la massa posteriors a la comunicació. S'apliquen als ja vençuts i a aquells que poguessin vèncer amb posterioritat. Aquesta regla de prelación de crèdits no deixa de ser la solució al fracàs del concurs de creditors, en tant que genera més despeses predeuïbles que el valor de massa activa i dona lloc a un "concurso de creditors de crèdits contra la massa" dins del mateix concurs. Aquest "concurso del concurs" provoca la necessitat de concloure el procés al més aviat possible per no generar més crèdits contra la massa i ordenar el cobrament dels ja vençuts. Per això s'aplica a tots els pendents de pagament. D'acord amb la dicció de l'article 176 bis.2 LC, la regla del pagament al venciment cessa i és substituïda per la del pagament conforme a l'ordre ressenyat de prelación. El crèdit vençut amb anterioritat no té dret a ser pagat al marge d'aquest ordre de prelación, sinó que es veu igualment afectat per aquest ordre, amb independència que l'administrador concursal hagi pogut incórrer en responsabilitat per no haver complert o respectat, abans de la comunicació, l'ordre dels venciments en la satisfacció dels crèdits contra la massa, que és la queixa que subjau al recurs de la TGSS. El remei davant del crebant que pot comportar per la TGSS que el seu crèdit contra la massa no hagi estat satisfet al venciment, i tanmateix altres crèdits contra la massa de venciment posterior sí ho hagin estat abans de la comunicació d'insuficiència de massa activa, amb l'efecte consegüent de veure's afectat per l'ordre de prelación de l'art. 176 bis.2 LC, no és la inaplicació d'aquest ordre de prelación. L'argumentat fins ara no es veu alterat pel fet que abans de la comunicació d'insuficiència de la massa activa hi hagut pogut haver alguna reclamació extrajudicial de la TGSS enfront de l'Administració concursal, en reclamar el pagament del crèdit contra la massa (STS de 18 de març de 2016 [RJ 2016, 863]. En el mateix sentit, SSTs de 23 d'octubre de 2017 [RJ 2017, 4493], de 13 de setembre de 2017 [RJ 2017, 4009], de 12 de setembre de 2017 [RJ 2017, 3918], d'11 de març de 2016 [RJ 2016, 954], de 9 de juny de 2015 [RJ 2015, 2640]), d'11 de juny de 2015 [RJ 2015, 2645]; SAP [1a] Salamanca de 17 d'octubre de 2017 [JUR 2017, 290179], SAP Guipúscoa [1a] de 18 de novembre de 2016 [AC 2016, 2339]).

Precisió

Si el concursat fos persona natural, el jutge designarà un administrador concursal que haurà de liquidar els béns existents i pagar els crèdits contra la massa seguint l'ordre de l'apartat 2 de l'article 176 bis. Una vegada concloua la liquidació, el deutor podrà sol·licitar l'exoneració del passiu insatisfet davant el jutge del concurs. La tramitació de la sol·licitud, els requisits per beneficiar-se de l'exoneració i els seus efectes es regiran pel que es disposa en l'article 178 bis (art. 176 bis.4 LC).

Jurisprudència

La reforma operada en la Llei Concursal pel RDL 1/2015, posteriorment substituïda per les previsions de la Llei 25/15 de 28 de juliol, va estendre a les persones físiques el benefici de l'exoneració del passiu fins llavors reconegut a les persones jurídiques. En l'esquema legal, el benefici s'atorga en primer lloc de manera provisional, sotmetent-se el deutor a un període de prova de cinc anys, transcorregut el qual o bé la concessió es converteix en definitiva, o bé resultarà revocada si es produeix un canvi de circumstàncies. Les normes reformadores comportaven un canvi substancial, ja que cal recordar que l'article 178.2 del text originari establia que el deutor, conclòs el concurs per inexistència de béns i drets, quedava com a responsable del pagament dels crèdits restants. La Llei 14/2013 va introduir per primera vegada la figura de la *discharge*, en què s'establia que conclòs el concurs per liquidació el jutge exonera de manera automàtica el deutor del passiu insatisfet complertes certes exigències. L'alliberament consistia en l'extinció de la totalitat del passiu ordinari si havia intentat prèviament un AEP, o en cas contrari, del 75 % del passiu ordinari, i de la totalitat del subordinat. El reconeixement d'aquest benefici, en opció legislativa, se sotmet en la legislació actualment vigent a diversos requisits, diferents del caràcter automàtic que presentava el text anterior, entre els quals hi ha que el deutor pugui ser considerat de bona fe. És la mateixa norma, l'article 178 bis, la que ofereix el concepte autèntic de bona fe, estat jurídic que se sotmet a tres requisits necessaris i un dispensable pel jutge. Els requisits de dret imperatiu són que el concurs no hagi estat declarat culpable, l'absència de condemna del deutor per certs delictes, i que "reunint

els requisits establerts en l'article 231, hagi celebrat o, almenys, intentat celebrar un acord extrajudicial de pagaments"; el requisit dispensable es refereix a l'obligació de "satisfer tots els crèdits contra la massa i els privilegiats i, en el cas que no hagués intentat un acord extrajudicial de pagaments previ, almenys el 25 % de l'import dels crèdits concursals ordinaris". La dispensa d'aquesta exigència es condiona a cinc requisits que preveu l'apartat 5è del precepte. Per tant, en interpretació literal de la norma, l'intent de l'AEP és condició ineludible perquè el deutor pugui ser considerat de bona fe a l'efecte de la concessió del benefici de l'exoneració del passiu. La redacció donada al 178.2 per la Llei 14/2013 no ho exigia. La nova norma precisa un intent previ de l'AEP que per lògica deu haver resultat frustrat, ja que en un altre cas l'AEP, perfeccionat i complet, deu haver aconseguit la finalitat d'alliberar el deutor dels deutes o de la part insatisfeta dels deutes que no gaudeixin de garantia real o per la part que excedeixi del valor de la garantia. L'intent d'obtenció de l'acord es concep com una manifestació que el benefici el sol·licita un deutor responsable i col·laborador, predisposat a pagar els deutes. S'imposa així al deutor la càrrega de sol·licitar prèviament l'AEP per sol·licitar la remissió del passiu.

La pertinència d'haver d'acudir al procediment extrajudicial per superar la insolvència, quan no hi ha possibilitats efectives d'aconseguir acord algun amb els creditors, o fins i tot abans, quan no hi hagi prou béns per escometre les despeses de l'expedient notarial, pot ser qüestionable, però constitueix l'exercici d'una opció legislativa que l'interpret no pot esbiaixar. Tampoc no apreciem contradicció en la norma, ja que en la introducció de l'alternativa a l'últim requisit de pagament dels crèdits contra la massa i privilegiats (ap. 4t, art. 178 bis.3), quan s'afegeix la possibilitat que el deutor no hagi intentat l'AEP –en aquest cas també haurà de haver satisfet el 25 % del passiu ordinari–, pot interpretar-se en el sentit que la norma s'està referint als deutors que no compleixin els requisits de l'art. 231.

L'objecte de debat en el cas que se sotmet a la nostra consideració no és tant si el deutor ha complert o no el requisit legal de l'intent de l'AEP, com el de l'acreditació del requisit o, en un altre sentit, si, prescindint de la sol·licitud al notari, l'aportació de diverses comunicacions fefaentment remeses als creditors oferint un pla de pagaments (en el cas, una reducció de deute del 50 % i pagaments ajornats de quantitats variables a cada creditor) pot entendre's com a complerta l'exigència. I considerem que no s'ha atès el requisit legal, per les raons següents:

- a) perquè, com hem expressat, el requisit del previ intent de l'AEP és una càrrega processal imperativa per al deutor insolvent que pretén l'exoneració, també en els casos en els quals no hi hagi en aparença possibilitat d'obtenir-ne;
- b) perquè la remissió als creditors d'una oferta de pagament i de remissió del deute no es preveu en la norma com a alternativa a l'exigència anterior;
- c) perquè el fet que el formulari de sol·licitud s'hagi aprovat amb posterioritat, en virtut de l'Ordre del Ministeri de Justícia de 17 de desembre de 2015, no impedia al deutor haver sol·licitat directament el procediment extrajudicial, tal com preveia la disposició transitòria primera de la Llei 25/2015, de 28 de juliol, de mecanisme de segona oportunitat, reducció de la càrrega financera i altres mesures d'ordre social,
- d) i perquè no compartim l'argument de l'existència d' indefensió, ja que no presenta cap dificultat probatòria l'acreditació de la suposada negativa del notari a l'obertura del procediment de l'AEP (AAP Pontevedra [1a] de 25 de gener de 2016 [JUR 2016, 29419]; en el mateix sentit SAP la Rioja [1a] de 29 de juliol de 2016 [JUR 2016, 217150]).

4) El pagament o consignació de la totalitat dels crèdits reconeguts o la satisfacció íntegra dels creditors per qualsevol altre mitjà, o que ja no existeixi la situació d'insolvència.

5) La fermesa de la resolució judicial que accepti el desistiment o la renúncia de la totalitat dels creditors reconeguts.

Activitat

- a) Es pot defensar la tramitació d'un concurs sense massa amb l'expectativa que un administrador de la societat concursada sigui declarat responsable dels deutes socials?

b) Si després de l'acabament del concurs queden creditors amb crèdits no satisfets, quedarà el deutor responsable de pagar-los o s'extingiran?

Exercicis d'autoavaluació

1. Quin és l'objectiu fonamental al qual tendeix el concurs de creditors?

- a) El sanejament i la reestructuració d'empreses en dificultats.
- b) El pagament dels crèdits dels creditors.
- c) La conservació dels llocs de treball de l'empresa concursada.
- d) L'obtenció d'un conveni entre el deutor i els creditors.

2. A quin tipus de deutors s'aplica el concurs de creditors?

- a) Als deutors que exerceixin alguna activitat professional o empresarial.
- b) A les persones físiques i jurídiques.
- c) Als consumidors.
- d) A tots els anteriors.

3. De quins assumptes coneixen els jutjats mercantils?

- a) Assumptes de naturalesa concursal.
- b) Certs assumptes de naturalesa civil.
- c) Certs assumptes de naturalesa mercantil.
- d) Totes les anteriors.

4. L'administració concursal...

- a) és l'òrgan rector del concurs.
- b) és un òrgan col·legiat, com a norma general.
- c) és un òrgan auxiliar del jutge, si bé només intervé en la fase comuna del concurs.
- d) Cap de les anteriors.

5. La junta de creditors...

- a) es constitueix per a debatre i votar propostes de conveni, ordinàries o anticipades.
- b) es constitueix sempre que s'obri la fase de conveni.
- c) té com a finalitat la defensa dels interessos dels creditors en totes les fases del concurs.
- d) Cap de les anteriors.

6. Podria ser declarat en concurs un deutor que només té un creditor?

- a) No, perquè faltaria un pressupòsit del concurs.
- b) Sí, encara que la constatació judicial d'aquesta circumstància hauria de donar lloc a l'acabament del concurs.
- c) No, perquè per a això està previst el procés d'execució singular.
- d) Cap de les anteriors.

7. En cas que una societat pertanyent a un grup es trobi en situació d'insolvència...

- a) la societat insolvent ha de ser declarada en concurs en tot cas juntament amb la resta de les societats del mateix grup.
- b) el concurs d'una societat implica automàticament el concurs de les altres societats del mateix grup.
- c) la societat insolvent no ha de ser declarada en concurs si les altres societats del mateix grup són solvents.
- d) Cap de les anteriors.

8. Si un deutor demana el seu concurs voluntari...

- a) el jutge l'ha de declarar sense cap més tràmit, ja que la presentació de la sol·licitud implica el reconeixement de la insolvència.
- b) el jutge ha de realitzar alguna activitat cognoscitiva per a verificar la insolvència del deutor.
- c) com a conseqüència del principi dispositiu, el jutge ha de declarar el concurs.
- d) Cap de les anteriors.

9. Si un creditor demana el concurs del seu deutor...

- a) el jutge ha de convocar una vista en tot cas, a efectes que el deutor s'hi pugui oposar.
- b) en alguns casos el jutge pot declarar el concurs sense audiència al deutor.
- c) això sempre dóna lloc a un incident contradictori, tret que el deutor assenteixi.
- d) Cap de les anteriors.

10. Declarat el concurs...

- a) l'administració concursal ha de substituir, com a regla general, el concursat.
- b) si el deutor es troba merament intervingut pot realitzar tota classe d'actes sense cap requisit addicional.
- c) els actes realitzats pel deutor suspès no són nuls de ple dret.
- d) Cap de les anteriors.

11. Un cop declarat el concurs, és possible iniciar un procés civil per a obtenir una condemna del concursat a pagar certa quantitat de diners?

- a) No, ja que tots els creditors s'han d'integrar en la massa passiva concursal.
- b) Sí, però s'ha d'interposar la demanda davant el jutge del concurs.
- c) Sí, però s'ha d'interposar la demanda davant el jutjat de primera instància.
- d) Cap de les anteriors.

12. Després de la declaració de concurs, és possible la continuació d'un procés, iniciat abans d'aquella, en què es pretén la condemna del concursat a pagar una quantitat de diners?

- a) No, perquè això vulneraria la *par conditio creditorum*.
- b) Sí, però s'ha d'acumular al concurs.
- c) Sí, però s'ha de seguir davant el mateix tribunal que coneixia del procés.
- d) Cap de les anteriors.

13. Un cop declarat el concurs, és possible iniciar una execució hipotecària que recau sobre el local en què el deutor du a terme la seva activitat de venda al detall?

- a) No, en cap cas, ja que es tracta de béns afectes a l'empresa del deutor.
- b) Sí, en tot cas, ja que el creditor hipotecari té dret d'execució separada.
- c) Sí, sempre que l'administració concursal ho autoritzi.
- d) Sí, quan hagin transcorregut determinats terminis.

14. Què passa si durant la fase comuna la proposta anticipada del deutor no rep les adhesions necessàries per a la seva acceptació?

- a) El deutor l'ha de mantenir en la fase de conveni.
- b) El jutge ha d'obrir la fase de liquidació, si el deutor roman inactiu.
- c) El jutge ha d'obrir la fase de conveni, si el deutor roman inactiu.
- d) Cap de les anteriors.

15. Si el deutor no pot complir el conveni aprovat judicialment...

- a) qualsevol creditor pot demanar la liquidació, si prova la concurrència d'algun fet indiciari de la insolvència del deutor.
- b) té l'obligació de demanar la liquidació.
- c) qualsevol creditor pot demanar la declaració judicial d'incompliment del conveni, si entén que hi ha un incompliment real que l'afecti.
- d) Totes les anteriors.

16. El deutor, pot demanar la liquidació en sol·licitar el concurs?

- a) Sí, però les operacions de liquidació no poden començar fins que acabi la fase comuna, ja que cal esperar a tenir el document definitiu de l'inventari de béns.

- b) Sí, es poden començar a desenvolupar les operacions de liquidació en la fase comuna.
- c) No, primer ha de ser declarat el concurs i, només després, pot sol·licitar la liquidació.
- d) No, perquè s'ha d'intentar l'obtenció d'un conveni.

17. Un cop oberta la fase de liquidació del concurs...

- a) el deutor perd el dret a aliments en tot cas.
- b) el deutor només té dret a percebre el salari mínim inembargable, de conformitat amb la Llei d'enjudiciament civil.
- c) el deutor podria percebre, en funció de les circumstàncies concurrents, una quantitat superior al mínim inembargable.
- d) el dret a aliments ha de tenir com a fonament, en tot cas, una sentència judicial prèvia a la declaració de concurs.

18. Un cop oberta la fase de liquidació del concurs...

- a) els crèdits concursals ajornats vencen anticipadament, amb independència de la seva qualificació.
- b) els crèdits concursals subjectes a termini vencen anticipadament, però això no significa que hagin de ser immediatament satisfets.
- c) en cas que es procedeixi al pagament dels crèdits concursals vençuts anticipadament, s'hi ha d'aplicar un descompte.
- d) Totes les anteriors.

19. Un cop oberta la fase de liquidació del concurs, és possible el lliurament al creditor hipotecari del bé sobre el qual recau la garantia per al pagament del seu crèdit?

- a) No, el bé s'ha de realitzar per mitjà de subhasta en tot cas.
- b) Sí, però el lliurament del bé ha de saldar íntegrament el crèdit garantit.
- c) Sí, el creditor hipotecari pot obtenir el cobrament de la part del crèdit no coberta mitjançant el lliurament del bé.
- d) Cap de les anteriors.

20. Si en el concurs s'acomiada un treballador...

- a) ha de recórrer, si escau, l'acomiadament davant el jutge del concurs, pels tràmits de l'incident concursal.
- b) l'extinció de la relació laboral individual s'ha de produir en l'àmbit d'un ERO concursal.
- c) ha de recórrer, si escau, l'acomiadament davant un òrgan de la jurisdicció social.
- d) Cap de les anteriors.

21. Si en la massa activa només hi ha un bé sobre el qual recau una garantia...

- a) es paga amb el que s'ha obtingut de la seva realització als titulars de crèdits contra la massa i el que sobri es destina a la satisfacció del crèdit garantit.
- b) es paga amb el que s'ha obtingut de la seva realització al titular del crèdit garantit i, si sobra, es destina a la satisfacció dels crèdits contra la massa.
- c) es paguen els crèdits contra la massa i el concursal privilegiat a prorrata.
- d) Cap de les anteriors.

22. Si el concurs d'una persona jurídica es declara culpable i no hi ha prou béns...

- a) els que van ser administradors de la persona jurídica durant els dos anys anteriors a la declaració de concurs han de ser condemnats a cobrir el dèficit en tot cas, ja que es tracta d'una responsabilitat objectiva.
- b) els que van ser administradors de la persona jurídica durant els dos anys anteriors a la declaració de concurs tenen la possibilitat d'evitar ser condemnats a la cobertura del dèficit.
- c) si la societat és capitalista els administradors mai no responen amb els seus propis béns.
- d) Cap de les anteriors.

23. El concurs acabarà per mitjà del conveni...

- a) una vegada hagi estat acceptat pels creditors.
- b) una vegada hagi estat aprovat judicialment.
- c) una vegada s'hagi demanat la declaració judicial del seu compliment.
- d) Cap de les anteriors.

24. Una vegada acabat el concurs...

- a) tots els crèdits no satisfets s'extingeixen.
- b) només perviuen els crèdits contra la massa.
- c) els creditors sempre poden obtenir amb posterioritat el cobrament de la part íntegra no satisfeta, ja que la Llei Concursal no preveu, en cap cas, la possibilitat d'exoneració del deutor pel passiu no satisfet.
- d) Cap de les anteriors.

25. La reobertura del concurs...

- a) pot tenir lloc després de la finalització del concurs per qualsevol causa.
- b) obliga a la comprovació de la situació d'insolvència del deutor.
- c) implica que les actuacions desenvolupades en el concurs previ s'han d'unir a les pròpies de la reobertura.
- d) pot tenir lloc en qualsevol termini, sense limitacions legals.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. b

2. d

3. d

4. d

5. d

6. b

7. d

8. b

9. b

10. c

11. b

12. c

13. d

14. c

15. d

16. b

17. c

18. d

19. c

20. c

21. a

22. b

23. d

24. d

25. c

